UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO

RODRIGO CLEMENTE DE BRITO PEREIRA

A FIXAÇÃO DO MARCO TEMPORAL DE OCUPAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA NORMA MAIS FAVORÁVEL

JOÃO PESSOA
2017

RODRIGO CLEMENTE DE BRITO PEREIRA

A FIXAÇÃO DO MARCO TEMPORAL DE OCUPAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA NORMA MAIS FAVORÁVEL

Trabalho de dissertação apresentado no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba.

Área de concentração: Direitos Humanos

Linha de pesquisa 02: Inclusão social, proteção e defesas dos direitos humanos

Professor orientador: Dr. Luciano Mariz Maia

JOÃO PESSOA

2017

P436f Pereira, Rodrigo Clemente de Brito.
A fixação do marco temporal de ocupação de terras indígenas no Brasil à luz do princípio da primazia da norma mais favorável / Rodrigo Clemente de Brito Pereira.- João Pessoa, 2017.
95 f.

Orientador: Prof. Dr. Luciano Mariz Maia.
Dissertação (Mestrado) – UFPB/CCJ

1. Direitos Humanos. 2. Demarcação – Terras Indígenas. 3. Índios – Raposa Serra do Sol. 4. Mutação Constitucional. 5. Marco Temporal. I. Título.

UFPB/BC CDU – 342.7(043)

RODRIGO CLEMENTE DE BRITO PEREIRA

A FIXAÇÃO DO MARCO TEMPORAL DE OCUPAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA NORMA MAIS FAVORÁVEL

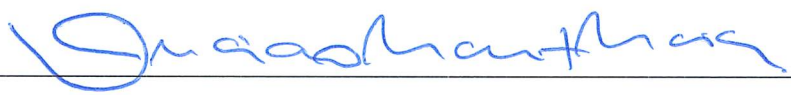
Trabalho de dissertação apresentado no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba.

Área de concentração: Direitos Humanos

Linha de pesquisa 02: Inclusão social, proteção e defesas dos direitos humanos

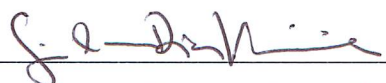
Data da aprovação: 27/03/2017

Banca examinadora:



Orientador/Presidente: Prof. Dr. Luciano Mariz Maia (UFPB)

Examinador Interno: Prof. Dr. Sven Peterke (UFPB)



Examinadora Externa: Profa. Dra. Giuliana Dias Vieira (UEPB)

João Pessoa

2017

RESUMO

No Caso Raposa Serra do Sol, o STF fixou a tese de que somente são reconhecidos aos índios os direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam, se tal ocupação pudesse ser constatada na data da promulgação da Constituição de 1988. Nesta dissertação, objetivamos verificar se a fixação desse marco temporal único para a identificação e demarcação de terras indígenas resiste a um teste de aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável. Tal princípio é previsto em diversos tratados de direitos humanos, pode ser extraído do princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos e é aplicado na jurisprudência internacional e na interna, estabelecendo que o aplicador do direito deve, diante da pluralidade de diplomas normativos e interpretações sobre os mesmos, buscar a solução que estabeleça o maior grau de proteção do ser humano no caso concreto, proibindo, consequentemente, que um *standard* de proteção já alcançado no plano interno ou internacional diminua. A análise do problema parte da premissa de que a identificação da norma mais favorável é um processo de concretização normativa que, em regra, deve se valer do princípio da proporcionalidade e ter como vetores o entendimento dos intérpretes internacionais, a função contramajoritária dos direitos humanos e os princípios da máxima efetividade e da proibição do retrocesso. Nesse sentido, examinaremos a questão em tela sob cada um desses enfoques, explorando, principalmente, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a partir dos precedentes em que aplicou o princípio *pro persona* e em que enfrentou a temática das terras indígenas. Finalmente, avaliaremos quais as implicações que a aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável tem na interação entre o Direito interno e o DIDH, a fim de demonstrar que, se a fixação de um marco temporal específico para a caracterização das terras indígenas não resiste a um teste de aplicação do referido princípio, torna-se possível e necessária uma mutação constitucional quanto ao tema.

Palavras-chave: Primazia da norma mais favorável. Marco temporal. Demarcação de terras indígenas. Mutação constitucional.

ABSTRACT

In Raposa Serra do Sol Case, the STF has established the thesis that the indigenous communities only have the rights of the lands they traditionally occupy, if such occupation could be verified on the date of the promulgation of the Constitution of 1988. This work aims to verify whether this unique time frame for the identification and demarcation of indigenous lands resists to a test of application of the principle of primacy of the most favorable norm. This principle is provided for in various human rights treaties, can be drawn from the constitutional principle of the prevalence of human rights and is applied in international and domestic jurisprudence. It establishes that law interpreters must, among plurality of normative documents and interpretations on them, seek the solution that guarantees the highest degree of protection of the human being in the concrete case, thus prohibiting the decrease of a standard of protection already achieved in the international or domestic plan. The analysis of the problem starts from the premise that the identification of the most favorable norm is a process of normative concretion that, in general, has to consider the principle of proportionality as well as other guidelines such as the international interpreters understanding, the countermajoritarian function of human rights and the principles of maximum effectiveness and prohibition of retrocession. In this sense, we will examine the issue considering each of these approaches, exploring the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, based on the precedents in which it applied the pro persona principle and in which it dealt with indigenous land issues. Finally, we will assess the implications of applying the principle of primacy of the most favorable norm in the interaction between domestic law and the IHRL, in order to demonstrate that, if the establishment of a specific time frame for the characterization of indigenous lands does not resist to a test of application of such principle, it becomes possible and necessary a constitutional mutation on the subject.

Keywords: Primacy of the most favorable norm. Time frame. Demarcation of indigenous lands. Constitutional mutation.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADPF.....Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADI.....Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgR..... Agravo Regimental
ARE.....Agravo em Recurso Extraordinário
CADH.....Convenção Americana de Direitos Humanos
CF.....Constituição Federal
CIJ..... Corte Internacional de Justiça
CIDH..... Corte Interamericana de Direitos Humanos
CNV..... Comissão Nacional da Verdade
CVTDE.....Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados
DIDH.....Direito Internacional dos Direitos Humanos
DUDH..... Declaração Universal de Direitos Humanos
EDcl..... Embargos de Declaração
Funai..... Fundação Nacional do Índio
HC..... Habeas Corpus
Inq.....Inquérito
OEA.....Organização dos Estados Americanos
ONU..... Organização das Nações Unidas
Pet.....Petição
PIDCP.....Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
PIDESC..... Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais
Rcl..... Reclamação
RE.....Recurso Extraordinário
RMS..... Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
STF.....Supremo Tribunal Federal
STJ.....Superior Tribunal de Justiça
TI..... Terra Indígena
TPI.....Tribunal Penal Internacional
TST.....Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 10

2 A FIXAÇÃO PELO STF DO MARCO TEMPORAL DE OCUPAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS 14

3 O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA NORMA MAIS FAVORÁVEL 21

3.1 CONCEITO 21

3.2 SUBSTRATO TEÓRICO 23

3.3 BASE CONVENCIONAL E CONSTITUCIONAL 31

3.4 APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL 36

3.4.1 Aplicação pela CIDH 36

3.4.1.1 Proibição de restrições não previstas na CADH 37

3.4.1.2 Interpretação elástica de palavras e expressões que enunciam direitos e garantias 38

3.4.1.3 A primazia da norma mais favorável e o conflito de direitos 40

3.4.1.4 Complementaridade dos instrumentos jurídicos de proteção e implicação sobre as regras definidoras de competência da CIDH 41

3.4.1.5 Retroatividade da lei penal mais benéfica 45

3.4.2 Aplicação pela Corte Europeia de Direitos Humanos 46

3.4.3 Aplicação pelo STF 47

4 A CONCRETIZAÇÃO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL 50

4.1 A CONCRETIZAÇÃO DA NORMA À LUZ DA METÓDICA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER 51

4.2 AS INSUFICIÊNCIAS DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA NORMA MAIS FAVORÁVEL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE 54

4.3 VETORES PARA A CONCRETIZAÇÃO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL 59

4.3.1 A necessidade de conhecimento da posição dos intérpretes internacionais 59

4.3.2 O princípio da proibição de retrocesso 62

4.3.3 A proteção da vítima como fim dos direitos humanos 65

4.3.4 O princípio da máxima efetividade 70

5. IMPLICAÇÕES DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *PRO PERSONA* NA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E O DIDH 73

5.1. A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO HIERÁRQUICO DAS NORMAS 73

5.2. FORTALECIMENTO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E DE CONSTITUCIONALIDADE: DIÁLOGO ENTRE CORTES E CONCEPÇÃO AMPLA DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE 78

5.3. NECESSIDADE DE MUTAÇÃO DO ART. 231, *CAPUT* E § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 86

CONSIDERAÇÕES FINAIS 93

REFERÊNCIAS 96

INTRODUÇÃO

No julgamento da Petição n. 3.388 (2009), na qual se discutiu a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima, o Plenário do STF fixou parâmetros com a pretensão de revelar o regime constitucional das demarcações de terras indígenas no Brasil. Tais parâmetros, denominados salvaguardas institucionais, foram deslocados para a parte dispositiva da decisão, com o propósito de conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão e, a partir de então, passaram a funcionar como verdadeiras condicionantes de validade dos processos demarcatórios de terras indígenas no Brasil.

Entre tais salvaguardas, ficou assentado que a data da promulgação da Constituição seria o marco temporal único e insubstituível para a aferição se uma determinada terra é ou não tradicionalmente ocupada por índios. Noutras palavras, estabeleceu-se que só podem ser consideradas terras tradicionais aquelas que estavam sendo habitadas por índios na data de 05 de outubro de 1988, salvo se, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a ocupação indígena só não ocorresse por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios.

O objetivo da presente dissertação é verificar se a definição da data de promulgação da Constituição de 1988 como marco temporal único e insubstituível para a identificação de terras indígenas, conforme assentado pelo Supremo Tribunal Federal no Caso Raposa Serra do Sol e com as consequentes implicações em outros processos em que se discute o direito de comunidades indígenas às terras que reivindicam, resiste a um teste de aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável à proteção de direitos humanos.

Este trabalho, portanto, tem como objeto de pesquisa o princípio da primazia da norma mais favorável, com vistas ao enfrentamento da problemática relativa à demarcação de terras indígenas, especialmente no que se refere à tese do marco temporal único de 1988 para verificação da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene e, consequentemente, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

A questão tem fundamental relevância, pois a tese do marco temporal único de 1988 é apontada com um dos principais empecilhos à concretização do indigenato (direito de posse permanente dos índios às terras que tradicionalmente ocupam), já que impede demarcações para etnias que só conseguiram retornar às suas terras tradicionais depois dessa data e desconsidera a falta de reconhecimento pelo Estado de todas as violações sofridas pelas comunidades indígenas antes e durante a Ditadura Militar que precedeu a Constituição brasileira atual, ignorando as dificuldades de os índios terem sua autonomia reconhecida pelo

Estado brasileiro, em razão de que, até então, prevalecia uma concepção integracionista, segundo a qual os índios estariam vocacionados a serem integrados à sociedade nacional.

A decisão do STF no Caso Raposa Serra do Sol não possui efeito vinculante, mas, nos dizeres da própria excelsa Corte, ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em que se cogite da superação de suas razões. Por isso, tem servido como paradigma para outras decisões de casos em que se debate a demarcação de terras indígenas, o que reforça a importância da discussão em tela. De fato, a tese do marco temporal único de 1988, depois de assentada pelo STF no julgamento da Petição 3.388/RR (2009), já foi utilizada em outras ocasiões pela Segunda Turma do STF, para anular as demarcações da Terra Indígena Guyraroka, da etnia Kaiowá, quando do julgamento do RMS 29.087 (2014), bem como da Terra Indígena Limão Verde, da etnia Terena, no julgamento do ARE 803.462 AgR (2014), ambas no Mato Grosso do Sul.

A presente dissertação visa a dar uma contribuição para a discussão da matéria, analisando a questão à luz do princípio da primazia da norma mais favorável, a fim de verificar se, em hipótese, a fixação da data da promulgação da Constituição Federal (05.10.1988) como referencial insubstituível do marco temporal para verificação da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios encontra-se ou não em consonância com esse princípio de fundamental importância para a resolução de casos que envolvem a aplicação e concretização de direitos humanos.

A análise da questão à luz do princípio da primazia da norma mais favorável, contudo, pressupõe um estudo sistematizado com vistas a esclarecer o sentido, alcance e como deve se dar a aplicação desse princípio, a fim de evitar que o seja de forma desordenada e desconectada de outros princípios interpretativos dos direitos humanos, gerando insegurança jurídica, com soluções contraditórias, fruto de decisionismo, o que acabaria por deslegitimar o próprio princípio da primazia da norma mais favorável, enquanto vetor interpretativo das normas de direitos humanos. Afinal, como podemos saber se um ato administrativo ou uma decisão judicial obedecem ao princípio da primazia da norma mais favorável no caso concreto? Como testar a sua aplicação?

Para desenvolver o estudo sistematizado a que nos propomos, utilizaremos, predominantemente, o método indutivo, fazendo a análise do princípio da norma mais favorável a partir das três principais fontes da ciência jurídica: os diplomas normativos, em especial os tratados internacionais de direitos humanos e os dispositivos constitucionais dos quais pode ser extraído o seu reconhecimento; a doutrina e a jurisprudência, analisando o

princípio da primazia da norma mais favorável à luz de elementos da teoria dos direitos humanos colhidos dos ensinamentos de especialistas na área, da sua aplicação pelos intérpretes internacionais (tribunais, comitês etc.) e da práxis constitucional brasileira.

Quanto às técnicas de pesquisa, serão utilizadas a legal e a documental, com a consulta a importantes instrumentos jurídicos nacionais e internacionais, bem como às decisões e opiniões consultivas que os respectivos órgãos jurisdicionais e de monitoramento proferem a respeito desses diplomas; e também a bibliográfica, a partir de material já publicado, constituído principalmente de livros, artigos de periódicos e material disponibilizado na Internet.

No intuito de atingir o objetivo geral do trabalho, respondendo ao questionamento sobre se a tese do marco temporal adotada pelo STF no Caso Raposa Serra do Sol resiste a um teste de constitucionalidade/convencionalidade à luz do princípio da primazia da norma mais favorável, dividimos o trabalho em quatro partes.

Na primeira parte, apresentaremos os principais pontos dos julgamentos do STF nos casos de demarcação das Terras Indígenas Raposa Serra do Sol, Guyraroka e Limão Verde, especificamente no que tange à definição do marco temporal para a aferição da ocupação indígena, com vistas a tornar bem clara e delimitada a problemática enfrentada ao longo do trabalho.

Na segunda parte, buscaremos conceituar e fundamentar o princípio da primazia da norma mais favorável, a partir de sua previsão convencional e constitucional, de lições doutrinárias e jurisprudenciais, ilustrando algumas formas de aplicação do princípio *pro persona* a partir, sobretudo, da sua utilização nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ao abordar os diplomas normativos que tratam do princípio da primazia da norma mais favorável, as lições doutrinárias sobre o mesmo e a sua aplicação jurisprudencial, estaremos demonstrando também por que a concretização das normas de direitos humanos deve ser norteada por tal princípio.

Em seguida, dedicar-nos-emos a estudar, na terceira parte do trabalho, como se dá a identificação da norma mais favorável no caso concreto. Para tanto, tomando como referencial teórico de Direito Constitucional a metódica estruturante de Friedrich Müller, analisaremos a concretização da norma mais favorável, elencando alguns elementos que consideramos mais importantes nesse processo. Nesse sentido, examinaremos o princípio da proporcionalidade, enquanto elemento de essencial importância para a concretização e fundamentação de normas de decisão em casos envolvendo conflitos de direitos, bem como buscaremos elencar alguns vetores que devem direcionar a concretização da norma mais

favorável e que guiarão a análise da condicionante do marco temporal de 1988 à luz do referido princípio.

Com os dados fornecidos na primeira parte do trabalho, e as conclusões a que chegaremos na segunda e na terceira, esperamos poder atender satisfatoriamente à proposta de verificar se a fixação de um marco temporal específico para a identificação de terras indígenas, nos moldes assentados pelo Supremo Tribunal Federal no Caso Raposa Serra do Sol, resiste a um teste de aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável.

Já na quarta e última seção, avaliaremos quais as implicações que a aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável tem na interação entre o Direito interno e o DIDH, a fim de demonstrar que, se a fixação de um marco temporal específico para a caracterização das terras indígenas não resiste a um teste de aplicação do referido princípio, torna-se possível e necessária uma mutação constitucional quanto ao tema. Nesse sentido, examinaremos como o princípio em estudo pode flexibilizar o princípio hierárquico das normas e complementar a teoria da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, fomentando o diálogo do Direito Interno e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, fortalecendo o controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil, a partir da adoção de uma concepção ampliada do bloco de constitucionalidade, e demandando, algumas vezes, mutação constitucional.

2 A FIXAÇÃO PELO STF DO MARCO TEMPORAL DE OCUPAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS

No julgamento da Petição n. 3.388 (2009), o Plenário do Supremo Tribunal Federal não apenas decidiu as balizas da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima, mas, verdadeiramente, buscou revelar (ou estabelecer) o regime constitucional das demarcações de terras indígenas no Brasil, com pretensão de validade geral e aplicação a processos futuros.

O voto do relator, Ministro Ayres Britto, fez agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais, segundo ele, ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa, as quais acabaram por ser ampliadas a partir do voto-vista do Ministro Menezes Direito e foram deslocadas para a parte dispositiva da decisão. A partir de então, passaram a funcionar como verdadeiras condicionantes de validade dos processos demarcatórios de terras indígenas no Brasil, porque, no entender do STF, essas diretrizes derivam, essencialmente, do próprio texto de nossa Lei Fundamental.

É certo que o próprio relator, em seu voto, consignou que "a presente ação tem por objeto tão somente a Terra Indígena Raposa Serra do Sol" (STF, 2009, Pet. 3388, Rel. Min. Ayres Britto). Além disso, o STF, ao apreciar, em 2013, os embargos declaratórios opostos em face do acórdão proferido na Pet. 3.388, declarou a ausência de eficácia vinculante do que decidido, consideradas as condicionantes fixadas. Salientou que a decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico, e que os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar.

Entretanto, ainda nos aclaratórios, o STF reafirmou a extração eminentemente constitucional das chamadas salvaguardas institucionais, assinalando-lhes a condição de pressupostos legitimadores de validade dos procedimentos administrativos de demarcação das terras alegadamente indígenas, e consignou que "o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões" (STF, 2013, EDcl na Pet. 3388, Rel. Min. Roberto Barroso). Com base nesses argumentos, o Tribunal, sobretudo por sua Segunda Turma, tem aplicado as condicionantes delineadas no Caso Raposa Serra do Sol a outros processos.

Entre tais condicionantes, está aquela segundo a qual a data da promulgação da vigente Constituição é o marco temporal único e insubstituível para a aferição se uma

determinada terra é ou não tradicionalmente ocupada por índios. Nas palavras do relator da Pet. 3.388 (2009), "o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a chapa radiográfica da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígine".

A Constituição de 1988 exige que as terras sejam habitadas em caráter *permanente* pelos índios para que possam ser caracterizadas como tradicionalmente ocupadas (art. 231, § 1º), ao mesmo tempo em que reconhece o indigenato, afirmando que essas terras destinam-se à posse *permanente* dos índios (art. 231, § 2º). Por conta disso, ao definir o marco da tradicionalidade, no Caso Raposa Serra do Sol (2009), o STF decidiu que "é preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica", como consignou na própria ementa do julgado.

Contudo, contraditoriamente, definiu a Excelsa Corte que o critério para a verificação dessa ocupação duradoura é uma data precisa, um momento único, instantâneo. A utilização da metáfora da chapa radiográfica pelo relator demonstra bem isso. Noutras palavras, de acordo com o que ficou decidido, só podem ser consideradas terras tradicionais aquelas que estavam sendo habitadas por índios na data precisa de 05 de outubro de 1988.

A única exceção a essa regra consiste na hipótese em que, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a ocupação indígena não ocorresse por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Conforme restou ementado no acórdão daquele caso de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (2009), "a tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios".

Essa, aliás, era a hipótese, no entender do Supremo, das "fazendas" situadas nas glebas em discussão naquela Pet. 3.388 (2009), cuja existência não foi capaz de apagar a presença e a resistência dos índios em toda a extensa região, que restou caracterizada como tradicionalmente ocupada e foi demarcada de forma contínua, formando o complexo geográfico da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Há de se ressaltar, contudo, que, após a decisão proferida no Caso Raposa Serra do Sol, as condicionantes ali delineadas têm sido utilizadas em detrimento dos índios. Como se disse anteriormente, o fato de o STF ter definido que o acórdão do Caso Raposa Serra do Sol não se aplicaria automaticamente a outras terras não tem impedido a Corte, especialmente a sua Segunda Turma, de utilizar as condicionantes ali traçadas em outros processos.

Deveras, o acórdão proferido no julgamento da Pet. 3.388 (2009) foi utilizado como paradigma pela Segunda Turma do STF, para, por exemplo, anular as demarcações da Terra Indígena Guyraroka, da etnia Kaiowá, quando do julgamento do RMS 29.087 (STF, 2014, Rel. p. Acórdão Min. Gilmar Mendes), bem como da Terra Indígena Limão Verde, da etnia Terena, no julgamento do ARE 803.462 AgR (STF, 2014, Rel. Min. Teori Zavaski), ambas no Mato Grosso do Sul, assim como da Terra Indígena Porquinhos, da etnia Kanela Apanyekrá, no Maranhão, quando do julgamento do RMS 29.542 (STF, 2014, Rel. Min. Cármen Lúcia). Tais decisões causaram grande insegurança e instabilidade às comunidades indígenas. As duas primeiras, com base no marco temporal, objeto de análise neste trabalho; a última, na condicionante que veda a ampliação de terras já demarcadas, que, apesar de relacionada, foge à problemática agora enfrentada.

No RMS 29.087 (2014), combatia-se acórdão do STJ que denegara mandado de segurança impetrado contra a Portaria 3.219, de 07/10/2009, do Ministro de Estado da Justiça, a qual declarara a posse permanente da Terra Indígena Guyraroka, situada no Estado do Mato Grosso do Sul, à etnia Guarani-Kaiowá.

Conforme narrado pelo relator do caso no Supremo, Ministro Ricardo Lewandovski, para denegar a segurança, o STJ assinalara que a existência de propriedade, devidamente registrada, não tem o condão de inibir a Funai de investigar e demarcar terras, quando constatar a ligação anímica com a comunidade indígena, tendo em vista que, segundo o art. 231, §§ 1° e 6°, da CF⁄88, pertencem aos índios as terras por estes tradicionalmente ocupadas, sendo nulos os atos translativos de propriedade. Entendera a Corte da Cidadania que, uma vez constatada a posse imemorial na área, não se havia de invocar em defesa da propriedade o título translativo registrado, sendo ainda inservível a cadeia sucessória do domínio, documentos que somente serviriam para demonstrar a boa-fé do impetrante, sem eliminar o fato de que os índios foram crescentemente usurpados das terras de ocupação tradicional, sendo forçados a tornarem-se empregados nas fazendas, para não deixar romper o vínculo social, histórico e afetivo com os lugares que tinham como referência de suas vidas. E concluíra que a pretensão deduzida pelo impetrante não encontrava respaldo na documentação carreada aos autos, sendo necessária a produção de prova para ilidir as constatações levadas a termo em laudo elaborado pela Funai, o que demonstrava a inadequação do *writ*.

O Ministro Ricardo Lewandovski, mantendo o entendimento esposado na Corte da Cidadania, votou negando provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, por não vislumbrar a presença de direito líquido e certo na hipótese, já que o direito pleiteado dependia de realização de provas.

O Ministro Gilmar Mendes, em voto-vista, abriu divergência, para conceder a segurança, sendo essa a posição que findou por prevalecer. A decisão concluiu pela desnecessidade de instrução probatória, por entender ser possível julgar o remédio heróico a partir dos dados insertos no laudo antropológico que subsidiou o processo de demarcação.

O dado determinante para o desfecho do RMS 29.087 (2014) em desfavor da comunidade indígena – conforme se pode perceber a partir do voto do Ministro Gilmar Mendes, acompanhado pelos demais integrantes da Segunda Turma – foi o de que a comunidade Kaiowá não se encontrava ocupando a terra reivindicada na data de promulgação da Constituição de 1988, marco temporal erigido no julgamento da Petição n. 3.388 para o reconhecimento da posse tradicional indígena. O laudo da Funai indicava, na verdade, que os índios Kaiowá encontravam-se na área a ser demarcada desde os anos 1750-1760, tendo sido desapossados de suas terras na década de 1940, por pressão de produtores rurais, sendo que algumas famílias permaneceram na região trabalhando nas fazendas, cultivando costumes de seus ancestrais e mantendo laços com a terra.

A Segunda Turma do STF, por maioria, prolatou decisão em favor dos fazendeiros, em função da aplicação, pela Segunda Turma do STF, da condicionante do marco temporal de ocupação das terras e também porque não considerou que havia, na hipótese, a caracterização de renitente esbulho, a despeito de a Ministra Cármen Lúcia, em voto que convergiu para as conclusões do voto vencedor, reconhecer que "o agravamento do conflito fundiário envolvendo índios e não-índios na região tem sido noticiado regularmente pelos veículos de comunicação, que relatam a crescente hostilidade entre índios e proprietários/posseiros e denunciam atos barbárie ali havidos", informando, inclusive, que "vidas têm sido ceifadas brutalmente em ambos os lados do conflito e que a descrença na solução da controvérsia tem conduzido a suicídios como formas de protestos".

Também no ARE 803.462 AgR (2014), a condicionante do marco temporal constituiu um impedimento à demarcação de terras reivindicadas por índios. Cuidava-se de agravo regimental interposto pelo proprietário da Fazenda Santa Bárbara, situada no Município de Aquidauana, Estado do Mato Grosso do Sul, em face de decisão que negara conhecimento a recurso extraordinário seu, visando à retirada da sua propriedade da área demarcada como sendo a Terra Indígena Limão Verde, reconhecida à comunidade indígena da etnia Terena.

O relator do caso, Ministro Teori Zavascki, na esteira do que fora decidido no RMS 29.087 pela mesma Segunda Turma do STF, poucos meses antes, invocou o entendimento de que a Corte, ao julgar a Pet. 3.388 (2009), assentara que o art. 231, § 1º, da CF/88 estabelece,

como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena, a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, com a ressalva de que não descaracteriza a tradicionalidade da posse nativa eventual situação de esbulho renitente cometido por não-índios.

A partir daí, salientou que a última ocupação indígena na área objeto daquela demanda deixara de existir desde o ano de 1953, data em que os últimos índios teriam sido expulsos da terra. O fato de não haver ocupação efetiva em 1988, dessa forma, impediria, a princípio, a demarcação, restando apenas averiguar a existência do que, no julgamento da Pet. 3.388, se denominou de esbulho renitente.

No julgamento da Pet 3.388 (2009), o STF assinalara que, nos locais onde a reocupação das terras indígenas, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, somente não ocorreu por efeito do renitente esbulho por parte dos não-índios, não seria hipótese de perda da tradicionalidade da posse nativa, mas, sim, de violação aos direitos originários que assistem aos índios, reparável tanto pela via administrativa quanto jurisdicional.

No caso debatido no ARE 803.462 AgR (2014), os dados apresentados no laudo antropológico da Funai e levados em consideração nas anteriores decisões judiciais davam conta de que, na região em questão, existiam diversos aldeamentos indígenas pelo menos desde 1865-66. A partir da década de 1890, iniciou-se um processo de colonização, com a constituição da Vila de Aquidauana, e de titulação de propriedades que se chocavam com terras de ocupação tradicional indígena em diversos pontos. Com relação às terras da fazenda Santa Bárbara, existiu ocupação indígena (no sentido de uso para habitação) até o ano de 1953, quando, em meio ao processo de demarcação, houve a expulsão dos índios da área. O magistrado de primeiro grau constatou, em inspeção judicial, que, a partir do ano de 1953, os índios, não por vontade própria, ficaram impedidos de utilizar as terras da área litigiosa, porque, além da divisa natural, representada pela Serra de Amambaí (onde os índios até hoje praticam atividade de caça e coleta), foram instaladas cercas em todo o perímetro da fazenda.

Além disso, os autos também informavam que os índios Terena pleitearam junto a órgãos públicos, desde o começo do Século XX, a demarcação das terras do chamado Limão Verde, nas quais se inclui a Fazenda Santa Bárbara. Nesse sentido, destacam-se: (a) a missiva enviada em 1966 ao Serviço de Proteção ao Índio; (b) o requerimento apresentado em 1970 por um vereador Terena à Câmara Municipal, cuja aprovação foi comunicada ao Presidente da Funai, através de ofício, naquele mesmo ano; e (c) cartas enviadas em 1982 e 1984, pelo Cacique Amâncio Gabriel, à Presidência da Funai.

Com base em todos esses dados, as instâncias judiciais inferiores haviam considerado que estava comprovado o renitente esbulho praticado pelos não-índios. A Segunda Turma do STF, entretanto, ao apreciar o ARE 803.462 AgR (2014), entendeu de modo diverso, expressando a compreensão de que:

> Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.

O STF deu uma intepretação restritiva à expressão esbulho renitente, como controvérsia possessória persistente, comprovada por circunstâncias de fato ou judicializada. Além disso, utilizou também o marco temporal de 05 de outubro de 1988 para estabelecer a necessidade de resistência física dos índios à data da promulgação da Constituição como pressuposto à caracterização do esbulho renitente.

Consoante tal interpretação, as provas de desocupação forçada, de utilização de cercas para impedir o acesso às terras e de reivindicações ao longo de décadas após a expulsão não foram suficientes para que o STF reconhecesse, no caso, o esbulho renitente. Nem mesmo as manifestações formais de inconformismo, durante as décadas de 60, 70 e 80, foram consideradas aptas a caracterizar tal requisito, que só estaria configurado, no entender da Excelsa Corte, se houvesse um conflito possessório de fato ou judicial que perdurasse até o marco temporal da promulgação da Constituição de 1988.

Levando em conta que as últimas ocupações indígenas na Fazenda Santa Bárbara ocorreram em 1953 e considerando que não teria havido esbulho renitente caracterizado por situação de disputa possessória, fática ou judicializada, persistente até a data da promulgação da Constituição, a Segunda Turma do STF deu provimento ao agravo regimental e, em consequência, ao recurso extraordinário interposto pelo proprietário rural, para retirar as terras de sua fazenda da demarcação da Terra Indígena Limão Verde.

A breve análise desses três casos já demonstra as consequências danosas que a tese do marco temporal único de 1988 tem acarretado para as etnias que, expulsas de suas terras, não conseguiram a elas retornar antes de 05 de outubro de 1988 ou não conseguem comprovar um conflito possessório com seus usurpadores que tenha persistido até o tempo da promulgação da Constituição.

Já permite, também, dar um entendimento mínimo para que possamos começar a enfrentar o objetivo a que nos propomos na presente dissertação: analisar se a fixação da data da promulgação da Constituição (05.10.1988) como marco temporal insubstituível para a verificação da ocupação fundiária pelos índios encontra-se ou não em consonância com o princípio da primazia da norma mais favorável em matéria de direitos humanos.

Antes de abordar o problema propriamente dito, incumbe estudarmos o referido princípio, o que faremos no capítulo a seguir.

3 O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA NORMA MAIS FAVORÁVEL

Este capítulo visa a conceituar o princípio da primazia da norma mais favorável, examinar o seu substrato teórico, verificar o seu fundamento convencional e constitucional, além de analisar a sua aplicação jurisprudencial, tanto no plano internacional – a partir, sobretudo, de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos – como no interno, com sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao abordar os diplomas normativos que tratam do referido princípio, as lições doutrinárias sobre o mesmo e a sua aplicação jurisprudencial, estaremos demonstrando por que a fixação de um marco temporal de ocupação das terras indígenas no Caso Raposa Serra do Sol deveria ser norteada pelo mesmo.

3.1 CONCEITO

Quando se fala, atualmente, em direitos humanos, depara-se com um vasto panorama normativo. Os direitos humanos hoje são não só normas costumeiras[1] ou princípios gerais do Direito[2], como também estão previstos nas Constituições dos Estados e em diversos tratados internacionais de alcance regional e global. Vários direitos são mencionados repetidamente em diversos diplomas normativos internos e internacionais.

A estratégia de ampliar a proteção normativa do ser humano, sem preocupação com redundâncias, só pode ser bem-sucedida tendo-se a garantia de que novos instrumentos jurídicos não podem reduzir a proteção dos direitos já reconhecidos, isto é, de que os *standards* de proteção já alcançados não podem ser diminuídos, mas sempre elevados.

---

[1] As resoluções da Assembleia Geral da ONU não têm, *a priori*, caráter vinculante, pois possuem a natureza de recomendações, consoante o art. 10 da Carta da ONU. Porém, são consideradas, muitas vezes, a expressão da consolidação de costumes de DIDH, contribuindo, também, para a elaboração de diversas convenções internacionais. A Declaração Universal de Direitos Humanos, adotada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral da ONU, é exemplo disso. Segundo Piovesan (2016, p. 232/233), sua força vinculante pode ser reconhecida, seja porque constitui norma costumeira internacional, seja porque representa a interpretação autêntica do termo "direitos humanos", previsto em diversos dispositivos da Carta da ONU, que utiliza a expressão, mas não a define ou traz um rol de quais são esses direitos.

[2] A CIJ, no exercício de sua competência consultiva, abordando o tema das reservas à Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, afirmou que as normas de proteção de direitos humanos podem ser consideradas princípios gerais do Direito, assinalando que: "The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as 'a crime under international law' involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96 (1) of the General Assembly, December 11th 1946). The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation." Grifos nossos. (Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, p. 15)

Daí a importância do princípio da primazia da norma mais favorável em direitos humanos, normalmente conceituado como um vetor de interpretação/aplicação segundo o qual o aplicador do direito deve, diante da pluralidade de diplomas normativos internos e internacionais de direitos humanos, escolher a solução que estabeleça o maior grau de proteção do ser humano, aproveitando a coexistência de distintos instrumentos jurídicos (nacionais e internacionais) de garantia de direitos humanos com vistas a potencializar a capacidade de proteção do sistema.

Noutras palavras, a utilização do princípio da primazia da norma mais favorável permite que a vítima tenha a possibilidade de invocar a solução mais vantajosa à proteção de seus direitos, seja esta solução prevista no sistema doméstico, no sistema regional ou no sistema global de proteção dos direitos humanos. Destina-se, assim, a garantir sempre e continuamente a elevação dos parâmetros de proteção dos direitos, pois, ao orientar a aplicação da norma mais favorável, proíbe que um nível de proteção já alcançado no plano interno ou internacional sofra uma diminuição em razão da superveniência de um novo diploma normativo ou de uma interpretação menos garantista. Apresenta, dessa forma, a dupla vocação de, por um lado, impedir retrocessos e, por outro, fomentar avanços no regime de proteção dos direitos humanos, sob a inspiração de uma ordem centrada no valor da absoluta prevalência da dignidade humana.

André de Carvalho Ramos explica que "de acordo com tal princípio, nenhuma norma de direitos humanos pode ser invocada para limitar, de qualquer modo, o exercício de qualquer direito ou liberdade já reconhecida por outra norma internacional ou nacional" (2016, p. 149). E complementa: "caso haja dúvida na interpretação de qual norma deve reger determinado caso, impõe-se que seja utilizada a norma *mais favorável* ao indivíduo, quer seja tal norma de origem *internacional* ou mesmo *nacional*" (2016, p. 149). No mesmo sentido, Flávia Piovesan ressalta que "no plano de proteção dos direitos humanos, interagem o Direito Internacional e o Direito interno movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano, tendo em vista que a primazia é da pessoa humana" (2016, p. 179).

Adotando a distinção proposta por Friedrich Müller, em sua "Teoria Estruturante do Direito", entre texto normativo e norma[3], podemos afirmar, ainda, que o princípio da primazia da norma mais favorável não deve ser concebido apenas como um mecanismo destinado a

[3] Consoante Müller, a diferença de norma e texto normativo é apresentada pelo "significado apenas indicativo do texto normativo para o sentido jurídico decisivo dessa norma, ou seja, para o teor de validade da disposição concretizada no caso particular" (2009, p. 198). Vale dizer, o texto normativo é tão-somente o "ponto de partida e ponto de referência" do processo de concretização que resulta na norma materialmente determinada, funcionando como "uma fronteira de concretização permitida" (2009, p. 205).

reduzir ou minimizar os possíveis conflitos entre diplomas normativos internacionais e nacionais, mas como um dos elementos de concretização da norma de direitos humanos.

A "norma" do princípio da primazia da norma mais favorável não diz respeito apenas ao texto normativo, mas à própria norma de decisão. Dessa forma, o princípio em tela não se destina apenas a solucionar o impasse acerca de qual texto normativo (entre dois ou mais) traz a prescrição mais favorável ao ser humano, mas também a extrair de um único texto normativo (ou da conjugação de mais de um texto normativo[4]) a norma de decisão que melhor otimiza a proteção à vítima de uma violação de direitos.

Assim, o princípio da primazia da norma mais favorável visa, em última análise, à concretização da norma de decisão mais favorável ao ser humano no caso concreto, o que justifica ser chamado, com frequência, de princípio da interpretação mais favorável, *pro homine*[5] ou *pro persona*.

3.2 SUBSTRATO TEÓRICO

A solução de conferir primazia à norma mais favorável, em tema de direitos humanos, baseia-se na concepção de que tais direitos, quer sejam reconhecidos no Direito interno, quer constem em convenções internacionais, têm como objetivo comum a promoção da dignidade humana, de forma que sua aplicação deve ser norteada sempre com vistas à máxima densificação desse princípio, não importando, para tanto, que se utilize norma de Direito Internacional ou de Direito interno.

---

[4] Exemplo de conjugação de diplomas normativos, com vistas à elaboração da norma mais favorável à proteção dos direitos humanos, encontra-se na solução de compatibilizar o Estatuto de Roma (que prevê a pena de prisão perpétua) com a Constituição Federal (que veda a pena de prisão perpétua), a fim de que o Brasil possa entregar um agente acusado da prática de crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão, para ser julgado pelo Tribunal Penal Internacional, condicionando a limitação da pena a 30 (trinta) anos, como ocorre nos casos de extradição. Tal solução evita que crimes que representam graves violações de direitos humanos permaneçam impunes, ao mesmo tempo em que preserva a garantia de que ninguém pode ser preso por toda a vida.

[5] Cumpre destacar que há autores que tratam a primazia da norma mais favorável e a interpretação *pro homine* como princípios distintos, ainda que intimamente relacionados. É o caso de André de Carvalho Ramos, que explica que, consoante o princípio *pro homine*, "toda obrigação internacional de respeito aos direitos humanos não pode ser interpretada restritivamente em prol dos Estados, mas sim em prol do destinatário da proteção internacional de direitos humanos, ou seja, o indivíduo" (2016, p. 142). Continua o referido autor aduzindo que o princípio *pro homine* consolidou-se no Direito Internacional dos Direitos Humanos em diversas diretrizes. A primeira é a que impõe interpretação sistemática do conjunto de normas de direitos humanos, de modo a reconhecer direitos implícitos a outros direitos humanos expressos. A segunda estabelece que a interpretação de eventuais limitações permitidas de direitos contidas em tratados internacionais deve ser restritiva. A terceira prevê que, havendo lacunas ou omissões, deve-se haver a integração a partir da interpretação que mais favoreça o ser humano (2016, p. 142-144). Tais explicações, a nosso ver, demonstram que o princípio *pro homine* confunde-se com o princípio da primazia da norma mais favorável ou pelo menos constitui a faceta do princípio da primazia da norma mais favorável diante de um conflito entre o Estado e os destinatários da proteção de direitos humanos, ou seja, os próprios seres humanos. Nesse caso, deve ser privilegiada a interpretação que mais favoreça os seres humanos.

Ampara-se, igualmente, na ideia de que os direitos humanos não encontram seu fundamento na autoridade estatal[6], tampouco na autoridade de alguma instituição supranacional, e, por conta disso, o processo de interpretação e de aplicação das normas que enunciam esses direitos deve basear-se nos valores que enunciam, isto é, naquilo que prescrevem. Nesse sentido, Piovesan (2016, p. 142), afirma que "na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana". A hermenêutica dos direitos humanos deve inspirar-se, portanto, em "uma lógica e racionalidade material" com "o primado da substância sobre a forma" (PIOVESAN, 2016, p. 144). Assim, em caso de conflito aparente entre normas internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a mais favorável ao sujeito de direito que necessita de sua proteção.

Tal princípio interpretativo coaduna-se com a mudança de paradigma da cultura jurídica latino-americana que, no processo de democratização da região, tem provocado a emergência de um constitucionalismo regional transformador, a partir dos diálogos local-regional-global em um sistema jurídico multinível, com o empoderamento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o crescente diálogo e interação entre o Direito interno e o DIDH e o fortalecimento da sociedade civil na luta por direitos e por justiça (PIOVESAN, 2016, p. 17).

Explicando tal mudança, Piovesan (2016, p. 25/26) afirma que, por muito tempo, a cultura jurídica latino-americana adotou um paradigma jurídico fundado em três características essenciais: a) a forma piramidal da ordem jurídica, com a Constituição em seu ápice, tendo como maior referencial teórico Hans Kelsen, na afirmação de um sistema jurídico endógeno e autorreferencial (numa interpretação equivocada da doutrina de Hans Kelsen, que defendia o monismo com a primazia do Direito Internacional); b) o hermetismo de um Direito purificado, livre de elementos "impuros", com ênfase no ângulo interno da ordem jurídica e na dimensão estritamente normativa; e c) o *State approach* (*State centered perspective*), perspectiva que tem a soberania do Estado no âmbito externo e a segurança nacional no âmbito interno como conceitos estruturais e fundantes.

Atualmente, testemunha-se a crise desse paradigma tradicional e a emergência de um novo, que, por sua vez, adota como características essenciais: a) a ordem jurídica em forma de

[6] Com sua notável capacidade de persuasão, Luciano Mariz Maia argumenta que "quando os direitos fundamentais o são não em razão de uma essencialidade, ou em razão da dignidade da pessoa humana, mas unicamente em razão de assim serem mencionados em um texto constitucional, recuam-se séculos de avanços e lutas, para abdicar da circunstância de que Estados não instituem direitos fundamentais, mas apenas os reconhecem, porque tais direitos precedem ao próprio Estado" (2004, p. 127).

trapézio, com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos na base superior, com a adoção pelas Constituições latino-americanas de cláusulas de abertura constitucional, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade; b) a crescente abertura do Direito a elementos "impuros" e a possibilidade de enxergá-lo por novos ângulos, através do diálogo com outras jurisdições e da interdisciplinariedade com outros saberes e diversos atores sociais, resignificando a experiência jurídica; c) o *human rights approach* (*human centered approach*), perspectiva que abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania popular e a cidadania. (PIOVESAN, 2016, p. 186/187).

A adoção do princípio da interpretação *pro persona* reflete a atual quadra histórica do constitucionalismo, marcado pela internacionalização da proteção dos direitos humanos, pela democratização e relativização do conceito de soberania, pela globalização e pelo multiculturalismo.

Desde a proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, já se podia vislumbrar uma preocupação de garantia universal dos direitos humanos. Entretanto, a efetiva internacionalização dos direitos humanos foi um fenômeno que se iniciou na segunda metade do século XIX e início do século XX. Nesse período, foram produzidos os primeiros documentos com caráter internacional de proteção desses direitos, manifestando-se basicamente em três setores: o direito humanitário, a luta contra a escravidão e a regulação dos direitos do trabalhador assalariado (COMPARATO, 2007, p. 55/56).

Após a Segunda Guerra Mundial, quando a paz e a estabilidade internacional se viram ameaçadas e a consciência da humanidade foi chocada pelas atrocidades cometidas pelos regimes totalitários, alargou-se a convicção de que a proteção dos direitos humanos não poderia limitar-se a ser uma questão doméstica dos Estados (COMPARATO, 2007, p. 56/58).

Afora a memória das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, atualmente, diversas questões que não se restringem ao âmbito interno dos territórios estatais ameaçam a dignidade dos seres humanos, a exemplo da negativa de acolhimento pelos Estados de pessoas que migram em massa fugindo da fome, das guerras e das catástrofes naturais, o que evidencia a necessidade de proteção dos direitos humanos não apenas por diplomas normativos e órgãos jurisdicionais internos, como também por tratados internacionais e órgãos supranacionais de vigilância e controle.

Percebe-se, assim, como e por que os direitos humanos já não são assunto exclusivamente da jurisdição interna dos Estados. Os Estados perderam o espaço de reserva

nessa matéria, que passou a ser de interesse e competência da sociedade internacional e do seu direito (SORTO, 2008, p. 23/24).

Como explica Zumbansen (2012, p. 23/24), os direitos humanos foram alçados a uma categoria transnacional, na medida em que são objeto tanto do Direito Internacional como das ordens jurídicas internas. Sua enunciação no plano internacional evidencia que o constitucionalismo hoje não deve se limitar à verificação da atualidade da Constituição em relação à sociedade que a rege, mas também precisa analisá-la à luz do panorama internacional (2012, p. 36).

O processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos, de reconhecimento da personalidade internacional do ser humano[7] e de limitação do papel do Estado nessa matéria foi a confirmação, pela sociedade internacional, do repúdio à concepção absoluta da soberania, centralizada no Estado, o que se afigura de suma importância, posto que, na maioria das vezes, a violação dos direitos humanos é atribuída às próprias autoridades estatais. Não é por outra razão que o objetivo dos tratados de direitos humanos é a proteção de direitos de seres humanos, sem levar em consideração a nacionalidade do indivíduo-vítima, diante do Estado de origem ou diante de outro Estado parte.

Deveras, o constitucionalismo baseado no paradigma westfaliano do Estado como única e última autoridade política e jurídica não mais atende aos anseios do mundo contemporâneo globalizado (O'DONOGHUE, 2013, p. 1021; ANDERSON, 2012, p. 362; WALKER, 2008, p. 522). O surgimento de organismos e comunidades supranacionais com autoridade jurídica e política além do Estado e o reconhecimento da fundamentalidade de normas jurídicas do Direito Internacional revelam a emergência de um constitucionalismo além do Estado[8] (ainda que com o Estado, e não sem ele).

Nesse contexto, a Constituição hoje não é mais enxergada numa posição estática no ápice de uma pirâmide jurídica. Na verdade, pode-se dizer que ela esteja na "cintura" de uma

---

[7] Segundo Sorto (2008, p. 13), "o reconhecimento da personalidade internacional do ser humano pelo Direito das Gentes constituiu realmente grande progresso na sociedade internacional, porque de súdito (do Estado, do qual recebe proteção diplomática) ele se transforma em sujeito de direitos (cidadão do mundo, protegido pelo Direito internacional)".

[8] Em *Beyond 'Constitucionalism Beyond the State'*, Anderson analisa o constitucionalismo além do Estado em três de seus principais enfoques: do constitucionalismo supranacional (ou transnacional) de Walker, do constitucionalismo societário de Teubner e do novo constitucionalismo como de Stephen Gill (2012, p. 361-369). Ressalta a importância dessas diferentes perspectivas para atestar a pluralidade de constitucionalismos e conclui que um constitucionalismo global que se pretenda verdadeiramente democrático só pode emergir com o reconhecimento de diferentes tradições constitucionais provindas do Sul global e que geralmente são invisíveis ao radar constitucional (2012, p. 383).

ampulheta, sofrendo os influxos da globalização e do multiculturalismo[9], ou, noutra ilustração, compondo uma rede de conexões com outros instrumentos e sistemas normativos num contexto de pluralismo jurídico, como percebido por François Ost e Michel van de Kerchove em "*De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?"* (2000).

Essas concepções não negam à Constituição o papel de supremacia no ordenamento jurídico que compõe – ideia de suma importância para o constitucionalismo[10] –, mas apenas ressalta a sua necessária conexão com a vida social interna e internacional, no verdadeiro sentido de um "transconstitucionalismo entre direito internacional público e direito estatal" (NEVES, 2013, p. 132). Tampouco pretendem esvaziar o papel do Estado, que continua a ser o principal responsável pela promoção e proteção desses direitos[11]. O que não se pode negar, todavia, é a validade das normas de convenções internacionais de direitos humanos e a possibilidade de serem opostas aos Estados, em caso de descumprimento.

O Direito Internacional, centrado no consentimento do Estado, está cedendo espaço para uma ordem jurídica diferenciada. Os modelos de multilateralismo, o estabelecimento de doutrinas como o *jus cogens*, entre outras mudanças, produz um sistema de normas que não mais podem ser descritas como puramente consensuais (O'DONOGHUE, 2013, p. 1023). Nesse contexto, o reconhecimento e a aplicação da primazia da norma mais favorável em tema de direitos humanos indicam que o Direito Internacional dos Direitos Humanos está muito mais próximo do princípio estatutário que do convencional.

Em que pese o Direito Internacional encontrar-se no limiar entre o Direito e a Política, na atual fase do constitucionalismo, não mais pode subsistir o raciocínio de que,

---

[9] Anderson (2012, p. 375) prefere tratar da globalização em dois sentidos, de cima e de baixo, explicando que esta última "introduz uma perspectiva de baixo para cima aos debates atuais através do seu foco principal nas formas de política popular que estão geralmente ausentes do discurso constitucional" (tradução livre). Complementa, adiante (2012, p. 381), afirmando que "uma consequência importante do enfoque da globalização de baixo a partir do Sul global é enfatizar aquilo que até recentemente eram conhecimentos de governança obscurecidos, frequentemente baseados em ideias e práticas indígenas" (tradução livre).

[10] Até o Reino Unido, cujo constitucionalismo se baseou, historicamente, na supremacia do Parlamento, vem passando por transformações que denotam a importância de se ter nas normas de natureza constitucional um parâmetro de controle em relação às demais normas do ordenamento. Nesse sentido, a grande inovação do *Human Rights Act*, de 1998, foi permitir a *declaração de incompatibilidade*, no caso concreto, entre uma lei e os direitos fundamentais nele previstos. Como explica Barroso (2011, p. 36), "tal declaração, é certo, não acarreta a nulidade da lei nem vincula as partes do processo; mas produz o efeito prático de revelar ao Parlamento que seu ato é contrário aos direitos humanos. Caberá ao Parlamento, assim, a decisão de modificá-la ou não. Há precedente em que, após a declaração de incompatibilidade, o Parlamento reviu a legislação questionada".

[11] Nesse sentido, Piovesan ressalta que "o Direito Internacional dos Direitos Humanos apenas vem aprimorar e fortalecer o grau de proteção dos direitos humanos consagrados no plano normativo interno. A escolha da norma mais benéfica ao indivíduo é tarefa que caberá fundamentalmente aos Tribunais nacionais e a outros órgãos aplicadores do Direito, no sentido de assegurar a melhor proteção possível ao ser humano" (2016, p 180).

porque é soberano[12], o Estado pode deixar de respeitar as normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas como garantidoras de uma vida minimamente digna a qualquer pessoa[13].

Nesse sentido, o então Secretário Geral das Nações Unidas B.Boutros-Ghali, em seu discurso na plenária de abertura da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, junho de 1993), salientou que a soberania estatal não pode ser vista de forma absoluta, sobretudo quando serve de argumento para a violação de direitos humanos.

O argumento da soberania se torna ainda mais insustentável, se utilizado pelo Estado em casos de descumprimento de tratados internacionais de direitos humanos de que faça parte ou de decisões dos órgãos supranacionais de controle e fiscalização cuja jurisdição reconhece. Tal posição conservadora é insustentável à luz de uma concepção democrática da soberania, segundo a qual todo poder emana do povo e deve ser exercido para assegurar seus direitos.

Deveras, se, em busca de legitimidade e visando à cooperação internacional, os Estados ratificam tratados de direitos humanos ou a eles aderem, incorporando aos seus ordenamentos as normas neles previstas e submetendo-se à jurisdição dos órgãos supranacionais de vigilância e controle, não faz nenhum sentido amparar a violação desses direitos no argumento da soberania, concebida como poder que emana do povo. Afinal, a ratificação ou adesão às convenções é precedida de aprovação pelo próprio povo ou por seus representantes[14].

---

[12] A soberania, muitas vezes, é utilizada como argumento de impedimento à efetividade dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, seja porque impediria a aplicação das normas previstas nos tratados de direitos humanos em detrimento das previstas no Direito interno, seja porque impediria a efetividade das decisões dos órgãos supranacionais de vigilância e controle. Nesse sentido, discorrendo sobre o alcance e compreensão da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 por ocasião do seu vigésimo aniversário, Oscar Dias Corrêa já percebia que "o grande problema, porém, permanentemente posto e sem solução é o da efetividade dos direitos. Por mais antiga que tenha sido a enunciação, conhecem-se e repetem-se as dificuldades que sua asseguração encontrou na ordem nacional. Que dizer dos obstáculos à efetivação na ordem internacional, onde todos os direitos previstos e formulados esbatem-se sempre contra o privilégio da soberania nacional, encarnado no poder do Estado" (CORRÊA [1968], 2010, p. 659).

[13] Tecendo comentários sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, Sorto enuncia o conjunto dos direitos que, a seu ver, comporiam o núcleo duro desses direitos, oponível aos Estados independentemente de seu reconhecimento: "A par do direito à liberdade, estabelecido no dispositivo inicial, os preceitos seguintes estabelecem o núcleo universal dos direitos humanos, pois somente podem ser ditos universais os direitos essencialíssimos, sem os quais a pessoa perde a condição de humanidade. Esses direitos são, além da *liberdade*: a) o direito à *vida*, a qual deve ser digna e dotada de personalidade jurídica em todo o lugar (arts. 3 e 6); b) o direito a *não ser mantido* [submetido] *à escravidão nem torturado* (arts. 4 e 5); c) o direito ao *devido processo legal* (arts. 8 a 11)" (SORTO, 2008, p. 29/30).

[14] No Brasil, é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (art. 49, I, da Constituição Federal).

Com essa mesma percepção, André de Carvalho Ramos, analisando precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Castilho Petruzzi e outros, explica que "o Estado, ao ratificar instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, exerce sua soberania e assume obrigações das quais não pode se eximir contraditoriamente, alegando amesquinhamento da soberania nacional" (2002, p. 23).

Dessa forma, não diminui a sua soberania o Estado que passa a ser parte em um tratado internacional de direitos humanos e aplica as normas nele previstas, submetendo-se, inclusive, à jurisdição dos órgãos supranacionais de vigilância e controle; pelo contrário, reafirma a soberania do seu povo, isto é, a soberania em sua concepção democrática, visto que foi dele que proveio a decisão de ratificar ou aderir à convenção.

Por outro lado, o Estado que descumpre tratados por ele firmados e não se submete às decisões dos órgãos supranacionais de vigilância e controle, invocando seu Direito interno, sua "soberania", está, na verdade, ferindo a soberania do seu povo, em nome de uma suposta soberania estatal absoluta, a qual não encontra mais legitimidade em qualquer parte. No caso brasileiro, cumpre salientar, a decisão de submeter a soberania ao parâmetro obrigatório da prevalência dos direitos humanos foi tomada pelo próprio constituinte originário, que previu, no art. 4º, II, da Constituição, a prevalência dos direitos humanos como princípio pelo qual a República Federativa do Brasil se rege nas suas relações internacionais, rompendo com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta e reforçando o processo de sua flexibilização em prol da proteção dos direitos humanos.

Além disso, o descumprimento de tratados de direitos humanos sob o argumento de incompatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio contradiz o princípio de Direito Internacional segundo o qual um Estado não pode invocar as disposições de seu Direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado, salvo na hipótese de violação manifesta a norma de Direito interno de importância fundamental sobre competência para concluir tratados (artigos 27 e 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados).

Aliás, uma postura desse tipo contraria a própria noção de vigor da norma jurídica internacional, que diz respeito à sua força vinculante, isto é, à impossibilidade de os sujeitos subtraírem-se ao seu império. De fato, a noção de vigor é fundamental para qualquer ordem normativa que se pretenda jurídica, já que normas que podem ser afastadas pelos próprios sujeitos a que se destinam não poderiam ser consideradas Direito.

Com isso não se afasta por completo as soluções preconizadas pelo Estado para os conflitos de valores e interesses que surgem em seu espaço territorial. De fato, muitas vezes, as soluções locais se mostram melhores que as soluções com pretensão regional ou global.

Por conta disso, percebe-se, também, como uma tendência do constitucionalismo contemporâneo, além da internacionalização da proteção dos direitos humanos, o reconhecimento pelo Estado de novos direitos e garantias a partir de demandas que afloram no seu território.

A necessidade de atender às reivindicações pelo reconhecimento de direitos de grupos minoritários, sem expressão política ou socialmente vulneráveis, no interior dos Estados, é, de fato, um dos principais desafios atuais do constitucionalismo: não basta a garantia de uma democracia formal, baseada no princípio majoritário e no reconhecimento das liberdades públicas e da igualdade perante a lei; faz-se necessário, igualmente, a concretização da democracia material, isto é, o governo para todos, aí incluídos os grupos tradicionalmente marginalizados da sociedade, excluídos da proteção do Poder Público (BARROSO, 2011, p. 63-64).

Com base nessa percepção, a hermenêutica dos direitos humanos recomenda que, na hipótese de conflito entre normas internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, prevaleça sempre a mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico.

Discorrendo sobre o papel do princípio da primazia da norma mais favorável no atual contexto de coexistência de diversos instrumentos normativos de direitos humanos, Cançado Trindade (1997, p. 436) ressalta que:

> O critério da primazia da norma mais favorável às pessoas protegidas, consagrado expressamente em tantos tratados de direitos humanos, contribui em primeiro lugar para reduzir ou minimizar consideravelmente as pretensas possibilidades de "conflitos" entre instrumentos legais em seus aspectos normativos. Contribui, em segundo lugar, para obter maior coordenação entre tais instrumentos (...). Contribui, em terceiro lugar (...) para demonstrar a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – são no sentido de ampliar e fortalecer a proteção. O que importa em última análise é o grau de eficácia da proteção, e por conseguinte há de impor-se a norma que no caso concreto melhor proteja, seja ela de direito internacional ou de direito interno.

Tal princípio, portanto, insere-se em um contexto em que "a interpretação jurídica vê-se pautada pela força expansiva do princípio da dignidade humana, conferindo prevalência ao *human rights approach (human centered approach)*" (PIOVESAN, 2016, p. 188), em detrimento do *State centered* approach, pois possibilita harmonizar a interação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, conferindo máxima efetividade às normas de proteção à dignidade humana. Responde, assim, às demandas colocadas pelo atual estágio de transconstitucionalismo em que nos encontramos – submetendo-nos a ordens jurídicas diversas, tanto no plano interno quanto no internacional – pois constitui um

mecanismo de diálogo entre as diversas ordens jurídicas e instâncias judiciais, de modo a não gerar desacordo ou resolver os desacordos existentes, sempre em prol da densificação da dignidade da pessoa humana.

A primazia da norma de direitos humanos mais favorável às pessoas protegidas é, em suma, o critério mais adequado para maximizar os benefícios desses sistemas internos e internacionais de proteção dos direitos humanos; é o mais condizente com a posição ocupada pelo Estado no atual cenário do constitucionalismo, em que a Constituição encontra-se em rede, no centro (e não no ápice) do ordenamento jurídico, sofrendo os influxos do Direito Internacional e as pressões dos grupos que clamam por reconhecimento no interior de seu território; em que a soberania deve ser vista sob um viés formal e materialmente democrático.

3.3 BASE CONVENCIONAL E CONSTITUCIONAL

A solução hermenêutica de dar primazia à norma mais favorável em matéria de direitos humanos já se encontra positivada há bastante tempo no DIDH, visto que "os tratados de direitos humanos fixam parâmetros protetivos mínimos, constituindo um piso mínimo de proteção e não um teto protetivo máximo" (PIOVESAN, 2016, p. 181).

A título de ilustração, tal princípio interpretativo é previsto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP)[15], de 1966, e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC)[16], do mesmo ano, ambos os quais possuem artigo 5º, com idêntico teor, dispondo que:

> ARTIGO 5
> 1. Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas.
> 2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.

Tanto o item 1 como o item 2 do art. 5º supracitado, comum ao PIDCP e ao PIDESC, constituem expressões do princípio da primazia da norma mais favorável. O primeiro, na aplicação, sobretudo pelos Estados, de direitos garantidos pelos referidos Pactos, com vistas a

---

[15] O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi adotado pela XXI sessão da Assembleia Geral da ONU, em 16 de dezembro de 1966, e promulgado, no Brasil, através do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992.

[16] O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais foi adotado pela XXI sessão da Assembléia Geral da ONU, em 19 de dezembro de 1966, e promulgado, no Brasil, através do Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992.

evitar o abuso de poder, isto é, o uso abusivo de cláusulas de limitação ou derrogação dos direitos humanos neles reconhecidos (MAZERON, 2011, p. 170/171)[17]. O segundo – que constitui a faceta mais notória do princípio em questão – na relação entre diferentes instrumentos de proteção de direitos humanos, de forma que, em caso de definições concorrentes de um mesmo direito, o grau de proteção oferecida pelos Pactos representem tão-somente um parâmetro mínimo que deve ser sobreposto diante de um grau de proteção mais elevado, ou, em caso de ausência de previsão de certos direitos pelos Pactos, não estejam os Estados autorizados a recusar a aplicação de outras fontes normativas que os garantam (MAZERON, 2011, p. 171/172)[18].

Também a Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, e promulgada, no Brasil, pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, adota o princípio da primazia da norma mais favorável, em ambos os aspectos já previstos no PIDCP e no PIDESC, quando estabelece, em seu artigo 29, que nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de:

> a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
> b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
> c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
> d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Como se pode perceber dos instrumentos jurídicos internacionais acima referidos, o princípio da primazia da norma mais favorável busca evitar interpretações de direitos humanos que estabeleçam menor proteção normativa, podendo a menor proteção decorrer

---

[17] Florent Mazeron afirma que o item 1 do art. 5º do PIDCP "vise a empêcher tout usage abusif des clauses de limitation et de la clause de dérogation de l'article 4. Lorsqu'ils restreignent l'exercice d'un droit garanti par le Pacte, les États se doivent, d'une part de ne pas porter atteinte à l'essence même du droit, d'autre part de faire une interprétation restrictive des clauses de limitation. En matière de dérogations, l'article 5(1) contribue, aux côtés des dispositions de l'article 4 du Pacte et des règles de droit international humanitaire, à empêcher tout abus de pouvoirs exceptionnels par un État" (2011, p. 170/171).

[18] Comentando o item 2 do artigo 5º do PIDCP, Florent Mazeron explica que "Em matière de relation entre les différents instruments de protection des droits de l'homme, les rédacteurs du Pacte ont choisi de s'eloigner du droit international general, qui fait traditionnellement prévaloir la *lex posterior* ou la *lex specialis*, et de retenir comme règle de conflit l'application de la clause la plus favorable à l'individu. Cette clause signifie tout d'abord qu'en cas de définitions concurrentes d'un même droit, le niveau de protection offert par le Pacte ne représent qu'un standard minimum qui devra s'effacer devant un niveau de garantie plus élevé. Elle indique ensuite que l'absence de protection de certains droits dans le Pacte – par exemple, le droit de proprieté – n'autorise en aucun cas les États à refuser d'appliquer toute autre source normative qui les garantait." (2011, p. 171/172)

tanto do não reconhecimento de um direito, de seu reconhecimento em menor grau ou, ainda, da imposição de maiores limitações sobre ele.

Os direitos humanos cuja proteção não pode ser diminuída, consoante tais disposições convencionais, referem-se não apenas aos direitos previstos nas próprias convenções em que constam tais cláusulas técnicas de interpretação, como também aos direitos já reconhecidos nos ordenamentos jurídicos domésticos ou em outros tratados internacionais, ou até – como prevê o art. 29, alínea "c", da CADH, em formulação mais ampla e genérica, mas que estabelece tão-somente a vedação de exclusão, e, não, de limitação – aos direitos e garantias inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática de governo.

Disposições semelhantes são encontradas em vários outros tratados internacionais de que o Brasil é parte, a exemplo da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher[19] (art. 23), da Convenção sobre os Direitos da Criança[20] (art. 41), da Convenção Internacional contra a Tortura e outros Tratamentos Humanos, Cruéis e Degradantes[21] (art. 1º, item 2, e 16, item 2), da Convenção de Belém do Pará[22] (arts. 13 e 14), entre outros[23]. Para fins do presente estudo, vale enfatizar que a Convenção nº 169 da OIT[24], acatando a fórmula que expressa o princípio interpretativo da primazia da norma mais favorável em matéria de direitos humanos, ressalva que "a aplicação das disposições da presente Convenção não deverá prejudicar os direitos e as vantagens garantidos aos povos

---

[19] A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher foi adotada no âmbito da Organização das Nações Unidas e encontra-se promulgada, no Brasil, através do Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002.

[20] A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada no âmbito da Organização das Nações Unidas e promulgada, no Brasil, através do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

[21] A Convenção Internacional contra a Tortura e outros Tratamentos Humanos, Cruéis e Degradantes foi promulgada, no Brasil, através do Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991.

[22] A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994, foi promulgada no Brasil, através do Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.

[23] A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu art. 52, item 3, também prevê o princípio da primazia da norma mais favorável: "Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma protecção mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma protecção mais ampla."

[24] O texto da Convenção nº 169 da OIT, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989, foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002. Por sua vez, o Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação junto ao Diretor Executivo da OIT, em 25 de julho de 2002. Contudo, o referido instrumentos normativo internacional só entrou em vigor para o Brasil em 25 de julho de 2003, já que, nos termos do seu art. 38, item 3, "esta Convenção entrará em vigor, para cada Membro, doze meses após o registro da sua ratificação". Finalmente, sua promulgação se deu pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

interessados em virtude de outras convenções e recomendações, instrumentos internacionais, tratados, ou leis, laudos, costumes ou acordos nacionais" (art. 35).

Além de reconhecido em diversos tratados internacionais em vigor no Brasil, pode-se dizer que o princípio da primazia da norma mais favorável em tema de direitos humanos também foi adotado pela Constituição Federal de 1988. Isso porque o seu art. 5º, § 2º, estabelece que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". E, como visto acima, o princípio da primazia da norma mais favorável é consagrado em diversos tratados de direitos humanos em que o Brasil faz parte.

As regras de interpretação da CADH previstas no seu art. 29, que consubstanciam o princípio *pro persona* – assim como as disposições semelhantes em outros tratados internacionais – são, por natureza, instrumentais. Não são substantivas, declaratórias de direitos e constitutivas de obrigações para os Estados (LIXINSKI, 2010, p. 588). Contudo, devem pautar a aplicação dos direitos humanos pelos magistrados e tribunais brasileiros, porque, apesar de não serem cláusulas materiais, constituem, enquanto princípios interpretativos, garantias do sistema de proteção dos direitos humanos em prol de seus destinatários, motivo por que estariam abrangidas pela cláusula de abertura constitucional do art. 5º, § 2º, da Constituição[25].

Além disso, um dos princípios expressamente adotados pela nossa Lei Fundamental é o da prevalência dos direitos humanos, que, consoante o seu art. 4º, II, rege a República Federativa do Brasil nas relações internacionais. Ora, só se pode afirmar que os direitos humanos prevalecem, quando aplicada a norma mais favorável à proteção do(s) ser(es) humano(s) que dela necessita(m). Dessa forma, a primazia da norma mais favorável em tema de direitos humanos é corolário do princípio da prevalência dos direitos humanos, previsto no art. 4º, II, da Constituição.

Para ilustrar tal afirmação, podemos mencionar o julgamento da Petição 4625 (2009) pelo STF. O caso referia-se a pedido de cooperação judiciária objetivando a detenção – para ulterior entrega ao Tribunal Penal Internacional (TPI)[26] – do Chefe de Estado Omar Hassan Ahmad Al Bashir, em pleno exercício de suas funções como Presidente da República do Sudão, para ser julgado pela suposta prática de crimes contra a humanidade e de guerra.

---

[25] Veremos, na seção a seguir, que a Segunda Turma do STF já proferiu acórdãos estabelecendo que os membros do Poder Judiciário brasileiro devem observância ao princípio da primazia da norma mais favorável insculpido no art. 29 da CADH.

[26] O Tribunal Penal Internacional constitui organismo judiciário de caráter permanente, investido de jurisdição penal que lhe confere poder para processar e julgar aqueles que hajam praticado (ou tentado praticar) delitos impregnados de extrema gravidade, com repercussão e transcendência internacionais, como o são os crimes de genocídio, de guerra, de agressão e contra a humanidade.

O Estatuto de Roma – que não constitui um tratado de direitos humanos em sentido estrito, mas corrobora para o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, na medida em que institui normas para a punição dos agentes responsáveis pelas formas mais graves de violação desses direitos – submete à jurisdição do TPI qualquer pessoa que haja incidido na prática de crimes de genocídio, de guerra, contra a humanidade ou de agressão, independentemente de sua qualidade oficial (art. 27), que se afigura absolutamente irrelevante, não se qualificando como causa excludente da responsabilidade penal do agente nem fator que legitime a redução da pena cominada aos referidos crimes.

Ao apreciar o pedido, o Ministro Celso de Mello fez um exame da compatibilidade entre a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto de Roma. Entre outras questões, analisou a compatibilidade da cláusula da irrelevância da qualidade oficial (art. 27 do Estatuto de Roma) com a imunidade dos dignitários dos Estados nacionais (como os Chefes de Estado e de Governo, os Ministros de Estado e os membros do Congresso Nacional). Na oportunidade, salientou que:

> O princípio da prevalência dos direitos humanos, insculpido no artigo 4º, II, da Constituição Federal, 'permite implicitamente que haja restrições às imunidades usualmente concedidas a funcionários no exercício de sua atividade funcional em casos de violações a direitos humanos, não colidindo, por conseguinte, com o artigo 27 do Estatuto de Roma. (Pet 4625, Relatora: Min. Ellen Gracie, decisão proferida pelo Min. Celso de Mello, julgado em 17/07/2009)

Noutras palavras, o princípio da prevalência dos direitos humanos, previsto no art. 4º, II, da Constituição Federal, foi invocado para a aplicação do art. 27 do Estatuto de Roma, que se mostra a norma mais favorável à proteção dos direitos humanos, eis que impede a impunidade dos agentes responsáveis pelos crimes com maior potencial de ofensa aos direitos humanos.

Após a internalização da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência[27] nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição, ou seja, com *status* de emenda constitucional, não se pode dizer que a primazia da norma mais favorável seja tão somente um princípio implícito da nossa Lei Fundamental. Isso porque a referida Convenção, incorporada com os mesmos efeitos da emenda constitucional, prevê expressamente tal princípio, em seu art. 4º, item 4, quando estabelece que:

> Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam

[27] A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, e aprovados pelo Decreto legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição, ou seja, com *status* equivalente ao de emenda constitucional, sendo promulgados, no Brasil, pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

> estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau.

Consolida-se, dessa forma, no ordenamento jurídico pátrio, o princípio da primazia da norma mais favorável – que já era previsto em tantos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil e que também podia ser extraído do artigo 4º, inciso II, da Constituição de 1988 – reforçando a concepção de que a sua aplicação estende-se a todos os direitos humanos constitucionalmente assegurados e também aos reconhecidos em tratados internacionais.

3.4 APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Além de consagrado em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e possuindo amparo na própria Constituição Federal, o princípio da primazia da norma mais favorável em matéria de direitos humanos é bastante utilizado na práxis das cortes internacionais de direitos humanos, bem como, de modo mais incipiente, pelo STF.

3.4.1 Aplicação pela CIDH

A aplicação do princípio *pro homine* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma prática consolidada. A título exemplificativo, podemos mencionar sua utilização nas seguintes ocasiões: Parecer Consultivo n. 05 acerca da necessidade de registro profissional de jornalistas (1985); Parecer Consultivo n. 21 sobre direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional (2014); Caso Ricardo Canese vs. Paraguai (2004); Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname (2014); Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile (2012); Caso Norín Catrimán e outros (dirigentes, membros e ativista do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile (2014); Caso Artavia Murillo e outros ("Fecundação *in vitro*") vs. Costa Rica (2012); Caso pessoas dominicanas e haitianas expulsas vs. República Dominicana (2014); Caso Vélez Loor vs. Panamá (2010); Caso González e outras ("Campo Algodoeiro") vs. México (2009) entre outros.

Como salienta Lixinski (2010, p. 588), o princípio *pro homine* constitui uma das diretivas predominantes das atividades da Corte Interamericana e um meio de conferir uma interpretação evolutiva da Convenção Americana de Direitos Humanos em consonância com

o seu propósito. Escolhendo uma aplicação mais protetiva dos direitos humanos, a Corte suplanta a interpretação da CADH de acordo com o sentido ordinário de suas palavras (a regra primária de interpretação), servindo diretamente à teleologia do instrumento. Nesse sentido, a utilização do art. 29 da CADH conduz a soluções bastante similares às preconizadas pelo art. 31, *in fine*, da CVDTE, que recomenda a interpretação teleológica do direito internacional.

A seguir, buscaremos sistematizar a análise de algumas das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos que prestigiam a primazia da norma mais favorável, a fim de traçar as principais hipóteses, os limites e as possibilidade de sua utilização.

3.4.1.1 Proibição de restrições não previstas na CADH

No Parecer Consultivo n. 05/1985, solicitado pela Costa Rica acerca da necessidade de registro profissional de jornalistas, a Corte, amparada no já citado artigo 29.b da Convenção Americana de Direitos Humanos, expressou que:

> ... se a uma mesma situação são aplicáveis a Convenção Americana e outro tratado internacional, deve prevalecer a norma mais favorável à pessoa humana. Se a própria Convenção estabelece que suas regulamentações não possuem efeito restritivo sobre outros instrumentos internacionais, menos ainda poderão ser aceitas restrições presentes nestes outros instrumentos, mas não na Convenção, para limitar o exercício dos direitos e liberdades que esta reconhece (1985, parágrafo 52).

Como se percebe, no referido caso, o princípio da primazia da norma mais favorável foi utilizado para afastar a imposição de restrições não previstas na CADH a direitos e liberdades por ela reconhecidos, sendo que a proibição de se limitar o gozo ou exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção em maior medida do que a nela prevista é estabelecida, na verdade, no art. 29.a da CADH.

No Caso Pessoas dominicanas e haitianas expulsas vs. República Dominicana (2014), a CIDH utilizou o princípio *pro persona* para assegurar que imigrantes presos gozassem do exercício da garantia estabelecida no artigo 7.5 da Convenção Americana – segundo o qual toda pessoa detida ou presa deve ser levada, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei para exercer funções judiciais –, asseverando que tal garantia não pode sofrer limitações com base nos motivos e circunstâncias pelas quais a pessoa é presa ou detida, eis que a CADH não estabelece qualquer restrição dessa natureza, diferentemente da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, consoante a qual o direito de ser levado prontamente perante um juiz ou outra autoridade, previsto no parágrafo 3º do art. 5º, relaciona-se exclusivamente com

a categoria de detidos mencionados no parágrafo 1º, "c", do referido artigo, ou seja, os que estão esperando para serem levados perante a autoridade judicial competente, quando existirem indícios razoáveis de terem cometido uma infração ou quando se considere necessário para impedir que cometam uma infração ou que fujam depois de tê-la cometido. Noutras palavras, nessa ocasião, a Corte utilizou o princípio da primazia da norma mais favorável para assegurar que não houvesse uma interpretação restritiva quanto ao rol de destinatários/beneficiários de uma norma de direitos humanos.

A proibição de se impor restrições não previstas na CADH a direitos e garantias nela reconhecidos é, portanto, uma faceta importante do princípio *pro homine*, na medida em que assegura que os *standards* de proteção do instrumento básico do sistema interamericano de direitos humanos não sejam diminuídos a partir de instrumentos domésticos ou de outros tratados de direitos humanos. Tal proibição, em última análise, busca garantir a máxima efetividade dos instrumentos de proteção aos direitos humanos, princípio de fundamental importância para a concretização da norma mais favorável no caso concreto, como demonstraremos no capítulo 4.

3.4.1.2 Interpretação elástica de palavras e expressões que enunciam direitos e garantias

Por ocasião do Parecer Consultivo n. 05/1985, acerca da necessidade de registro profissional de jornalistas, o Juiz Rafael Nieto Navia apresentou parecer separado em que invocou o princípio da primazia da norma mais favorável para conferir maior amplitude ao significado da palavra "liberdade". Nas suas palavras:

> Dentro da teoria exposta por esta Corte, os direitos humanos devem ser interpretados da maneira mais favorável às pessoas (Assunto Viviana Gallardo e outras. Resolução de 13 de novembro de 1981, par. 16) e é ilógico e aberrante interpretar a palavra liberdade como "direito" unicamente e não como "a faculdade natural que tem o homem de agir de uma maneira ou outra, ou de não agir" (Real Academia Espanhola, Dicionário da Língua Espanhola, Vigésima Edição) segundo seu arbítrio (1985, Parecer Separado, parágrafo 4).

No Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile (2004), a CIDH invocou o princípio da primazia da norma mais favorável para conferir sentido mais elástico à expressão "qualquer outra condição social", prevista no art. 1º, item 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, quando trata do princípio da não discriminação. Segundo a Corte, a referida expressão abarca a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas como categorias de discriminação proibida. Na oportunidade, ressaltou a Corte que "ao interpretar a expressão

"qualquer outra condição social" do artigo 1º, item 1, da Convenção, deve-se sempre escolher a alternativa mais favorável para a tutela dos direitos protegidos por esse Tratado, segundo o princípio da norma mais favorável ao ser humano" (2004, parágrafo 84).

Consoante tal entendimento, ao enunciar os critérios em virtude dos quais é proibido discriminar, o artigo 1º, item 1, da CADH não apresenta uma relação taxativa ou restritiva, mas meramente exemplificativa. Permite uma interpretação ampliativa, quando utiliza a expressão "outra condição social", para incorporar outras categorias em razão das quais a discriminação é proibida, em consonância com a perspectiva da opção mais favorável à pessoa e da evolução dos direitos fundamentais no Direito Internacional Contemporâneo.

Vale salientar, ainda, que a CIDH levou em conta não só o que dispõe o art. 1º, item 1, da Convenção Americana, mas, a partir dos critérios de interpretação previstos no seu art. 29, decidiu o caso a partir de uma interpretação sistemática, considerando também o estipulado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, as resoluções da Assembleia Geral da OEA, as normas estabelecidas pelo Tribunal Europeu e pelos organismos das Nações Unidas. Com base em todos esses instrumentos, deu um importante passo na evolução do sistema protetivo interamericano, estabelecendo que a orientação sexual e a identidade de gênero são categorias protegidas pela Convenção, de maneira que deve ser rejeitada qualquer norma, ato ou prática discriminatória com base na orientação sexual da pessoa. É dizer: "nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades estatais, seja por particulares, pode diminuir ou restringir, de maneira alguma, os direitos de uma pessoa com base em sua orientação sexual" (2004, parágrafo 91).

De modo análogo, no Caso Norín Catrimán e outros (dirigentes, membros e ativista do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile (2014), a CIDH considerou que a origem étnica também é um critério proibido de discriminação, segundo uma interpretação ampla da expressão "qualquer outra condição social" do art. 1.1 da CADH. Na ocasião, o Tribunal indicou que, ao interpretar o conteúdo dessa expressão deve-se escolher a alternativa mais favorável para a tutela dos direitos protegidos pelo tratado, de acordo com o princípio da norma mais favorável ao ser humano. Assinalou, em consonância com o que fora decidido no Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile (2004), que os critérios específicos em virtude dos quais está proibido discriminar não constituem rol exaustivo, mas enunciativo, pois a redação da cláusula convencional deixa-a em aberto para a inclusão de novos critérios não explicitados.

Como se pode perceber dos casos referidos, a possibilidade de conferir interpretação elástica de palavras e expressões que enunciam direitos e garantias constitui uma faceta de

extrema relevância do princípio *pro persona* e que também está intimamente relacionada com o princípio da máxima efetividade, tendo em vista que permite uma leitura evolutiva dos diplomas de direitos humanos, tornando-os instrumentos vivos de proteção, aptos a responder aos anseios atuais da sociedade.

3.4.1.3 A primazia da norma mais favorável e o conflito de direitos

Vimos, nos tópicos anteriores (3.4.1.2 e 3.4.1.3), que a utilização do princípio da primazia mais favorável já foi utilizado, na jurisprudência da CIDH, para proibir restrições a direitos não previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como para conferir interpretação elástica de palavras e expressões que enunciam direitos e garantias.

No Caso Artavia Murillo e outros ("Fecundação *in vitro*") vs. Costa Rica (2012), tipicamente um "hard case" envolvendo conflito entre direitos, a CIDH aliou os dois entendimentos anteriormente mencionados e afirmou que a utilização do princípio da primazia da norma mais favorável para conferir interpretação mais ampla a um determinado direito não pode implicar a imposição de limitações maiores e não previstas a outros direitos.

O caso analisava a proibição geral de realizar a fecundação *in vitro*, que havia estado vigente na Costa Rica desde o ano de 2000, depois de uma decisão proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça daquele país. Entre os argumentos apresentados pelo Estado perante a Corte, estava o de que suas normas constitucionais concediam uma maior proteção ao direito à vida, desde a concepção, em consonância com o art. 4º, item 1, da Convenção Americana, segundo o qual "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção". Dessa forma, para a Costa Rica, justificada estava a proibição da utilização da técnica de fecundação *in vitro*, já que esta, em regra, tem como consequência o descarte dos embriões remanescentes do processo de reprodução, isto é, produzidos em laboratório e não introduzidos no útero materno.

O entendimento da CIDH, porém, foi de que a finalidade do art. 4º, item 1, da Convenção é proteger o direito à vida sem que isso implique a negação de outros direitos que a Convenção protege, os quais, no caso específico, seriam os direitos à vida privada e familiar, à integridade e autonomia pessoal, à saúde sexual e reprodutiva, a gozar dos benefícios do progresso científico e ao princípio de não discriminação. Nesse sentido, a expressão "em geral", presente no dispositivo, tem como objeto e fim permitir que, diante de

um conflito de direitos, seja possível invocar exceções à proteção do direito à vida desde a concepção. Em consequência, assinalou que:

> (...) não é admissível o argumento do Estado no sentido de que suas normas constitucionais concedem uma maior proteção do direito à vida e, por conseguinte, procederia fazer prevalecer este direito de forma absoluta. Ao contrário, esta visão nega a existência de direitos que podem ser objeto de restrições desproporcionais sob uma defesa da proteção absoluta do direito à vida, o que seria contrário à tutela dos direitos humanos, aspecto que constitui o objeto e fim do tratado. Ou seja, **em aplicação do princípio de interpretação mais favorável, a alegada "proteção mais ampla" no âmbito interno não pode permitir nem justificar a supressão do gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida que a prevista nela.** (2012, parágrafo 259)

Com amparo nesse precedente, concluímos que o princípio da primazia da norma mais favorável não pode ser invocado como justificativa para se conferir uma proteção mais ampla a um determinado direito às custas da negação de outros direitos ou da diminuição dos *standards* de proteção já conferidos. Podemos perceber, também, a importância do princípio da proporcionalidade na resolução de *hard cases,* o que será melhor explorado no capítulo 4, quando tratarmos das insuficiências do princípio da primazia da norma mais favorável.

3.4.1.4 Complementaridade dos instrumentos jurídicos de proteção e implicação sobre as regras definidoras de competência da CIDH

A CIDH também utiliza o princípio *pro persona* como argumento para aplicar a complementariedade entre instrumentos normativos que possam otimizar a proteção aos direitos humanos.

No Parecer Consultivo sobre direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional (2014), solicitado pela Argentina, pelo Brasil, pelo Paraguai e pelo Uruguai, a CIDH, ressaltando que a possibilidade de devolver uma pessoa a seu país de origem, ou a um terceiro país, está condicionada pelas obrigações derivadas do Direito dos Refugiados, do Direito Internacional dos Direitos Humanos, da proibição da tortura e do artigo 22.8 da Convenção Americana, ressaltou que:

> ... em cada um destes contextos, o conteúdo do princípio de não devolução reconhece um âmbito de aplicação pessoal e material particular e obrigações correlatas específicas, as quais devem ser entendidas como de natureza complementar, nos termos do artigo 29 da Convenção Americana e do princípio pro persona. Isso implica, em conclusão, em realizar a interpretação mais favorável para o efetivo gozo e exercício dos direitos e liberdades fundamentais, aplicando a norma que ofereça maior proteção ao ser humano. (2004, parágrafo 234)

A utilização do princípio *pro homine*, nesse sentido, tem servido para que a Corte Interamericana amplie o seu âmbito de competência, seja dentro do próprio Sistema Interamericano, seja mediante a utilização de instrumentos normativos externos ao mesmo, alargando o conteúdo dos direitos previstos na Convenção Americana e expandindo o próprio âmbito de jurisdição da Corte para searas não previstas inicialmente, tais como os direitos ambientais, o Direito Internacional Humanitário e os direitos de investidores (LIXINSKI, 2010, p. 585).

Ao apreciar o Caso Vélez Loor vs. Panamá (2010), a CIDH utilizou o princípio da primazia da norma mais favorável para conferir interpretação mais ampla quanto ao alcance das normas definidores de sua competência para analisar instrumento normativo do próprio Sistema Interamericano. Na ocasião, questionava-se a exigência de haver uma declaração específica de aceitação da competência da CIDH para cada tratado aprovado no âmbito interamericano, a fim de que a mesma pudesse conhecer e julgar supostas violações a tais instrumentos internacionais. Questionava-se, especificamente, se a Corte tinha competência para apreciar afrontas à Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, decorrendo tal dúvida do fato de que o artigo 8º do referido diploma não conferia competência especificamente à CIDH, assinalando, tão somente, de forma genérica, que "Uma vez esgotado o procedimento jurídico interno do Estado e os recursos que este prevê, o caso poderá ser submetido a instâncias internacionais, cuja competência tenha sido aceita por esse Estado".

Apreciando a questão, a Corte reiterou a sua jurisprudência, no sentido de que é competente para interpretar e aplicar a Convenção contra a Tortura e declarar a responsabilidade de um Estado que tenha dado consentimento para se obrigar por esta Convenção, e tenha aceitado, além disso, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Na oportunidade, assinalou que "pode exercer sua competência contenciosa a respeito de instrumentos interamericanos distintos da Convenção Americana, quando se trate de instrumentos que estabeleçam um sistema de petições objeto de supervisão internacional no âmbito regional" (2010, parágrafo 32). Explicou, ainda, que a declaração especial de aceitação da competência contenciosa da Corte, nos moldes do art. 62 da Convenção Americana, permite que o Tribunal conheça tanto de violações da Convenção como de outros instrumentos interamericanos que lhe atribuam competência (2010, parágrafo 32).

No que tange especificamente à Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, o fato de não conter previsão expressa atribuindo competência à CIDH para conhecer e julgar violações às suas disposições não impede que a Corte assim o faça, posto que:

> (...) o sistema de proteção internacional deve ser entendido como um todo, princípio disposto no artigo 29 da Convenção Americana, o qual impõe um marco de proteção que sempre dá preferência à interpretação ou à norma que mais favoreça os direitos da pessoa humana, objetivo angular de proteção de todo o Sistema Interamericano. Nesse sentido, a adoção de uma interpretação restritiva quanto ao alcance da competência deste Tribunal não apenas iria contra o objeto e fim da Convenção, mas também afetaria o efeito útil do próprio Tratado e da garantia de proteção que este estabelece, com consequências negativas para a suposta vítima no exercício de seu direito de acesso à justiça. (2010, parágrafo 34)

Por outro lado, a CIDH, ao apreciar o Caso González e outras ("Campo Algodoeiro") vs. México (2009), assinalou que a partir do princípio de interpretação mais favorável não se pode derivar um enunciado normativo inexistente. Na oportunidade, a Corte acolheu exceção preliminar levantada pelo Estado do México acerca da incompetência da CIDH para apreciar supostas violações aos artigos 8º e 9º da Convenção de Belém do Pará, tendo em vista que o artigo 12 do referido tratado traz afirmação expressa no sentido de que o sistema de petições se concentrará exclusivamente na possível violação do seu artigo 7º. Refutando as alusões dos representantes, a CIDH ressaltou que, mesmo a partir de uma interpretação *pro persona* do artigo 12, não poderia declarar-se competente, no caso, pois impossível fugir ao que indica claramente o teor literal do dispositivo. Nesse sentido, assinalou que:

> (...) os critérios sistemáticos e teleológicos são insuficientes para se sobrepor ao que indica claramente o teor literal do artigo 12 da Convenção de Belém do Pará, onde se afirma que o sistema de petições se concentrará exclusivamente na possível violação do artigo 7 desta Convenção. A esse respeito, a Corte ressalta que a partir do princípio de interpretação mais favorável não se pode derivar um enunciado normativo inexistente, neste caso, a integração dos artigos 8 e 9 ao teor literal do artigo 12. Isso não impede que os diversos artigos da Convenção de Belém do Pará sejam utilizados para a interpretação da mesma e de outros instrumentos interamericanos pertinentes (2009, parágrafo 79).

No recente Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala (2014), a CIDH indeferiu a exceção preliminar de ausência de competência da Corte para conhecer de violação ao artigo 7º da Convenção de Belém do Pará. Na oportunidade, assinalou que o artigo 7º da Convenção de Belém do Pará se refere a medidas para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e, nesse sentido, apresenta uma estreita vinculação com os direitos à vida e à integridade pessoal, consagrados nos artigos 4º e 5º da Convenção Americana, o que contribui para a afirmação da competência da Corte para o caso em razão do princípio *pro persona*.

A partir da análise desses casos, pode-se concluir que o princípio da primazia da norma mais favorável pode ser utilizado, em situações de omissão, obscuridade ou ambiguidade normativa, para conferir uma interpretação extensiva quanto ao alcance das normas definidores de competência da CIDH, com vistas à garantia do efeito útil dos tratados

de direitos humanos e da proteção que estabelecem[28]. Não pode ser utilizado, contudo, para atribuir competência inexistente, especialmente quando houver disposição convencional expressamente restringindo a sua competência.

Além de permitir-lhe conhecer de violações aos instrumentos interamericanos, ainda que não lhe atribuam expressamente tal competência, a CIDH tem sistematicamente utilizando o artigo 29 da CADH para invocar instrumentos nacionais e, até mesmo, outros tratados de fora do âmbito interamericano.

Na temática indígena, por exemplo, o art. 29.b da CADH já foi utilizado pela CIDH para servir-se de outros instrumentos normativos (internacionais e nacionais) na interpretação de direitos e na solução de casos a ela submetidos.

Para ilustrar o que se afirma, cumpre dizer que no Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua (2001, parágrafo 153), a Corte invocou o art. 29.b para permitir-lhe o uso da Constituição da Nicarágua como uma ferramenta interpretativa para a solução do caso. Já no Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai (2005, parágrafo 130), a Corte utilizou a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais para interpretar o direito à propriedade privada, previsto no art. 21 da CADH, mas fazendo a ressalva de que a referida Convenção da OIT fora ratificada pelo Estado processado.

As consequências da progressividade das interpretações da CIDH são questionáveis, na medida em que pode ser considerada como um rompimento dos limites pactuados na Convenção Americana, afugentando os Estados que a ratificaram. A postura ampliativa de sua jurisdição pode, inclusive, ser considerada uma violação à própria Convenção, gerando indignação, descrédito e reduzindo a legitimidade das decisões tomadas pela Corte. Em última análise, pode representar um enfraquecimento do Sistema Interamericano, levando os Estados a o abandonarem (LIXINSKI, 2010, p. 604).

Contudo, a própria Corte tem consciência da necessidade de preservar os seus limites institucionais e tomar decisões mais cautelosas, a fim de manter os Estados integrando o Sistema Interamericano e cumprindo as decisões dela emanadas. Por isso, em contextos mais delicados do ponto de vista político, como os direitos indígenas e os direitos econômicos, sociais e culturais, o direito interno e o fato de os tratados invocados terem sido ratificados pelo Estado processado desempenham um papel maior na interpretação da CADH.

---

[28] Como já mencionado anteriormente neste trabalho, a CIDH, ao adotar uma abordagem *pro homine* em suas decisões, confere primazia a uma interpretação teleológica, conforme prescrito no final do item 1 do art. 31 da CVDTE.

Nesse sentido, o artigo 29.b da CADH tem, essencialmente, o mesmo efeito do art. 31.3.c da CVDTE, promovendo interpretação que leva em conta o contexto normativo do instrumento, mas incluindo nesse contexto normativo apenas os instrumentos aplicáveis ao Estado em questão (LIXINSKI, 2010, p. 588).

Em última análise, a postura expansionista ocorre dentro de fronteiras controladas, e o uso de instrumentos externos funciona mais como uma validação de descobertas que o Tribunal poderia fazer com base nos próprios instrumentos interamericanos. Na maioria das vezes, os instrumentos externos desempenham um papel no reforço de pontos jurídicos que já seriam alcançados pela Corte em qualquer caso. Geralmente, não se criam novos direitos, através da análise de instrumentos externos; em vez disso, apenas se acrescentam novas dimensões aos direitos pré-existentes[29].

3.4.1.5 Retroatividade da lei penal mais benéfica

Na sentença proferida no Caso Ricardo Canese vs. Paraguai (2004), a CIDH concluiu que o Estado do Paraguai não aplicou o princípio de retroatividade da regra penal mais favorável ao senhor Canese, durante um período de aproximadamente quatro anos, com o que violou o artigo 9 da CADH. Apesar de o caso envolver especificamente o princípio da retroatividade da regra penal mais favorável[30], a CIDH, naquela ocasião, utilizou, em suas razões de decidir, também o princípio da primazia da norma mais favorável de direitos humanos. Ratificando sua jurisprudência, a CIDH assinalou que:

> De acordo com o artigo 29.b) da Convenção, se alguma lei do Estado Parte, ou outro tratado internacional do qual seja Parte este Estado, concede uma maior proteção ou regulamenta com maior amplitude o gozo e exercício de algum direito ou liberdade, este deverá aplicar a regra mais favorável para a tutela dos direitos humanos.
> É preciso recordar que a Corte, em diversas ocasiões, aplicou o princípio da regra mais favorável para interpretar a Convenção Americana, de maneira que sempre se

[29] Nesse sentido, em artigo que analisa a postura expansionista da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Lixinski conclui que: "All in all, the expansion of the jurisdiction of the Inter-American Court, while very tangible, happens within controlled boundaries. The use of foreign instruments is more often than not a search for external validation rather than an actual excursion into waters not charted by the American Convention. New dimensions are added to pre-existing rights, but rarely does the Court actually engage in creating new rights. The Court seems very aware of the need to place itself in a larger normative universe and use that to advance its mandate of human rights protection, but it is very cautious not to strain it. Generally, then, even the often-assumed progressiveness of the Inter-American Court is checked by moderate concerns to accommodate more sensitive subjects. This seems to be a wise move by the Inter-American Court in its quest for greater human rights protection, which bears in mind that having states as a part of the system and complying with decisions is every bit as important as progressive, pro homine interpretations of the American Convention" (LIXINSKI, 2010, p. 604).

[30] Mais recentemente, no Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname (2014), a CIDH ratificou seu entendimento de que a falta de aplicação retroativa da norma penal mais favorável viola o artigo 9º da Convenção.

> escolha a alternativa mais favorável para a tutela dos direitos protegidos por este tratado. Conforme este Tribunal estabeleceu, se a uma situação são aplicáveis duas regras distintas, "deve prevalecer a regra mais favorável à pessoa humana". (2004, parágrafos 180 e 181)

A retroatividade da lei penal mais benéfica é um princípio basilar do Direito Penal e até pode ser considerada uma faceta do princípio da primazia da norma mais favorável. Contudo, há de se ter cautela na aplicação do princípio *pro homine* no Direito Penal, posto que, se todo réu, perante o Estado, é vulnerável e passível de ser vítima de violações de direitos humanos, o Estado Persecutor, por sua vez, representa, no processo penal, o interesse das vítimas de não deixar que as violações que sofreram permaneçam impunes, o que gera um problema de complexidade que foge aos objetivos desse trabalho.

3.4.2 Aplicação pela Corte Europeia de Direitos Humanos

A Corte Europeia de Direitos Humanos aplica o princípio *pro persona* com fulcro no art. 53 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950, o qual dispõe sobre a "salvaguarda dos direitos do homem reconhecidos por outra via", estabelecendo que nenhuma das disposições da Convenção "será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte".

No Caso Muršić vs. Croatia (2016), por exemplo, a Grande Sessão ("Grand Chamber") da Corte Europeia, revendo decisão anterior tomada por maioria por uma Câmara da Primeira Sessão da Corte, reconheceu a violação ao art. 3º da Convenção Europeia, em razão da não observância, pelo Estado da Croácia, de *standards* já alcançados no que se refere às condições prisionais, em especial, ao espaço individual dos detentos nas celas. Na oportunidade, o Juiz Pinto de Albuquerque apresentou voto parcialmente dissidente, através do qual invocou o princípio *pro persona*, salientando que os padrões existentes de acondicionamento de detentos previstos em outros diplomas normativos internos e internacionais, inclusive em instrumentos classificados como "soft law", não poderiam ser desrespeitados, eis que a Convenção deve ser interpretada à luz desse vasto repertório normativo, permanecendo aberta às normas que ofereçam uma melhor proteção aos direitos humanos. Concluiu que a atitude de ignorar os padrões prisionais já reconhecidos pelos

órgãos do sistema europeu de proteção de direitos humanos desencorajaria a atuação dos mesmos, além de reforçar a impressão de incoerência interna[31].

3.4.3 Aplicação pelo STF

O Supremo Tribunal Federal também já tem decisões em que utiliza o princípio da primazia da norma mais favorável em direitos humanos. O caso mais notório de aplicação desse princípio deu-se quando o STF passou a considerar ilegítima a prisão do depositário infiel, mesmo sendo depositário judicial, em decorrência da aplicação do art. 7º, item 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Em função da extrema relevância para a práxis jurisprudencial brasileira e também da sua clareza e precisão, transcrevemos trecho da ementa do HC 96.772 (2009), de relatoria do Ministro Celso de Mello, o qual foi julgado nesse sentido:

> HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.

[31] Eis trechos representativos do voto do Juiz Pinto de Albuquerque, no Caso Muršić vs. Croatia: *"(...) the Convention cannot but be interpreted in the light of the formally binding "agreements" (i.e. treaties) and the immense plethora of formally non-binding "common actions" performed by the political and technical bodies of the Council of Europe, such as recommendations, guidelines and declarations of its Committee of Ministers. Furthermore, the Convention itself calls for an open-minded approach to international law and soft law, since it is inspired by the Universal Declaration on Human Rights, as the Preamble states, and remains open to other legal instruments, both domestic and international, when these offer a better human rights protection (Article 53 of the Convention). In sum, this interpretative latitude is dictated by the letter and the very nature and purpose of the Convention itself (...). By failing to pay due attention to the Council of Europe's own sources of law, and ignoring the hardening of the soft law concerning prison standards in Europe and worldwide, the majority set a standard that will lead to a strictly casuistic, fact-sensitive application of the Convention, leaving the door wide open to a slippery-slope regression of the human rights protection level already attained by the Council of Europe itself. With judgments of this kind, weakening as they do the Council of Europe's human rights protection system from within, the Court not only discourages the work of other Council of Europe bodies, but, worse still, reinforces the impression of an incoherent European human rights protection system."* (2016, parágrafos 22 e 63).

Nessa importante decisão, a Excelsa Corte do Brasil expressou o entendimento de que a hermenêutica dos direitos humanos deve ser pautada com vistas à concretização da norma mais favorável, nos termos do artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que proclama princípio hermenêutico básico, a ser observado pelos juízes e tribunais no exercício da sua atividade interpretativa, especialmente quando da aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos.

Recentemente, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 32732, a Excelsa Corte reiterou tal entendimento, para fazer uma leitura do art. 37, VIII, da Constituição à luz da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em especial dos princípios previstos em seu art. 3º.

No caso, o Tribunal Superior do Trabalho havia denegado mandado de segurança impetrado por Lais Pinheiro de Menezes, através do qual alegava ter direito líquido e certo de ser mantida na lista dos candidatos portadores de necessidades especiais para ocupar cargo para o qual fora aprovada em concurso público, por apresentar encurtamento de 2,73cm (dois vírgula setenta e três centímetros) no membro inferior direito. O TST denegara a segurança, sob o argumento de que, nos termos do art. 4º, I, do Decreto n. 3.298/1999, com redação dada pelo Decreto n. 5.296/2004, para que a deformidade congênita ou adquirida de membros caracterize a deficiência física para efeito de reserva de vagas, é necessária a comprovação de que essa deformidade produza dificuldades para o desempenho das funções do cargo, o que não ficara demonstrado nos autos.

O STF, acatando o parecer da lavra do eminente Subprocurador-Geral da República Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, considerou não ter razoabilidade a exigência de que a deficiência dificulte o exercício das atribuições do cargo postulado, tendo em vista que o objetivo da legislação protetiva às pessoas com deficiência é compensar, mediante ações de conteúdo afirmativo, os desníveis e as dificuldades que afetam os indivíduos que compõem esse grupo vulnerável. Nos termos do voto do Relator, Ministro Celso de Mello, a Segunda Turma do STF reconheceu o direito da impetrante, reiterando o entendimento segundo o qual o Poder Judiciário, no exercício de sua atividade interpretativa, deve prestigiar o critério da norma mais favorável, extraindo, em função desse postulado básico, a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Em que pese o dever de que todos os magistrados e tribunais brasileiros, no exercício de sua atividade interpretativa, observem o princípio hermenêutico básico de atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica – consoante entendimento ementado no julgamento do HC 96.772 (2009), acima transcrito –, a utilização do princípio da primazia da norma mais favorável em tema de direitos humanos ainda é incipiente no próprio STF, devendo-se principalmente à atuação do Ministro Celso de Mello, membro da Segunda Turma.

No julgamento do Caso Raposa Serra do Sol, a Corte Excelsa não analisou as questões ali discutidas – em especial a fixação do marco temporal de 1988 como referencial para a verificação da ocupação das terras por comunidades indígenas – à luz do referido princípio, como era de se esperar, já que se trata de questão sensível em matéria de direitos humanos.

No próximo capítulo, à medida que discorrermos sobre como determinar a norma que melhor protege os direitos humanos dos sujeitos envolvidos em uma determinada situação concreta, buscaremos fazer essa análise.

4 A CONCRETIZAÇÃO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL

Vimos, no capítulo anterior, que o princípio da primazia da norma mais favorável pode ensejar uma situação em que prevaleça uma norma prevista em um tratado em detrimento de uma norma expressa na Constituição ou vice-versa, a depender de qual dê uma solução mais protetiva em relação ao direito ou garantia fundamental que está sendo discutido. A questão que se coloca, então, é sobre como determinar a norma que melhor protege os direitos humanos dos sujeitos envolvidos em uma determinada situação concreta, a fim de que possamos analisar se a tese do marco temporal de ocupação de terras indígenas prestigia esse princípio hermenêutico basilar da teoria dos direitos humanos.

Apesar de norteados pela dignidade da pessoa humana, os direitos humanos constituem-se como uma categoria heterogênea e irradiaram-se para, praticamente, todos os setores da vida social, expressando pretensões, muitas vezes, conflitantes. Além disso, têm a estrutura de normas eminentemente principiológicas. Por essas razões, a definição da norma mais favorável de direitos humanos, no caso concreto, não é tarefa simples, exigindo do intérprete o conhecimento do processo de concretização normativa e de seus elementos.

Desde logo, deixamos claro que não compactuamos com a tese de que o princípio *pro homine* seja uma fórmula vazia, sem qualquer serventia prática para a hermenêutica dos direitos humanos. No capítulo anterior, analisando decisões de órgãos jurisdicionais, sobretudo da Corte Interamericana de Direitos Humanos, já pudemos identificar alguns parâmetros de sua aplicação. Nesse capítulo, agregaremos à experiência da práxis jurisprudencial os ensinamentos dos teóricos do Direito Constitucional[32] e do DIDH, no intuito de melhor delimitar os limites, as possibilidades e os critérios que devem balizar a utilização do referido princípio.

De início, teceremos breves comentários sobre o processo de concretização da norma, à luz da metódica estruturante de Friedrich Müller. Em seguida, examinaremos o princípio da proporcionalidade, enquanto elemento de essencial importância para a concretização e fundamentação de normas de decisão em casos envolvendo conflitos de direitos, para, então, buscar elencar alguns vetores que devem direcionar a concretização da norma mais favorável, à luz dos quais tentaremos responder à indagação que constitui o problema deste trabalho, qual seja: se a fixação do momento de promulgação da Constituição

[32] As premissas metodológicas da hermenêutica constitucional hodierna aplicam-se na identificação da norma mais favorável em direitos humanos no caso concreto e nos demais casos de aplicação de direitos humanos em geral, tendo em vista que estes são matéria tipicamente constitucional, como ressalta Georges Burdeau (1995, p. 55), ao discorrer sobre as declarações de direitos humanos: “Enunciar direitos é o mesmo que enunciar as obrigações dos poderes públicos, o que revela bem a constituição material” (tradução livre).

como o referencial insubstituível para o reconhecimento aos índios dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam resiste a um teste de aplicação do princípio *pro persona*.

4.1 A CONCRETIZAÇÃO DA NORMA À LUZ DA METÓDICA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER

A definição da norma mais favorável à proteção de direitos humanos no caso concreto é uma atividade de concretização normativa, ou seja, criativa de direito, e não simplesmente declaratória. Baseia-se tal assertiva na concepção estruturante do direito de Friedrich Müller, que, rompendo com a matriz positivo-legalista, dissocia texto e norma, apontando o "significado apenas indicativo do texto normativo para o sentido jurídico decisivo dessa norma, ou seja, para o teor de validade da disposição concretizada no caso particular" (MÜLLER, 2009, p. 198).

Consoante Müller, "o texto normativo é geralmente o primeiro ponto de partida e ponto de referência da concretização" (2009, p. 205). Nesse sentido, o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas um dos elementos no processo de concretização da norma; um elemento de importância notável, porque "dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro", mas que "não contém a normatividade e sua estrutura material concreta" (MÜLLER, 2010, p. 57). O texto normativo possui apenas positividade, mas não a normatividade de que é dotada a "decisão regulamentadora do caso", tomada "conforme o fio condutor da formulação linguística dessa norma (constitucional) e com outros meios metódicos auxiliares da concretização" (MÜLLER, 2010, p. 55).

O direito consuetudinário, de cuja qualidade jurídica não se duvida, evidencia "a não identidade de norma e texto da norma, a não vinculação da normatividade a um teor literal fixado e publicado com autoridade" (MÜLLER, 2010, p. 55). Contudo, tal dissociação pode ser constatada em qualquer sistema jurídico, ainda que fundado no teor positivo, pois não se pode negar que as normas de decisão sofrem influências sociais tão determinantes quanto as das disposições textuais.

Portanto, a norma não é um comando pronto, preestabelecido na lei, como afirmava o positivismo científico-jurídico rigoroso, ao tratar o texto da norma como premissa maior e subsumir "as circunstâncias reais a serem avaliadas aparentemente de forma lógica ao caminho do silogismo" (MÜLLER, 2009, p. 192). Não é o texto normativo que regula o caso, mas a norma de decisão oriunda de um processo de concretização intimamente ligado à

realidade, no qual são levados em consideração um conjunto de elementos muito além da disposição positivada e não inerentes a ela.

A norma só obtém normatividade concreta quando aplicada a um determinado caso particular (MÜLLER, 2009, p. 197), pois, somente neste momento, encontra seu sentido último. É claramente perceptível, assim, a vinculação da norma ao substrato fático do caso a que se destina a solucionar.

Sob esse enfoque, afirma Roberto Barroso que as proposições normativas da Constituição não podem ser analisadas sem que sejam considerados os fatos concretos da vida, pois *"não será possível determinar a vontade constitucional sem verificar as possibilidades de sentido decorrentes dos fatos subjacentes"* (BARROSO, 2011, p. 310). A correta aplicação do direito, portanto, concretiza o sentido da proposição normativa dentro das condições reais vigentes. Nesse sentido, leciona Barroso (2012, p. 216-217) que:

> [...] na moderna dogmática jurídica, os fatos, a natureza dos problemas e as consequências práticas das soluções preconizadas desempenham papel de crescente importância na interpretação constitucional. Já não corresponde mais às demandas atuais uma interpretação asséptica e distanciada da vida real, fundada apenas no relato da norma.

Na estruturação proposta por Müller, a norma é um modelo materialmente estruturado em programa da norma e âmbito da norma. O teor literal expressa o programa da norma, a ordem jurídica, conforme tradicionalmente compreendida. E, em mesmo nível hierárquico, pertence também à norma "o âmbito da norma (ou domínio da norma), isto é, o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma 'escolheu' para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação" (MÜLLER, 2010, p. 57/58).

Ao mesmo tempo em que o âmbito normativo é escolhido ou criado pelo programa da norma, a delimitação deste passa inevitavelmente pela observação dos dados apresentados no caso, que farão com que "a análise do âmbito normativo, como parte integrante da concretização jurídica, fortaleça a normatividade da disposição legal como uma normatividade marcada pelos dados reais" (MÜLLER, 2009, p. 245). Há uma conformação mútua, denotando que "também na metódica estruturante emerge o círculo hermenêutico" (2009, p. 246), pois, "na legislação, as estruturas do âmbito normativo co-determinam a formulação lingüisica do programa normativo, que a partir daí passa a marcá-las" (2009, p. 246).

A realidade do caso se faz presente já na delimitação do programa da norma, assim como constitui, por excelência, o dado elementar do âmbito normativo. Por meio desta

concepção criadora e construtiva da norma, os aspectos da realidade (dados reais) são elementos integrantes da estrutura normativa, e não simplesmente externos à norma. Com isso, conclui-se que a norma jurídica é um modelo de ordem materialmente caracterizado; a "norma concreta de decisão, como ordenamento parcial concretizado, é elaborada como fator da justiça material somente no caso particular e por meio de sua ligação a ele" (MÜLLER, 2009, p. 263), de forma que:

> Não é possível descolar a norma jurídica do caso jurídico por ela regulamentado nem o caso da norma. Ambos fornecem de modo distinto, mas complementar, os elementos necessários à decisão jurídica. Cada questão jurídica entra em cena na forma de um caso real ou fictício. Toda e qualquer norma somente faz sentido com vistas a um caso a ser (co)solucionado por ela (MÜLLER, 2010, p. 63).

Retrabalhando a distinção entre texto e norma posta por Friedrich Müller, Eros Roberto Grau, afirma que: "O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo" (2009, p. 27). Aliás, explicando o processo de concretização do direito, com base nos ensinamentos do jurista alemão, assim discorre o ex-Ministro do STF (GRAU, 2009, p. 29):

> O fato é que a norma é construída, pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do direito. O texto, preceito jurídico, é, como diz Friedrich Müller, matéria que precisa ser "trabalhada".
> Partindo do texto da norma (e dos fatos), alcançamos a norma jurídica, para então caminharmos até a norma de decisão, aquela que confere solução ao caso. Somente então se dá a concretização do direito. Concretizá-lo é produzir normas jurídicas gerais nos quadros de solução de casos determinados [Müller].

Disso resulta que é na tarefa de solucionar casos concretos que reside a prerrogativa de criar e reformular as normas jurídicas, que estão em elaboração permanente nos órgãos incumbidos da aplicação do direito. O órgão aplicador do direito, portanto, a partir de um enunciado textual e de outros elementos diversos, concretiza a norma jurídica, e não simplesmente revela conteúdo nele preexistente.

Concretizar não é (re)produzir valorações legislativas (MÜLLER, 2010, p. 66). A aplicação do direito exige muito mais que a identificação de soluções preexistentes nos textos legais. O próprio conceito de interpretação, portanto, é reavaliado, pois "a distinção fundamental entre texto normativo e norma impede o intérprete de limitar-se à 'interpretação', assim como ao desdobramento puramente filológico do texto" (MÜLLER, 2009, p. 201).

O processo de concretização, na metódica estruturante de Müller, envolve verdadeira integração entre texto normativo e dados reais e é composto de elementos de concretização,

entre os quais “a interpretação do teor literal da norma é um dos elementos mais importantes no processo da concretização, mas somente um elemento” (MÜLLER, 2010, p. 62).

Por isso, sugere a maior adequação do termo concretização, em vez do termo interpretação, para designar a tarefa prática do jurista. As normas, na sua concepção, não carecem simplesmente de ser interpretadas, por não serem unívocas, evidentes ou por serem destituídas de clareza; carecem de concretização, porque devem ser aplicadas para solucionar um caso real ou fictício (MÜLLER, 2010, p. 62). De outra banda, as competências constitucionalmente delineadas aos órgãos jurisdicionais não são competências para a explicação de textos legais, mas sim competências para a efetiva concretização jurídica, para a resolução de casos concretos (MÜLLER, 2010, p. 66).

4.2 AS INSUFICIÊNCIAS DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA NORMA MAIS FAVORÁVEL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Apesar de norteados pela dignidade da pessoa humana, os direitos humanos constituem-se como uma categoria heterogênea, expressando pretensões muitas vezes conflitantes. Além disso, têm a estrutura de normas eminentemente principiológicas. Por essas razões, a definição da norma mais favorável de direitos humanos, no caso concreto, não é tarefa simples.

André de Carvalho Ramos ressalta que a força expansiva dos direitos humanos fez com que os mesmos invadissem todas as facetas da vida social, tornando “difícil identificar qual é a ‘norma mais favorável’, uma vez que uma norma mais protetiva a determinado indivíduo pode desproteger outro, como nos mostram os clássicos conflitos entre proteção do meio ambiente e o direito de propriedade ou entre a liberdade de informação e a privacidade” (RAMOS, 2016, p. 344).

Tal dificuldade é enfrentada, atualmente, em todos os campos do Direito. Mesmo nas searas em que a lide envolve o Estado e seu *ius puniendi* em face dos indíviduos, como o Direito Penal e Processual Penal, as cortes de direitos humanos têm se afastado de uma concepção predeterminada em prol acusados, valorizado o direito das vítimas de acesso à justiça penal, condenando, por exemplo, as leis de autoanista. Nesse sentido, Ramos cita o Caso Gomes Lund e outros contra o Brasil, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que a proporcionalidade deve levar em conta os direitos das vítimas e seus familiares à verdade e à justiça. E indaga: “Como falar em ‘primazia da norma mais favorável ao indivíduo’ no caso da revisão da lei da anistia brasileira? Qual seria o indivíduo a ser

favorecido: O torturador beneficiado pela anistia penal ou a vítima ou seus familiares que clamam pelo direito de acesso à justiça penal?" (RAMOS, 2016, p. 345)

As dificuldades na aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável em direitos humanos, contudo, não lhe retiram a serventia prática para a hermenêutica dos direitos humanos, mas somente reforçam a ideia de que a resolução de *hard cases* exige do aplicador do direito a atividade de ponderação de interesses, com a utilização de princípios destinados à solução de antinomias aparentes entre direitos, como o princípio da proporcionalidade[33].

Quanto à ponderação e conflito dos direitos, cumpre ressaltar, inicialmente, que a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) prevê, em seu artigo XXIX, que todo ser humano tem deveres para com a comunidade e, no exercício de seus direitos e liberdades, estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. O artigo XXX, por sua vez, determina que nenhuma disposição da Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades estabelecidos.

Tais disposições evidenciam a limitabilidade dos direitos humanos, característica que implica o "reconhecimento de que a essencialidade dos direitos humanos e sua superioridade normativa não impedem a existência de limites impostos a um direito em nome da preservação de outro" (RAMOS, 2016, p. 238). A primazia da norma mais favorável deve ser aplicada levando em contas essas duas disposições da DUDH, isto é, considerando que nenhum direito é absoluto, havendo limites ao exercício de um direito em nome da preservação de outro(s).

A questão que se coloca, portanto, é como justificar, de forma racional, transparente e convincente, a prevalência de um direito em detrimento do outro, evitando o recurso a fundamentações vazias, que poderiam justificar as mais diversas e antagônicas posições jurídicas, como o simples apelo à dignidade humana e à proteção de direitos humanos.

---

[33] Digna de citação, nesse ponto, é a disposição do art. 52, item 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que faz menção expressa ao princípio da proporcionalidade: "Artigo 52. Âmbito dos direitos garantidos. 1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros."

Tal justificação, geralmente, se faz por meio do princípio da proporcionalidade, que é decomposto, habitualmente, pela doutrina e pela jurisprudência, em três subprincípios, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. O subprincípio da adequação exige que a solução para o conflito de direitos seja útil, idônea, apta a atingir o resultado proposto. Por seu turno, o juízo de necessidade exige que seja escolhida a medida menos gravosa ou restrita entre as de possível adoção. Já a proporcionalidade em sentido estrito consiste na valoração comparativa entre as vantagens e os prejuízos decorrentes da decisão adotada.

A análise da proporcionalidade sob cada um desses enfoques é diuturnamente objeto de decisões das cortes constitucionais e das cortes de direitos humanos. Utilizando-se desse método de decisão, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar agravo regimental no Inquérito 3922[34], no final de 2015, entendeu ser proporcional a quebra de sigilo bancário de uma investigada pela prática de crimes contra a administração pública, de fraudes a licitações e de desvio de recursos públicos, ante a existência de indícios de uma organização criminosa voltada à prática desses crimes e da possível participação da investigada nesses ilícitos.

No caso, entendeu a Excelsa Corte que a restrição ao direito de intimidade se afigurava apta a atingir o resultado proposto, qual seja, demonstração dos ilícitos penais e sua autoria (adequação ou idoneidade); necessária, uma vez que inexiste outro meio alternativo, menos gravoso e igualmente eficaz, para rastreamento do real destino dos recursos supostamente desviados e dos valores eventual e ilicitamente auferidos pela investigada; e proporcional em sentido estrito, uma vez que as vantagens, para a investigação, decorrentes do afastamento de seu sigilo bancário, compensam o sacrifício, o ônus imposto a seu direito à intimidade.

Logo, diante de um caso em que há colisão entre direitos, a aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável pressupõe, necessariamente, um juízo de proporcionalidade, em seus três aspectos – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, com vistas a impedir que, para garantir a melhor proteção a um direito, outro seja sacrificado inutilmente, além do estritamente necessário ou de forma desequilibrada.

Nas lides em que a tese do marco temporal de ocupação para a demarcação de terras indígenas tem sido aplicada, há de se ter em mente a existência, em regra, de interesses contrapostos: os dos detentores de títulos dominiais sobre as terras reivindicadas, que

[34] STF, Inq 3922 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015.

invocam o direito de propriedade privada; e os das comunidades indígenas, que invocam o direito de posse permanente e usufruto exclusivo sobre as suas terras tradicionais (propriedade comunal). Dessa maneira, como aplicar o princípio da primazia da norma mais favorável? A norma de decisão a ser concretizada deve ser mais favorável para quem?

Como vimos no tópico 3.4.1.3, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem o entendimento de que o princípio da primazia da norma mais favorável não pode ser utilizado para conferir interpretação mais ampla a um determinado direito, se implicar a imposição de limitações maiores e não previstas a outros direitos.

Consoante assinalado pela CIDH no Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai (2005), quando a propriedade comunal indígena e a propriedade privada particular entram em contradições reais ou aparentes, devem ser adotadas as seguintes diretrizes para definir as restrições admissíveis ao gozo e ao exercício destes direitos: a) devem estar estabelecidas por lei; b) devem ser necessárias; c) devem ser proporcionais, e d) devem ser feitas com o fim de alcançar um objetivo legítimo em uma sociedade democrática.

Assim, os Estados devem avaliar, em cada caso, as restrições resultantes do reconhecimento de um direito sobre o outro. Nesse mister, devem ter em conta que os direitos fundiários indígenas constituem condição fundamental para a reprodução de sua cultura, para seu próprio desenvolvimento e para levar a cabo seus planos de vida. Por isso, desconhecer os direitos originários indígenas sobre suas terras ancestrais pode representar a negação a outros direitos básicos, como o direito à preservação de sua identidade e de seu patrimônio cultural e direito à própria subsistência das comunidades indígenas e de seus membros.

Por outro lado, a restrição que se faça ao direito à propriedade privada de particulares – igualmente amparada pelo art. 21 da CADH – pode ser necessária para alcançar o objetivo coletivo de preservar as identidades culturais em uma sociedade democrática e pluralista; e proporcional, caso seja feito o pagamento de uma justa indenização aos prejudicados, de acordo com o artigo 21.2 da CADH.

Isso não significa que, sempre que estejam em conflito os interesses fundiários particulares ou estatais e os dos membros das comunidades indígenas, prevaleçam os últimos sobre os primeiros. Nesse sentido, quando os Estados estiverem impossibilitados, por razões concretas e justificadas, de adotar medidas para permitir o retorno dos povos indígenas às terras das quais foram deslocados, bem como demarcá-las, deve existir uma compensação orientada pelo significado que possui a terra para elas, a teor do que dispõe o artigo 16.4 da Convenção nº 169 da OIT:

> Quando o retorno não for possível, […], esses povos deverão receber, em todos os casos em que for possível, terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam, pelo menos, iguais àqueles das terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados prefiram receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas.

A escolha dessas medidas compensatórias ou reparatórias – entrega de terras alternativas e/ou o pagamento de uma justa indenização – não fica sujeita a critérios meramente discricionários do Estado. Tais medidas devem ser estabelecidas, segundo uma interpretação integral da Convenção nº 169 da OIT e da Convenção Americana, a partir de um consenso com os povos interessados, conforme seus próprios procedimentos de consulta, valores, usos e direito consuetudinário.

A Constituição, por sua vez, parece ter predefinido uma solução para esse conflito de interesses entre os detentores de títulos dominiais e as comunidades indígenas, ao declarar, no art. 231, § 6º, nulos e sem nenhum efeito jurídico atos que tenham por objeto ou domínio a posse ou a ocupação de terras tradicionalmente ocupadas por índios, ressaltando, ainda, que a nulidade não gera o direito à indenização contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. Tal previsão, inclusive, já estava presente no regime constitucional anterior, em que havia norma semelhante (CF/69, art. 198, §§ 1º e 2º) à que hoje se acha consubstanciada no art. 231, § 6º, da Constituição de 1988.

Essa solução, contudo, não coincide com a definida pelo STF através da tese do marco temporal. A exigência da efetiva ocupação indígena, na terra a ser demarcada, na data da promulgação da Constituição de 1988, prestigia o direito de propriedade privada em detrimento do indigenato, condicionando o exercício dos direitos originários dos índios a um eventual processo de desapropriação, que, por sua vez, depende, além da vontade política, de pagamento de justa e prévia indenização ao "proprietário" das terras.

Nesse sentido, cumpre transcrever trecho do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do RMS 29.087 (2014), assinalando a mesma interpretação assinada anteriormente pelos Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia:

> (...) eventuais necessidades, presentes ou futuras, das comunidades indígenas em geral poderão (e deverão) ser atendidas pela União Federal, que dispõe, para tanto, de outros instrumentos administrativos, especialmente a desapropriação, para equacionar questões pertinentes à localização dos povos indígenas naqueles casos em que não se comprovar a ocupação do espaço geográfico, por determinada etnia, na data de 05 de outubro de 1988, erigida, pelo Supremo Tribunal Federal, como "insubstituível referencial " para efeito de reconhecimento, em favor dos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. (p. 12 do voto do Min. Celso de Mello no RMS 29.087, julgado em 16.09.2014)

Noutras palavras, enquanto a Constituição determina que primeiro se garantam os direitos originários dos índios, através da demarcação de suas terras, e depois se pague ao detentor de título de boa-fé indenização pelas benfeitorias necessárias, o STF tem decidido que primeiro deve ser garantida a justa e prévia indenização ao detentor de título de boa-fé, para que, somente depois da desapropriação, que depende da prévia vontade política e disponibilidade financeira, os índios possam gozar dos direitos originários que a Constituição lhes assiste sobre suas terras[35].

Incube-nos, a seguir, analisar qual das duas soluções – a aparentemente delineada no art. 231, *caput* e § 6º, da Constituição ou a definida pelo STF ao interpretar o art. 231, § 1º, da Lei Maior, fixando o marco temporal de 1988 – coaduna-se com o princípio *pro persona*, a partir de vetores que devem conduzir o processo de concretização da norma mais favorável.

4.3 VETORES PARA A CONCRETIZAÇÃO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL

Além de depender, na maioria dos casos, de um juízo de ponderação de interesses e do manejo do princípio da proporcionalidade, o processo de concretização normativa com vistas à aplicação da norma mais favorável deve ser balizado por vetores extraídos da doutrina e da jurisprudência acerca da própria concepção e natureza dos direitos humanos, do processo de sua interpretação e da garantia de seu cumprimento. Tais vetores serão analisados a seguir.

4.3.1 A necessidade de conhecimento da posição dos intérpretes internacionais

Como a aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável proíbe que uma determinada norma de direitos humanos seja interpretada de forma menos favorável aos *standards* já estabelecidos de proteção do direito em análise, nada mais importante do que conhecer os *standards* já existentes e as circunstâncias nas quais foram identificados.

[35] Vale salientar que tanto a demarcação como a desapropriação foram elencadas pela Comissão sobre a Questão Indígena em Mato Grosso do Sul como alternativas possíveis para a resolução dos conflitos agrários entre índios e proprietários rurais naquele Estado, conforme noticiou a Ministra Cármen Lúcia, no voto que proferiu no julgamento do RMS 29.087 (2014). Essa Comissão, notadamente heterogênea, para representar todos os interesses pautados, foi instituída pelo então Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Cezar Peluso, pela Portaria n. 60, de 30 de junho de 2011 (modificada pelas Portarias ns. 53 e 71/2013), sendo formada por membros do Comitê Executivo Nacional do Fórum de Assuntos Fundiários, da Advocacia-Geral da União, do Ministério Público Federal, da Fundação Nacional do Índio, do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, representantes das comunidades indígenas e dos proprietários rurais da região, além de estudiosos de reconhecida competência sobre a questão indigenista no Mato Grosso do Sul.

Nessa tarefa, torna-se fundamental o conhecimento da posição dos intérpretes internacionais de direitos humanos, nomenclatura na qual se inserem as cortes internacionais dos sistemas regionais africano, europeu e interamericano[36], o Tribunal Penal Internacional – TPI[37], os comitês de monitoramento criados por tratados internacionais[38] e outros órgãos de monitoramento do sistema universal da ONU, a exemplo do Conselho de Direitos Humanos[39].

Conhecer o entendimento desses intérpretes internacionais torna-se imprescindível à definição da norma mais favorável, tendo em vista que, geralmente, os parâmetros mais elevados de proteção de direitos humanos são consolidados no âmbito desses sistemas internacionais, a partir das melhores experiências (*best practices*) apresentadas pelos Estados nos relatórios que enviam e nas vistorias a que são submetidos. Na realidade, não só são destacadas as melhores práticas a serem perseguidas e reproduzidas, como também são estabelecidos os parâmetros mínimos de proteção para qualquer Estado. Nesse sentido, ensina Maia (2004, p. 137/138) que:

> Os sistema internacionais funcionam baseados fortemente na cooperação recíproca entre os membros da sociedade internacional – Estados, organizações internacionais etc. (...) Esses sistemas cumprem como funções principais as de definir parâmetros mínimos de direitos humanos a serem observados pelos Estados, e de realizar o monitoramento da observância daqueles parâmetros. Além disso, cumprem a função educativa de difundir tais parâmetros, mediante realização de conferências, seminários, e promoção de cursos.

O conhecimento da posição dos intérpretes internacionais no que tange à interpretação dos direitos humanos impõe-se como uma medida essencial não só para a definição da norma mais favorável no caso concreto, mas também para resguardar os Estados

---

[36] No sistema regional africano, temos a Corte Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, instalada em Arusha (Tanzânia). No europeu, a Corte Europeia de Direitos Humanos, com sede em Estrasburgo (França). Já no sistema interamericano, temos a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sediada em San José (Costa Rica). No sistema universal, não há ainda uma Corte Internacional de Direitos Humanos. Nesse sentido, com base no art. 34.1 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (*Só os Estados poderão ser partes em questão perante a Corte)*, André de Carvalho Ramos explica que "A Corte Internacional de Justiça (principal órgão judicial da Organização das Nações Unidas) possui papel secundário na proteção de direitos humanos, uma vez que sua jurisdição contenciosa só se aplica a Estados (quer como autores ou como réus)" (2016, p. 161).

[37] O TPI não se confunde com uma Corte Internacional de Direitos Humanos, mas contribui para a jurisprudência internacional de direitos humanos, na medida em que, julgando os mais graves crimes internacionais, analisa a responsabilidade internacional do indivíduo por violações a direitos humanos.

[38] Os comitês de monitoramento exercem relevante função interpretativa internacional dos direitos humanos, ao desempenharem suas competências, que podem incluir as atividades de análise de relatórios dos Estados, elaboração de comentários gerais e análise de petições individuais.

[39] O Conselho de Direitos Humanos da ONU foi criado em 2006, no lugar da antiga Comissão da ONU em Direitos Humanos. É integrado por quarenta e sete Estados e vinculado à Assembleia Geral da ONU. É o órgão incumbido de analisar a situação de respeito aos direitos humanos nos Estados, através do mecanismo de Revisão Periódica Universal (RPU), fundado no "peer review" – monitoramento pelos pares. A RPU funciona em ciclos, que se reiniciam após a avaliação de todos os Estados. Maiores informações podem ser colhidas no endereço eletrônico: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/AboutCouncil.aspx>.

da responsabilização internacional, eis que, "no DIDH, os processos internacionais de direitos humanos geram a interpretação internacionalista desses direitos, o que impede que os Estados deixem de cumprir suas obrigações internacionais por intermédio de uma interpretação nacional peculiar e divergente" (RAMOS, 2016, p. 70). Dessa forma, "desvincular o texto do tratado da interpretação dada pelos órgãos internacionais significa correr o risco da adoção de interpretação divergente, implicando a violação de direitos protegidos (sob a ótica internacional)" (RAMOS, 2016, p. 330).

Nesse aspecto, não se pode deixar de mencionar que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados (CVTDE), de 1969, ratificada e incorporada pelo Brasil em 2009, dispõe que um Estado não pode invocar as disposições de seu Direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado, salvo na hipótese de violação manifesta a norma de Direito interno de importância fundamental sobre competência para concluir tratados (artigos 27 e 46).

A CVDTE estabelece diversas regras sobre a interpretação dos tratados e constitui a orientação básica para a doutrina e a jurisprudência internacional de direitos humanos. Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já assinalou que "los criterios de interpretación consagrados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados pueden considerarse reglas de derecho internacional sobre el tema" (CIDH, Parecer Consultivo n. 3, de 8 de setembro de 1983, parágrafo 48).

Dessa forma, o conhecimento da posição dos intérpretes internacionais no que tange à interpretação dos direitos humanos impõe-se como um pressuposto à tarefa de definir a norma mais favorável no caso concreto, na medida em que, na jurisprudência internacional, são definidos os *standards* mínimos – os quais, no plano doméstico, só podem ser majorados – de proteção de direitos humanos. Ao mesmo tempo, constitui medida essencial para resguardar os Estados da responsabilização internacional.

Nesse aspecto, em matéria de reconhecimento das terras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas, é fundamental saber que, no Caso da Comunidade Mayagna Awas Tingni vs. Nicarágua (2001), que constituiu um *leading case* sobre o direito da propriedade comunal de terras ancestrais pelos membros de comunidades indígenas, a CIDH assinalou que, para os membros dessas comunidades, a relação com suas terras não se esgota em uma simples questão de posse e produção, mas constitui um elemento material e espiritual básico de sua cultura, essencial para a preservação de seu legado e para a transmissão para as gerações futuras. Nesse aspecto, a questão da propriedade das terras ancestrais assume uma importância fundamental, inclusive para a preservação do direito à

vida em sentido amplo, abarcando as condições de uma vida digna e a necessária preservação da identidade cultural (BURGORGUE-LARSEN; TORRES, 2008, p. 549).

Seguindo tal entendimento de que a noção indígena de posse não corresponde necessariamente à concepção clássica, a CIDH, no Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (2006), interpretando o art. 21 da Convenção Americana à luz da Convenção nº 169 da OIT, formou o entendimento de que enquanto o vínculo espiritual e material da identidade dos povos indígenas continuar existente em relação às suas terras tradicionais, subsiste o direito desses povos à recuperação de suas terras (CIDH, 2006, parágrafo 131).

Além disso, na apreciação do Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname (2005), a CIDH também interpretou o direito à livre circulação previsto no art. 22 da CADH no sentido de nele incluir o direito aos membros de povos indígenas de retornar às suas terras ancestrais (BURGORGUE-LARSEN; TORRES, 2008, p. 547).

Dessa forma, a exigência formulada pelo STF através da fixação da condicionante do marco temporal – no sentido de só poder reconhecer como terras indígenas as efetivamente ocupadas no momento de promulgação da Constituição de 1988 ou as que estivessem em conflito possessório com não-índios àquela data – não se coaduna com os *standards* de proteção aos direitos indígenas já reconhecidos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, apontando para um desrespeito ao princípio da primazia da norma mais favorável.

4.3.2 O princípio da proibição de retrocesso

O princípio da proibição de retrocesso possui íntima relação com o princípio da primazia da norma mais favorável, na medida em que este se destina a garantir a contínua elevação dos parâmetros de proteção dos direitos, proibindo que um *standard* de proteção já alcançado no plano interno ou internacional sofra uma diminuição em razão da superveniência de um novo diploma normativo ou de uma interpretação menos garantista.

Consoante Ramos, a proibição do retrocesso, também conhecida como efeito *cliquet*, veda que os Estados "diminuam ou amesquinhem a proteção já conferida aos direitos humanos. Mesmo novos tratados internacionais não podem impor restrições ou diminuir a proteção de direitos humanos já alcançadas" (2016, p. 290). Nesse sentido, pode-se dizer, até, que o princípio do não-retrocesso é a expressão do princípio da primazia da norma mais favorável em seu aspecto cronológico.

O entendimento da CIDH, em 2001, nos casos *Ivcher Bronstein vs. Peru* e *Barrios Altos vs. Peru*, fornece exemplo da aplicação prática desse princípio, com vistas à concretização da norma mais favorável à proteção do ser humano. O Peru, governado por Alberto Fugimori, havia denunciado, em 1999, o reconhecimento à jurisdição contenciosa da CIDH, após ter sofrido algumas condenações à reparação dos danos às vítimas. A CIDH, contudo, considerou a denúncia desprovida de efeito e prosseguiu ao julgamento dos referidos casos submetidos contra o Peru, sob o argumento de que a CADH não previa a possibilidade de denúncia do reconhecimento da jurisdição da Corte e de que tal ato afrontaria a proibição de retrocesso, previsto no art. 29 da Convenção. Dessa maneira, invocando a proibição de retrocesso, conferiu uma solução *pro homine* às arguições preliminares de ausência de competência, considerando nula a denúncia que minimizava proteção já fornecida aos jurisdicionados peruanos (RAMOS, 2016, p. 143/144).

O princípio da proibição do retrocesso também guarda relação com a cláusula do desenvolvimento progressivo, prevista em dispositivos de tratados internacionais sobre direitos sociais, a exemplo do art. 2º, item 1, do Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais e do art. 1º do Protocolo de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como no art. 26 da própria Convenção Americana de Direitos Humanos. Por meio desses artigos, os Estados comprometem-se a adotar medidas, conforme os recursos disponíveis, para atingir, progressivamente, a plena efetividade dos direitos sociais protegidos, o que sugere, por um lado, a gradualidade da plena efetividade dos direitos sociais e, por outro, impõe o dever aos Estados de garantir o progresso, vedando-se, por consequência, o amesquinhamento dos direitos sociais já concretizados.

No que tange ao reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, cumpre dizer que já eram garantidos anteriormente à Constituição de 1988. Nesse sentido, ressalta o advogado e Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP José Afonso da Silva (2016), em recente parecer jurídico da sua lavra, que a proteção dos direitos dos índios sobre suas terras já existia desde a legislação colonial e foi alçada, ao nível constitucional, em 1934, sendo repetida em todas as Constituições seguintes.

Como explica o ilustre constitucionalista, no período colonial, o primeiro texto legal que fundamentou o direito dos índios sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas foi a Carta Régia de 30/07/1611. Depois, adveio o Alvará de 1º de abril de 1680, que reconheceu o direito de posse permanente das terras ocupadas pelos índios, o *indigenato*. Por sua vez, a Lei

06/06/1775 também o reconheceu, ao determinar que, na concessão de sesmarias, se respeitassem o direito dos índios, *primários e naturais senhores das terras por eles ocupadas*.

A Constituição de 1934 foi a primeira a acolher expressamente o indigenato, em seu art. 129: "Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem. permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las", regra que, em essência, foi mantida e aprimorada nas Constituições subsequentes, até chegar ao enunciado previsto no art. 231, *caput*, da Constituição de 1988, demonstrando que a atual Lei Fundamental é "o último elo do reconhecimento jurídico constitucional dessa continuidade histórica dos direitos originários dos índios sobre suas terras e, assim, não é o marco temporal desses direitos, como estabeleceu o acórdão da Pet. 3.388" (SILVA, 2016, p. 09).

Na ação civil originária nº 323-7-MG (1993), de que foi relator o Ministro Francisco Rezek, essa circunstância foi reconhecida pelo Tribunal Pleno do STF, que declarou a nulidade de títulos de propriedade de imóveis rurais, concedidos pelo governo do Estado de Minas Gerais e incidentes sobre área indígena imemorialmente ocupada pelos índios Krenak e outros grupos. Na oportunidade, salientou-se que, desde 1934, o direito constitucional brasileiro consagrava a posse indígena e o domínio da União sobre terras tradicionalmente ocupadas, motivo porque, quaisquer títulos concedidos sobre essas terras a partir de então são nulos, e o fato de ter havido a retirada forçada dos índios de suas terras não lhes retira a natureza de terras indígenas.

Já no Mandado de Segurança nº 21.575 (1994), julgado pelo Tribunal Pleno do STF, decidiu-se pela inadequação da via eleita, porque se teve o entendimento, expresso na própria ementa do julgado, de que era necessário apurar se, conquanto desocupadas pelos índios há cerca de 50 anos, como alegado, as terras em questão, em alguma época, teriam saído do domínio da União, circunstância sem a qual não se poderia reconhecer legitimidade à alienação que, segundo se alegava, delas fez o Estado-membro, iniciando a cadeia dominial exibida pelos impetrantes.

Como se pode perceber, a jurisprudência do STF, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, possibilitava que se reconhecesse a uma etnia indígena as terras das quais seus integrantes haviam deixado anteriormente, desde que tal retirada tivesse se dado por expulsão e em momento posterior a 1934. Desse modo, fica claro que constitui um retrocesso à proteção dos direitos dos índios e, consequentemente, ao princípio *pro persona*, a exigência da efetiva ocupação indígena, na terra a ser demarcada, na data da promulgação da Constituição de 1988 ou de, pelo menos, um conflito possessório persistindo até aquela data

considerada atualmente pelo STF como o marco temporal insubstituível para a aferição da tradicionalidade das terras.

Considerava a Excelsa Corte que a validade dos títulos de domínio sobre terras demarcadas ou reivindicadas por índios e a verificação da natureza dessas terras deveria ser aferida com base na ordem constitucional vigente à época da expedição desses títulos, o que condiz com a ideia de que o ato editado sob a vigência de uma determinada Constituição deve ter a sua constitucionalidade verificada com base na mesma, já que, se era incompatível com a Constituição vigente quando da sua edição, não poderá ser recepcionado pela nova ordem constitucional, mesmo sendo com ela compatível, já que o vício de inconstitucionalidade é congênito e não se convalida com o advento de uma nova Constituição (não há constitucionalidade superveniente).

Consoante o princípio do não-retrocesso, portanto, deve prevalecer o entendimento anterior do STF (mais favorável à proteção dos direitos indígenas), segundo o qual não há somente um marco temporal, mas vários, pois, a partir de 1934, todas as Constituições reconheciam os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupavam tradicionalmente, deslegitimando quaisquer títulos de domínio particular sobre elas, consideradas intransferíveis (CF/34, art. 129; CF/37, art. 154; CF/46, art. 216; CF/67, art. 186; CF/69, art. 198, *caput* e §§ 1º e 2º; CF/88, art. 231, *caput* e §§ 1º, 2º e 6º). Dessa forma, a aferição de ocupação indígena para fins de reconhecimento de suas terras pode ser feita em qualquer momento desse período, desde que atendidos os demais requisitos constitucionais necessários à caracterização da ocupação tradicional.

4.3.3 A proteção da vítima como fim dos direitos humanos

Os direitos humanos, por natureza, possuem uma função contramajoritária, isto é, destinam-se principalmente à proteção dos indivíduos e grupos socialmente vulneráveis, mesmo contra o Estado e os grupos nele hegemônicos. Os direitos humanos são titularizados por todos os seres humanos. Contudo, em regra, devem ser interpretados em prol das minorias (grupos não hegemônicos, ainda que numericamente superiores), tendo em vista que as maiorias em geral são bem-sucedidas no processo sócio-político e já auferem a proteção pretendida sem a necessidade de recorrerem ao Poder Judiciário, composto, em regra, de membros não eleitos e dotados de garantias que lhes permitem tomar decisões independentemente da vontade e das paixões momentâneas da maioria.

As minorias, os indivíduos e grupos socialmente vulneráveis, são geralmente as vítimas de violações de direitos humanos. Por isso, Piovesan afirma que "na hipótese de eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, adota-se o critério da prevalência da norma mais favorável à vítima" (2016, p. 179).

André de Carvalho Ramos (2016, p. 167) afirma que, em 2009, ao proferir a Opinião Consultiva n. 20, a Corte Interamericana "deu mais um passo rumo a um processo mais equilibrado entre os direitos das vítimas e dos Estados", reinterpretando o artigo 55 da Convenção Americana (que trata dos juízes ad hoc) e decidindo "não mais aceitar a indicação de juiz ad hoc por parte do Estado réu (que não possua nenhum juiz de sua nacionalidade na composição da Corte) nos casos iniciados na Comissão por petição de vítimas de violação de direitos", de forma que, consoante a nova interpretação (mais favorável) do artigo 55, "o juiz ad hoc somente será chamado nas demandas interestatais (aliás, até hoje inexistentes)", não sendo mais permitido que "o juiz da nacionalidade do Estado réu atue no processo".

Diante de um conflito de interesses entre o Estado e o indivíduo, portanto, o princípio da primazia da norma mais favorável prestigia, em regra, a solução a favor do indivíduo (interpretação *pro homine*). As exceções são justamente os casos em que o indivíduo da relação não é a vítima, mas sim o violador de direitos humanos, e o Estado, por outro lado, através de seus órgãos de persecução, representa os interesses das vítimas, que almejam que as violações sejam investigadas e os violadores sejam responsabilizados.

Nesse sentido, a CIDH, no Parecer Consultivo n. 02, aplicou o princípio *pro homine* para estabelecer que as reservas à Convenção Americana devem ser interpretadas restritivamente, evitando, assim, a diminuição da proteção ao ser humano. Por outro lado, nos casos envolvendo as leis de autoanistia, a exemplo do Caso *Gomes Lund*, declarou que os agentes anistiados não poderiam ficar imunes à responsabilização criminal por parte dos Estados, que tinham o dever de investigar e punir os responsáveis por graves violações a direitos humanos.

Por sua vez, no conflito de interesses entre particulares, a função contramajoritária dos direitos humanos só poderá ser invocada como diretriz à concretização da norma mais favorável, se a relação não for equilibrada, se houver uma parte em situação de vulnerabilidade em relação à outra, tendo em vista que, nesse caso, entra em cena a eficácia diagonal dos direitos humanos, assim conceituada por André de Carvalho Ramos:

> ... a eficácia *diagonal* dos direitos humanos consiste na invocação de direitos nas relações entre os particulares nos quais uma das partes ostenta vulnerabilidade, fazendo nascer uma prevalência de determinado direito de um particular sobre o

> outro. Por exemplo, nas relações envolvendo crianças, pessoas com deficiência, trabalhadores, consumidores etc., a eficácia diagonal é um subtipo da eficácia horizontal, acrescida do peso maior dado a um dos direitos em conflito. (RAMOS, 2016, 297)

A função contramajoritária dos direitos humanos, portanto, ao indicar que os mesmos devem ser interpretados sempre com vistas à proteção dos grupos sociais e indivíduos que são aviltados em seus direitos essenciais, indica que o princípio *pro persona* visa à aplicação da norma mais favorável aos indivíduos ou grupos em situação de vulnerabilidade, isto é, às vítimas de violações de direitos humanos.

As comunidades indígenas, ao longo da história brasileira, foram alvo de inúmeras violações de direitos humanos[40]. Constituem grupos minoritários, em situação de vulnerabilidade, motivo porque as normas de direitos humanos, especialmente as voltadas à proteção dos direitos indígenas, devem ser interpretadas sempre com vistas à melhor proteção do índio e de suas comunidades, e as lides envolvendo direitos indígenas devem ser solucionadas, em regra, com vistas à concretização da norma mais favorável a esses grupos.

Contudo, na fixação do marco temporal nos moldes delineados no julgamento da Pet. 3.388 (2009), é fácil perceber que o objetivo almejado não foi a proteção dos direitos dos índios, mas, sim, a busca pelo fim das disputas sobre terras entre índios e fazendeiros, sem levar em conta as normas constitucionais que fundamentam e até exigem a proteção dos índios, quando determinam competir à União demarcar as suas terras, proteger e fazer respeitar todos os seus bens (CF, art. 231, *caput*), declarando que as terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis (CF, art. 231, § 4º), bem como que são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse dessas terras (CF, art. 231, § 6º).

O voto do relator foi claro em mostrar que o marco temporal tem o intuito de pôr fim às disputas por terras e às discussões quanto à sua ocupação. Nesse sentido, afirmou que o estabelecimento daquele marco objetivo refletiria o propósito constitucional de "colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior".

[40] A Comissão Nacional da Verdade (CNV) constatou inúmeras graves violações de direitos humanos contra os povos indígenas, inclusive genocídio, e reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro por ação direta ou omissão no esbulho das terras indígenas ocupadas ilegalmente. Traçou, também, uma série de recomendações para o Estado brasileiro, entre elas, a demarcação, desintrusão e recuperação ambiental das terras indígenas como "a mais fundamental forma de reparação coletiva pelas graves violações decorrentes da não observação dos direitos indígenas na implementação de projetos de colonização e grandes empreendimentos realizados entre 1946 e 1988" (CNV, 2014, p. 253/254).

Salientou que tal demarcação temporal evitaria, a um só tempo, "a fraude da subitânea proliferação de aldeias" que teriam o propósito de "artificializar a expansão dos lindes da demarcação", bem como "a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição" (STF, Pet. 3.388, 2009).

Corroborando tal entendimento, convém transcrever uma passagem do voto do Ministro Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento do RMS 29.087 (2014). Comentando o que fora decidido no Caso Raposa Serra do Sol, no que tange ao marco temporal de ocupação de terras indígenas, afirmou que "o objetivo principal dessa delimitação foi procurar dar fim a disputas infindáveis sobre as terras, entre índios e fazendeiros, muitas das quais, como sabemos, bastante violentas".

Fica claro, por esses trechos, que o objetivo do marco estabelecido não é a proteção dos direitos dos índios, mas, sim, o de dar fim a disputas duradouras sobre as terras, não pelo cumprimento da regra constitucional que manda proteger e fazer respeitar todos os bens dos índios, ou seja, não pela coibição e repressão aos usurpadores de hoje e de outrora, mas pela cassação dos direitos dos índios sobre elas, ou seja, em descompasso com a função contramajoritária dos direitos humanos de socorrer os que estão em situação de vulnerabilidade.

O fato de o STF ter excepcionado a regra do marco temporal através da tese do chamado renitente esbulho não enfraquece a conclusão acima, posto que o conceito de renitente esbulho tem sido trabalhado pelo STF de forma bastante prejudicial aos índios. De fato, no ARE 803462 (2014), a Excelsa Corte firmou a orientação de que o renitente esbulho só se caracteriza pelo efetivo conflito possessório, iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data da promulgação da Constituição de 1988, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada.

Esse conceito traz diversos problemas, porque atribui um ônus desproporcional aos índios, ao transmitir a ideia de que o conflito, mesmo iniciado no passado, tem que persistir até o marco temporal, com a exigência, ainda, que seja materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada. José Afonso da Silva (2016) soube condensar muita bem o prejuízo dos índios diante desse entendimento do STF:

> (...) forja-se um marco temporal deslocado para o último elo da cadeia jurídico-constitucional que reconheceu os direitos indígenas, deixando ao desamparo os direitos que as Constituições anteriores reconheceram, e daí se exige que os índios

> sustentem um conflito ao longo do tempo, inclusive na via judicial, para que seus direitos usurpados sejam restabelecidos.

Ilustrativamente, no já referido caso discutido no ARE 803462 (2014), o acórdão objeto do recurso reconhecera que a última ocupação indígena na área deixara de existir desde 1953, ano a partir do qual os índios perderam acesso à área em litígio, que foi cercada na forma de uma fazenda. Entretanto, reputara que, ainda que os índios tivessem perdido a posse por longos anos, teriam indiscutível direito de postular sua restituição, desde que ela decorresse de tradicional, antiga e imemorial ocupação. A Turma afirmou que esse entendimento, todavia, não se mostraria compatível com a pacífica jurisprudência do STF, consubstanciada no enunciado 650 da Súmula do STF ("Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto").

Segunda a Segunda Turma do STF, a terra demandada não poderia se enquadrar no conceito de "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios", que não abrangeria aquelas que fossem ocupadas pelos nativos no passado, mas apenas aquelas ocupadas em 5.10.1988. Por outro lado, o renitente esbulho não poderia ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Também não poderia servir como comprovação de esbulho renitente a sustentação desenvolvida no acórdão recorrido de que os índios teriam pleiteado junto a órgãos públicos, desde o começo do século XX, a demarcação das terras da região, nas quais se incluiria a referida fazenda. Nesse sentido, sublinhou que manifestações esparsas poderiam representar anseio de uma futura demarcação ou de ocupação da área, mas não a existência de uma efetiva situação de esbulho. Dessa forma, proveu recurso extraordinário para desconsiderar a natureza indígena de área não ocupada por índios em 5.10.1988, onde localizada determinada fazenda.

Em suma, a conjugação do paradigma do marco temporal com o conceito de renitente esbulho definido pelo STF vem dando ensejo a que sejam subtraídos os direitos dos índios à posse permanente e ao usufruto exclusivo de suas terras. Nesse aspecto, resolvendo os conflitos em detrimento das comunidades indígenas, o STF não confere uma interpretação mais favorável ao *caput* e aos parágrafos do art. 231 da Constituição, que constituem dispositivos destinados à proteção dos índios, mas que estão sendo interpretados pelo Supremo em sentido que lhes nega os direitos originários – que as Constituições anteriores, desde 1934, lhes reconheceram - sobre as terras por eles ocupadas.

4.3.4 O princípio da máxima efetividade

O princípio da máxima efetividade ou do *effet utile* recomenda que juízes e tribunais interpretem as normas de direitos humanos com vistas à sua ótima concretização, ou seja, de forma que as disposições convencionais e constitucionais produzam todos os efeitos que delas se esperam, evitando que se tornem meramente programáticas.

Trata-se de um princípio bastante utilizado no Direito Constitucional e também invocado no DIDH, com o intuito de "contribuir para o aumento da proteção dada ao ser humano e para a plena aplicabilidade dos dispositivos convencionais" (RAMOS, 2016, p. 144). Como observa Canotilho, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais "é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais – no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais" (1993, p. 227). Discorrendo sobre o tema, Denise Vargas afirma (2010, p. 181):

> Entre as interpretações alternativas e plausíveis, deverá o intérprete prestigiar aquela que conceda à norma constitucional maior efetividade, sem alterar seu conteúdo. Essa é a ideia central do princípio da máxima efetividade, que se revela um subprincípio da força normativa da constituição.

O princípio da máxima efetividade é utilizado pelo Supremo Tribunal Federal[41] para a manutenção da autoridade de suas próprias decisões, a fim de que não só seja preservada a eficácia que já se espera das normas constitucionais a partir de seus enunciados, como também se possa ampliar seu alcance e sentido, nos limites impostos pelo seu texto e pela realidade fática subjacente. Por sua vez, como já mencionado no item 3.4.1.1, o referido princípio é aplicado em conjunto com o princípio *pro persona* no intuito de proibir que sejam impostas restrições que não estejam expressamente previstas a direitos e garantias reconhecidos.

Na tarefa concretizadora de buscar a norma mais favorável no caso concreto, portanto, juízes e tribunais devem buscar conferir a máxima efetividade aos direitos e garantias prescritos nos instrumentos de proteção aos direitos humanos, de modo que possam alcançar seu objetivo com maior plenitude.

Nesse sentido, no já referido julgamento do HC 96.772 (2009), o STF salientou que o Poder Judiciário, no processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável –

[41]Nas palavras da Excelsa Corte: "A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional" (STF, DJU, 11 abr. 2003, AgRg no RE 328.812-AM, rel. Min. Gilmar Mendes).

que tanto pode estar prevista no tratado internacional como se achar positivada no direito interno do Estado – deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana.

No que tange ao reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, assegurado pela Constituição de 1988 no *caput* do art. 231, a própria Lei Fundamental define que são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios "as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições" (CF, art. 231, § 1º).

Como se percebe, na sua definição autêntica do que são as terras tradicionais indígenas (CF, art. 231, § 1º), a Constituição não traz qualquer condicionante que faça referência ao tempo em que deve ser verificada a ocupação das terras pelos índios, mencionando apenas que tal ocupação indígenas pode ser caracterizada por sua habitação em caráter permanente, pela utilização para suas atividades produtivas, pela imprescindibilidade à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar ou pela necessidade para a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. A interpretação do que sejam terras tradicionalmente ocupadas, à luz do marco temporal de 1988, assim, constitui uma restrição indevida aos direitos originários que a Constituição reconhece aos índios, afrontando o princípio da máxima efetividade constitucional e, consequentemente, reprovando ao teste do princípio *pro homine*.

Por outro lado, a Constituição, no § 4º do mesmo art. 231, afirma que os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam são *imprescritíveis*, a revelar que o não exercício desses direitos em um determinado momento histórico – isto é, a não ocupação das terras na precisa data de 05.10.1988 – não retira das comunidades indígenas os direitos originários sobre as terras que ocupavam tradicionalmente em momento anterior, mas das quais foram expulsas, quando tais direitos já eram constitucionalmente reconhecidos. Noutras palavras, ao deslocar o marco temporal para a data da promulgação da Constituição de 1988, o STF retira os direitos originários dos índios sobre as terras por eles ocupadas, direitos esses que as Constituições anteriores, desde 1934, já reconheciam.

Também declara o § 4º do art. 231 da Constituição que as terras tradicionalmente ocupadas por índios são *inalienáveis* e *indisponíveis*. Dessa forma, a posse de não-índio sobre

terras indígenas não pode ser legitimada. A própria Constituição diz ser nula, sem nenhum efeito (CF, art. 231, § 6º).

O entendimento do STF sobre o marco temporal de ocupação, que, ao invés de reconhecer os direitos dos índios sobre as suas terras, tem sido utilizado para reconhecer tais direitos àqueles que foram responsáveis por expulsar os índios de suas terras ou aos atuais sucessores da cadeia dominial originada pelos usurpadores das terras, praticamente inutiliza os mencionados §§ 4º e 6º do art. 231, preceitos constitucionais de fundamental importância para as comunidades indígenas.

Nesse sentido, a fixação do marco temporal formulada pelo STF opõe-se ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais e, também por esse aspecto, não concretiza a norma mais favorável à proteção dos direitos fundamentais dos índios.

5. IMPLICAÇÕES DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *PRO PERSONA* NA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E O DIDH

No capítulo anterior, pudemos verificar que a fixação de um marco temporal específico para a identificação de terras indígenas, nos moldes assentados pelo Supremo Tribunal Federal no Caso Raposa Serra do Sol, não resiste a um teste de aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável sob diversos enfoques.

O presente capítulo objetiva analisar as implicações do reconhecimento e aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável na relação entre o Direito interno brasileiro e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, a fim de demonstrar que é possível e necessário que o STF promova uma mutação constitucional quanto ao tema, isto é, que faça uma releitura do art. 231, *caput* e § 1º, da Constituição, afastando a condicionante do marco temporal de 1988 como referencial único e insubstituível para o reconhecimento da ocupação indígena em terras que são reivindicadas como de ocupação tradicional.

5.1. A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO HIERÁRQUICO DAS NORMAS

A Constituição de 1967 não previa expressamente que os direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos incluíam-se entre os constitucionalmente protegidos. No art. 150, § 35, previa: "A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota."

A Constituição de 1988 inovou, ao prever, em seu texto original, que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil é parte (art. 5º, § 2º). Com base nesse dispositivo de nítida abertura constitucional[42], invocando a natureza de matéria eminentemente constitucional dos direitos humanos[43] e amparando-se no Direito comparado[44], grande parte da doutrina pátria

---

[42] Discorrendo sobre o art. 16 (1) da Constituição portuguesa, de teor semelhante ao § 2º do art. 5º da Constituição do Brasil, Jorge Miranda (1988, p. 153) apelida esse dispositivo de cláusula aberta ou de não tipicidade de direitos fundamentais, explicando que: "Não se depara, pois, no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a enumeração é uma enumeração aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de outros direitos ou, quanto a cada direito, através de novas faculdades para além daquelas que se encontram definidas ou especificadas em cada momento".

[43] Consoante J. J. Gomes Canotilho (1993, p. 68), "historicamente (na experiência constitucional), foram consideradas matérias constitucionais, *'par excellence'*, a organização do poder político (informada pelo princípio da divisão de poderes) e o catálogo dos direitos, liberdades e garantias". No mesmo sentido, Georges Burdeau (1995, p. 55), discorrendo sobre as declarações de direitos humanos, ressalta que: "Énoncer des droits, c'est donc aussi énoncer lês obligations des pouvoirs publics, ce qui relève bien de la constitution matérielle".

[44] A partir de um estudo de Direito Comparado, Antônio Augusto Cançado Trindade (1996, p. 19 e ss.) revela que há uma tendência recente de as Constituições dos Estados, sobretudo na América Latina, conferirem

passou a enxergar que o texto original da nossa Carta Política conferiu hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte. Nesse sentido, vozes de renome, como Antônio Augusto Cançado Trindade (1996, p. 21), sustentavam que:

> ... no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5º, § 2º e 5º, § 1º, da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.[45]

Todavia, a jurisprudência do STF insistia em equiparar todos os tratados internacionais, inclusive os de direitos humanos, à lei federal, na esteira do precedente firmado em 1977, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004. Não havia, pois, um entendimento pacífico acerca da hierarquia que os tratados de direitos humanos assumem ao serem incorporados ao ordenamento pátrio.

Através da Emenda Constitucional n° 45, de 08 de dezembro de 2004, o constituinte reformador acrescentou o § 3º ao artigo 5º da Constituição, dispondo que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (mesmo trâmite exigido para a aprovação de emendas constitucionais), serão equivalentes às emendas constitucionais. Os debates em torno do tema, porém, não terminaram.

Para alguns autores, o novo dispositivo veio tão-somente reforçar a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, possibilitando que os mesmos, além de materialmente constitucionais, passem também a ser formalmente constitucionais. Nesse sentido, defende Piovesan que:

> ... por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quorum* qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a "constitucionalização" formal dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno (2016, p. 142).

---

hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos. Informa que as Constituições da Guatemala de 1985 (art. 46), da Nicarágua de 1987 (art. 46), do Chile de 1989 (art. 5º, II) e da Argentina pós-reforma de 1994 (art. 75, inciso 22) integram as normas internacionais de direitos humanos ao direito interno em nível constitucional, e a Constituição da Colômbia de 1991 (art. 93) confere-lhes *status* até supraconstitucional. Da mesma forma, na Europa, a Lei Fundamental alemã de 1949 (art. 25) faz prevalecer as normas de direito internacional sobre a lei interna. Flávia Piovesan (2016, p. 156/157) complementa o rol de Estados que dispensam tratamento diferenciado aos tratados de direitos humanos, fazendo referência também à Constituição da Venezuela de 1999 (art. 23).

[45] No mesmo sentido, por exemplo, Valério Mazzuoli (2002, p. 240) e Dirley da Cunha (2013, p. 646).

Segundo Piovesan (2016, p. 152/156), o advento do § 3º do art. 5º da Constituição possibilitou o surgimento de duas categorias de tratados de direitos humanos no Brasil: os materialmente constitucionais (aprovados sem as formalidades de uma proposta de emenda à Constituição) e os material e formalmente constitucionais (aprovados com as formalidade de uma proposta de emenda à Constituição, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição). A diferença de regimes jurídicos entre essas duas categorias de tratados, na visão da autora, dá-se exclusivamente em relação à possibilidade de denúncia, que é o ato por meio do qual um Estado desvincula-se de um tratado. Nesse sentido, os tratados materialmente constitucionais são suscetíveis de denúncia, cujo processo deve ser democratizado, com a participação do Legislativo. Já os tratados aprovados nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição não poderiam ser denunciados, em razão da constitucionalização formal.

Para outros doutrinadores, contudo, o § 3º do art. 5º da Constituição, quando interpretado *a contrario sensu*, leva à conclusão de que os tratados internacionais que não foram aprovados seguindo o trâmite de uma emenda à Constituição não têm o *status* de norma constitucional. Nessa perspectiva, ilustres juristas, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, 124-126) e Luís Roberto Barroso (2013, p. 171-180), não enxergam a possibilidade de se reconhecer às normas de tratados de direitos humanos valor constitucional, senão quando incorporadas pelo trâmite de emenda constitucional.

Esse último ponto de vista, aliás, é o que predomina, atualmente, no Supremo Tribunal Federal. Apesar das balizadas vozes dos Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau defendendo a qualificação constitucional de todos os tratados de direitos humanos, a posição que prevaleceu (e ainda prevelece hoje), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343 (2008), foi a de atribuir hierarquia supralegal (mas infraconstitucional) aos tratados de direitos humanos incorporados sem as formalidades do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal (CICCO FILHO, 2013, p. 21-29; MARINONI, 2013, p. 58-64), reservando-se o *status* constitucional somente aos tratados de direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Nessa última ótica, dos tratados em que o Brasil é signatário, apenas a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoas com Deficiência com seu Protocolo Facultativo, promulgada pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, teria hierarquia de norma constitucional, pois nenhum outro seguiu o trâmite do § 3º do artigo 5º. É que a maioria dos tratados internacionais em que o Brasil é parte foram ratificados durante o período de redemocratização, após o fim do regime militar, antes, portanto, da vigência da Emenda

Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o referido § 3º ao art. 5º do texto constitucional. É o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), aprovada e promulgada em 1992, mesmo ano em que foram aprovados e promulgados o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais[46].

Do fato de a jurisprudência dominante no Brasil não reconhecer à maior parte dos tratados de direitos humanos o mesmo *status* da Constituição decorreria, em tese, a conclusão de que, havendo uma situação de incompatibilidade entre um tratado supralegal e a Constituição, esta haveria de prevalecer sempre, haja vista que o nosso ordenamento jurídico, seguindo a concepção kelseniana de um sistema dinâmico de normas positivadas hierarquicamente dispostas (KELSEN, 1990, p. 118-119 e 129-131)[47], funda-se na supremacia da Constituição. Noutras palavras, é a Constituição que confere validade às demais normas do ordenamento jurídico, e isso representa uma das expressões da soberania do Estado, posto que a Constituição deriva do poder fundador do Estado, o poder constituinte originário. Por esse raciocínio, a Constituição haveria sempre de predominar, pois, do

---

[46] Observa Piovesan (2016, p. 142) que "os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004 contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo, inclusive, o quórum dos três quintos dos membros em cada Casa. Todavia, não foram aprovados por dois turnos de votação, mas em um único turno de votação em cada Casa, uma vez que o procedimento de dois turnos não era tampouco previsto".

[47] Nas palavras de Kelsen (1990, p. 118): "O sistema de normas que chamamos de ordem jurídica é um sistema do tipo dinâmico. As normas jurídicas não são válidas por terem, elas próprias, ou a norma básica, um conteúdo cuja força de obrigatoriedade que seja auto-evidente. Elas não são válidas por causa de um atrativo que lhes é inerente. As normas jurídicas podem ter qualquer tipo de conteúdo. (...) A validade de uma norma jurídica não pode ser questionada a pretexto de seu conteúdo ser incompatível com algum valor moral ou político. Uma norma é uma norma jurídica válida em virtude de ter sido criada segundo um regra definida, e apenas em virtude disso. (...) O Direito é sempre Direito positivo, e sua positividade repousa no fato de ter sido criado e anulado por atos de seres humanos, sendo, desse modo, independente da moralidade e de sistemas similares de normas." Em outra passagem, explicando o pressuposto hierárquico do ordenamento jurídico que faz dele um sistema dinâmico, afirma que: "Como uma norma jurídica é válida por ser criada de um modo determinado por outra norma jurídica, esta é o fundamento de validade daquela. (...) A ordem jurídica, especialmente a ordem jurídica cuja personificação é o Estado, é, portanto, não um sistema de normas coordenadas entre si, que se acham por assim dizer, lado a lado, no mesmo nível, mas uma hierarquia de diferentes níveis de normas. A unidade dessas normas é constituída pelo fato de que a criação de uma norma – a inferior – é determinada por outra – a superior – cuja criação é determinada por outra ainda mais superior, e de que esse regressus é finalizado por uma norma fundamental, a mais superior, que, sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira, constitui a sua unidade" (KELSEN, 1990, p. 129). Para Kelsen, os ordenamentos jurídicos são sistemas dinâmicos, em contraposição aos ordenamentos morais, que são estáticos. Tomando essa distinção em conta, Bobbio (1999, p. 71-74) explica que, num sistema estático, "as normas estão relacionadas entre si no que se refere ao seu conteúdo". No dinâmico, por sua vez, "as normas que o compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, isto é, não através do seu conteúdo, mas através da autoridade que as colocou". Os sistemas dinâmicos se assentam sobre o pressuposto de uma hierarquia de normas, posto que "as normas que o compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder". Num sistema desse gênero, "uma autoridade inferior deriva de uma autoridade superior". A relação entre as normas não é material, mas formal. As normas encontram sua validade (pertencimento ao ordenamento) no fato de respeitarem normas emanadas de autoridades superiores.

contrário, "o princípio mesmo da ordem hierárquica das normas seria tornado vão, porque a norma superior perderia o poder, que lhe é próprio, de não ser ab-rogada pelas normas inferiores" (BOBBIO, 1999, p. 107-108).

Ocorre que, apesar de as normas de proteção dos direitos humanos fazerem parte do ordenamento jurídico pátrio, não há como lhes atribuir a característica de um sistema dinâmico, pois, conforme já ressaltado anteriormente, os direitos humanos não encontram fundamento na autoridade estatal ou supranacional que os reconhece, mas, sim, na autoridade do conteúdo que prescrevem. O próprio reconhecimento dos valores que enunciam implica no seu reconhecimento social, na sua aceitação e institucionalização. Assim, compõem um sistema jurídico em evolução, que não pode ser completamente compreendido em termos de si mesmo (SHAW, 2008, p. 267)[48]. Seu fundamento encontra-se na aceitação geral de que todo indivíduo tem direitos que precisam ser respeitados e protegidos pelos Estados. Noutras palavras, conforme ensina Fábio Konder Comparato (2007, p. 60), seu fundamento:

> ... só pode ser a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade internacional de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal ou em documentos normativos internacionais.

Por tal razão, o princípio hierárquico cede lugar ao da primazia da norma mais favorável na solução de casos em que haja incompatibilidades aparentes entre normas de direitos humanos previstas na Constituição e nos tratados internacionais. Nesse sentido, anota Comparato que, "na hipótese de conflito entre normas internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico" (2007, p. 62).

O reconhecimento e a utilização do princípio da primazia da norma mais favorável, portanto, permite que se afaste a aplicação indiscriminada da teoria escalonada do ordenamento jurídico – segundo a qual uma norma é válida se for compatível com a norma hierarquicamente superior, não cabendo ao intérprete valorar a norma, mas apenas verificar a sua compatibilidade com a norma superior – e flexibiliza o princípio hierárquico das normas,

---

[48] Esclarece Malcolm N. Shaw (2008, p. 267) que "modern rights theories cover a wide range of approaches, and this clearly emphasises the need to come to terms with the requirementes of an evolving legal system that cannot be totally comprehended in terms of that system itself". Nesse sentido, Ronald Dworkin (2007, p. 185 e ss.) enfatiza que o Direito possui, ao lado da legalidade e da faticidade, um terceiro componente axiológico em sua estrutura, que sempre envolve o conjunto de preceitos morais que lhe servem de fundamento e aos quais devem coerência.

pois recomenda a aplicação de uma norma não em razão da hierarquia que ocupa no ordenamento jurídico, mas em virtude do seu conteúdo, isto é, do que ela prescreve.

.

5.2. FORTALECIMENTO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E DE CONSTITUCIONALIDADE: DIÁLOGO ENTRE CORTES E CONCEPÇÃO AMPLA DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE n. 466.343, em 2008, ao conferir aos tratados de direitos humanos uma hierarquia especial e privilegiada (supralegal) no sistema jurídico brasileiro, impulsionou o controle de convencionalidade das leis no Brasil e, consequentemente, a incorporação de parâmetros protetivos internacionais no âmbito doméstico. De fato, estando os tratados internacionais em um plano hierárquico superior ao das leis domésticas, o intérprete deve aferir se estas guardam compatibilidade com aqueles. Esse processo através do qual o órgão jurisdicional, interno ou internacional, afere a compatibilidade das leis internas com os tratados internacionais e com o significado que a eles atribuem seus intérpretes autênticos, conformando-as, se necessário, aos compromissos assumidos pelo Estado no plano internacional, chama-se controle de convencionalidade, em analogia ao processo de verificação da validade das leis perante a Constituição, denominado controle de constitucionalidade.

Constitui o principal mecanismo de tutela dos direitos humanos consagrados em tratados internacionais. Por isso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na sentença proferida no Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006), ressaltou o dever de os juízes exercerem-no, explicando, muito didaticamente, o porquê e a forma do controle de convencionalidade, ao assentar que:

> A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de "controle de convencionalidade" entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo. (parágrafo 124)[49]

[49] No mesmo sentido, em seu Voto Concordante no Caso A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos e outros) Vs. Chile, o juiz Cançado Trindade, invocando entendimento também esposado no Caso El Amparo (Interpretação de Sentença, 1997), asseverou que: "A Convenção Americana, juntamente com outros tratados de

A partir do advento do controle de convencionalidade no Brasil, as leis internas devem passar, portanto, por um duplo controle, eis que precisam obedecer tanto à Constituição como também às disposições dos tratados de direitos humanos; precisam guardar conformidade tanto com a jurisprudência do STF, guardião da Constituição, como também com a jurisprudência dos órgãos internacionais incumbidos de fazer a interpretação autêntica dos tratados de direitos humanos (RAMOS, 2016, p. 355/356).

No exercício desse duplo controle, o princípio da primazia da norma mais favorável permite o fortalecimento tanto do controle de constitucionalidade como do controle de convencionalidade. É que a possibilidade de (re)leitura da Constituição a partir dos tratados de direitos humanos – ou vice-versa, a depender de qual seja a norma mais protetiva no caso concreto – estimula o "diálogo" que necessariamente deve haver entre essas fontes e também entre os órgãos incumbidos de sua interpretação. E, como explica Mazzuoli, nesse diálogo de fontes, Constituição e tratados não se excluem, mas "se unem para servir de obstáculo à produção normativa doméstica infraconstitucional que viole os preceitos da Constituição ou dos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte" (2010, p. 214).

O diálogo, como se disse, não é só entre os instrumentos normativos, mas também entre os órgãos incumbidos de sua interpretação. Os tribunais domésticos devem utilizar não só o catálogo de direitos humanos internacionais, mas especialmente a interpretação internacionalista, dando sentido à adesão brasileira a esses tratados internacionais de diretos humanos. Nesse sentido, ao proferir seu voto no julgamento da ADI 5.240/SP (2015), o ilustre Ministro Roberto Barroso salientou que:

> Não tenho dúvida de que compete, Presidente, ao Supremo Tribunal Federal definir o que vale internamente no Brasil. Porém, essa definição, no mundo contemporâneo, é feita em um diálogo institucional com as Cortes internacionais, não apenas a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cujo sistema nós pertencemos, como todas as Cortes internacionais de Direitos Humanos.
> Portanto, penso - até li um trabalho recentemente do Professor Daniel Sarmento sobre esse ponto - que a questão não é propriamente de hierarquização, e sim de diálogos institucionais em busca do melhor argumento e da melhor forma de se defenderem os Direitos Humanos. E o entendimento que tem prevalecido no Direito

---

direitos humanos, 'foram concebidos e adotados com base na premissa de que os ordenamentos jurídicos internos devem se harmonizar às disposições convencionais, e não vice-versa' (par. 13). Finalmente, adverti: 'não se pode legitimamente esperar que estas disposições convencionais se 'adaptem' ou se subordinem às soluções de Direito Constitucional ou de direito público interno, que variam de país a país (...). A Convenção Americana, além de outros tratados de direitos humanos, buscam, a contrario sensu, ter no direito interno dos Estados Partes o efeito de aperfeiçoá-lo, para maximizar a proteção dos direitos consagrados, acarretando, neste propósito, sempre que necessário, a revisão ou anulação de leis nacionais (...) que não se conformem com seus padrões de proteção' (parágrafo 14)."

> europeu é o de que não há propriamente hierarquia, mas deve prevalecer a cláusula que proteja mais adequadamente os direitos...

Esse comportamento, denominado pela doutrina de "diálogo das Cortes" (RAMOS, 2009, p. 805/850), ainda que incipiente no Brasil, já foi percebido, quando do enfrentamento do tema relacionado à exigência de diploma de curso superior ou de registro profissional obrigatório para o exercício da profissão de jornalista.

A questão já fora objeto do Parecer Consultivo n. 5/1985 da Corte Interamericana, solicitado pelo Estado da Costa Rica. No caso, a CIDH, no exercício de sua competência consultiva, afirmou que a exigência do registro profissional obrigatório de jornalistas, na medida em que impede o acesso de qualquer pessoa ao uso pleno dos meios de comunicação social como veículo para se expressar ou para transmitir informação, é incompatível com o art. 13 da CADH, que dispõe sobre a liberdade de pensamento e expressão.

Em 2009, a matéria foi enfrentada pelo STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 511.961, de relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Na ocasião, o STF fez referência expressa ao entendimento da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para concluir pela declaração da não-recepção do artigo 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972/1969, por considerar que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão.

Essa interação entre os órgãos incumbidos de interpretar os direitos humanos é importantíssima para o aprimoramento e a harmonia do sistema de proteção, na medida em que possibilita a construção de soluções dialógicas por meio das quais as Cortes consideram, nas suas decisões, os precedentes umas das outras, com vistas à construção da norma de decisão mais favorável no caso concreto. Nesse aspecto, é fundamental que, quando a Corte Constitucional venha a adotar decisões que envolvam direitos humanos, faça referência ao entendimento da Corte Internacional. Igualmente, a Corte Internacional, ao julgar seus casos, deve considerar as decisões das Cortes Constitucionais. Em ambos os casos, havendo uma ruptura ao entendimento anterior da outra Corte, é preciso que haja um esforço argumentativo para convencer a sociedade de que a nova solução constitui uma norma de decisão mais favorável à proteção dos direitos humanos, em especial sob a ótica dos indivíduos e grupos sociais mais vulneráveis a violações.

Esse comportamento, contudo, nem sempre acontece. Não foi verificado, por exemplo, no julgamento da ADPF 153 (2010), quando o STF declarou a constitucionalidade da Lei n. 6.683/1979 e afirmou que a anistia por ela concedida foi ampla, geral e irrestrita,

desconsiderando a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sedimentada no sentido de que as leis de autoanistia ofendem a Convenção Americana de Direitos Humanos, por não garantir às vítimas o direito à completa investigação, persecução e punição criminal dos agentes responsáveis por graves violações de direitos humanos.

Na ADPF n. 153, julgada em 28 de abril de 2010, o STF desconsiderou os procedentes internacionais e, mais especificamente, interamericanos, omitindo-se em realizar o controle de convencionalidade da Lei de Anistia à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos, o que acabou por ensejar, poucos meses depois, a condenação do Estado brasileiro perante a CIDH, no Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil (2010), no sentido de exigir que fosse feita completa investigação, persecução e punição criminal dos agentes estatais responsáveis pelos homicídios ocorridos na chamada Guerrilha do Araguaia, durante a ditadura militar, desconsiderando, portanto, a anistia para tais indivíduos.

Não há incompatibilidade entre as decisões – em que pese a situação de desconforto gerada em razão da omissão do STF, com a perda de eficácia de parte de sua própria decisão proferida na ADPF 153 e a responsabilização internacional do Estado brasileiro – tendo em vista que a Lei de Anistia passou pelo controle de constitucionalidade realizado pelo STF, mas não pelo de convencionalidade realizado pela CIDH, motivo por que não pode produzir efeitos no que for incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos[50].

Além de estimular o diálogo entre cortes de direitos humanos, a aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável corrobora para o fortalecimento do controle de convencionalidade e para o controle de constitucionalidade, na medida em que permite a adoção de uma concepção ampla do bloco de constitucionalidade (parâmetro de validade para as demais normas do sistema jurídico).

---

[50] Nesse sentido, a Procuradoria Geral da República, na manifestação que apresentou na ADPF 320, salientou que: "(...) o objeto desta ADPF não é igual àquele decidido na ADPF 153. Ali, declarou-se a constitucionalidade da lei que concedeu anistia (...). Aqui, trata-se do controle dos efeitos da Lei 6.683/1979 em decorrência de decisão judicial vinculante da Corte IDH, superveniente ao julgamento da ADPF 153, com declaração de ineficácia parcial da lei nacional. (...) Na presente ADPF não se cogita de reinterpretar a Lei da Anistia nem de lhe discutir a constitucionalidade (tema submetido a essa Suprema Corte na ADPF 153), mas de estabelecer os marcos do diálogo entre a jurisdição internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos (plenamente aplicável à República Federativa do Brasil, que a ela se submeteu de forma voluntária, soberana e válida) e a jurisdição do Poder Judiciário brasileiro. (...) como observou ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, não existe conflito entre a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153 e a da Corte Interamericana no caso GOMES LUND. O que há é exercício do sistema de duplo controle, adotado em nosso país como decorrência da Constituição da República e da integração à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: o controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional. Qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil."
Na ADPF 153, o STF efetuou controle de constitucionalidade da Lei 6.683/1979, mas não se pronunciou a respeito da compatibilidade da causa de exclusão de punibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro.

Sobre o tema, afirma Ramos (2016, p. 329) que, no seu entender, a redação originária da Constituição de 1988 adotou o conceito de um bloco de constitucionalidade amplo, ao dotar os tratados de direitos humanos de estatuto equivalente à norma constitucional, de acordo com o artigo 5º, § 2º. Reconhece, todavia, que a sua posição é minoritária até o momento. Assim, noticia que a concepção que prevalece atualmente é a de um bloco de constitucionalidade restrito, que só abarca os tratados aprovados pelo rito especial do artigo 5º, § 3º, introduzido pela EC n. 45/2004.

Pela adoção do princípio da primazia da norma mais favorável, a concepção do bloco de constitucionalidade é ampliada, abarcando não só os direitos formalmente constitucionais, como também todos os direitos materialmente constitucionais (ainda que formalmente supralegais), pois a Constituição deve ser (re)interpretada à luz de todo esse conjunto de direitos, com vistas a garantir a leitura mais vantajosa à proteção do ser humano.

Nesse sentido, não há como o Poder Judiciário proferir decisões que deixem de aplicar normas mais benéficas de proteção de direitos humanos, previstas em tratados internacionais, sob o argumento de que tais instrumentos normativos possuem status supralegal, mas não constitucional. Uma decisão nesses termos malferiria o princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, CF), do qual o princípio da primazia da norma mais favorável é corolário.

Dessa forma, a adoção do princípio da primazia da norma mais favorável esvazia a crítica segundo a qual a adoção da teoria da supralegalidade teria restringido o bloco de constitucionalidade no Brasil. Como consequência disso, tem-se também uma resposta ao problema, apontado por alguns autores, de que a não atribuição de um *status* constitucional a todos os tratados de direitos humanos ter-lhes-ia reduzido o *enforcement* (garantia de cumprimento desses tratados internacionais na jurisdição brasileira), excluindo a possibilidade de que o controle de convencionalidade seja realizado de modo abstrato ou concentrado.

Na visão de Valério Mazzuoli, por exemplo, os tratados de direitos humanos não internalizados pela maioria qualificada só podem ser paradigma do controle difuso de convencionalidade, pois, para haver "o controle pela via de ação (controle 'concentrado') devem os tratados de direitos humanos ser aprovados pela sistemática do art. 5º, § 3º, da Constituição" (2013, p. 411).

Sobre essa questão, Yulgan Lira afirma que "não se pode utilizar de uma ação do controle concentrado de constitucionalidade para tutelar o direito supralegal, pois estas normas não são formalmente constitucionais, portanto não constituem parâmetro de controle

abstrato" (2016, p. 85) e propõe que o controle de convencionalidade em abstrato seja feito através da tutela coletiva da ação civil pública, porque:

> a ação civil pública desponta como principal espécie processual capaz de tutelar o direito supralegal advindo dos TIDH, pois é cabível em face de qualquer dano transindividual, além de que o dano social provocado pela não aplicação do tratado representa a possibilidade de controle de convencionalidade-supralegalidade em molde similar ao controle de constitucionalidade de via direta, eis que a coisa julgada coletiva/convencional possui eficácia *erga omnes*, o que seria o mesmo que dizer que a decisão que corrobora a superioridade do TIDH frente à lei torna sem efeitos o dispositivo legal em todo o território brasileiro. (2016, p. 191)

A criativa solução pode ser questionada, pois a jurisprudência do STF firmou-se no sentido de ser inviável a utilização de "ação civil pública em que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* não é posta como causa de pedir, mas, sim, como o próprio objeto do pedido", pois tal hipótese configura "hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade de leis federais, da privativa competência originária do Supremo Tribunal" (Rcl 2224, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2005). Pode-se argumentar que a proibição do manejo da ação civil pública para controle abstrato da validade de atos normativos não alcançaria a possibilidade de controle de convencionalidade, já que, em relação a este, a Constituição não confere, expressamente, competência originária privativa do STF, como o faz em relação ao controle de constitucionalidade (art. 102, I, "a", CF).

Contudo, tal solução só seria necessária se, realmente, não fosse possível a realização de controle de convencionalidade em sede de ADI, ADC ou ADPF, o que não é o caso. A *praxis* da Suprema Corte tem demonstrado ser, sim, possível a realização de controle de convencionalidade na via direta, ainda que essa via não seja desencadeada com fundamento em dispositivo convencional.

Tome-se, por exemplo, a ADI 5.240 (2015). Na hipótese, a Associação de Delegados de Polícia do Brasil impugnava o Provimento Conjunto 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que disciplinou as audiências de custódia no âmbito daquele tribunal. Alegava que tal ato normativo violaria os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal, já que o regramento da audiência de custódia, por ter natureza jurídica de norma processual, dependeria da edição de lei federal.

Para a Excelsa Corte, o ato normativo impugnado não violou os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal, pois o Provimento Conjunto 03/2015 teria apenas explicitado conteúdo normativo já existente em diversas normas do Código de Processo Penal – recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei federal de conteúdo processual – e

da Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que, no artigo 7º, item 5, prevê a audiência de apresentação e é reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como norma de *status* jurídico supralegal. Afora isso, o Provimento Conjunto 03/2015, noutros artigos, teria tão somente organizado o funcionamento dos seus órgãos judiciários, estritamente dentro da esfera de atribuições inerente à sua autogestão, assegurada pelo artigo 96, inciso I, alínea "a", da Carta Política, sem qualquer ofensa à reserva legal, à competência legiferante privativa da União ou a qualquer disposição material do texto constitucional.

Ademais, assinalou o STF, acolhendo o voto da lavra do Min. Luiz Fux, que a própria Constituição e o Código de Processo Penal precisavam ser relidos à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos, no que tange ao instituto do *habeas corpus*, com vistas a incorporar, necessariamente, a audiência de apresentação (audiência de custódia) como momento de deflagração do rito procedimental do remédio heróico perante o juízo de primeiro grau.

Em voto acompanhando o posicionamento do relator, o saudoso Ministro Teori Zavascki expressou, claramente, seu entendimento acerca da possibilidade de o STF exercer o controle de convencionalidade em sede de ADI. Na oportunidade, afirmou que:

> (...) mesmo que seja considerada, como reza a jurisprudência do Supremo, uma norma de hierarquia supralegal (e não constitucional), penso que o controle - que se poderia encartar no sistema de controle da convencionalidade - deve ser exercido para aferir a compatibilidade da relação entre uma norma supralegal e uma norma legal. E o exercício desse controle só pode ser da competência do Supremo Tribunal Federal. De modo que não vejo nenhuma dificuldade em exercer esse controle de convencionalidade no caso concreto.

No mesmo julgamento, o Ministro Gilmar Mendes, reforçando a possibilidade de a norma constitucional densificada pela norma internacional de direitos humanos ser parâmetro de constitucionalidade em sede abstrata, apresentou a tese de que está encartada, dentro da cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), a apresentação imediata do preso perante a autoridade judiciária (art. 7º, item 5, da CADH). Sintetizou o seu voto afirmando que se deve ler a cláusula do devido processo legal com o conteúdo que lhe empresta o texto da Convenção Americana, que determina que o preso seja imediatamente apresentado ao juiz.

No caso, a ação direta de inconstitucionalidade foi "parcialmente conhecida e, nessa parte, julgada improcedente, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país" (ADI 5240, Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015)

Como se percebe, portanto, na ADI 5.240/SP, o STF exerceu não só controle de constitucionalidade, mas também controle de convencionalidade abstrato sobre um ato normativo. A Convenção Americana de Direitos Humanos (com *status* supralegal) serviu de fundamento, ainda que indireto, para a declaração de compatibilidade do Provimento Conjunto 03/2015 com a Constituição.

Também na ADPF 320, ainda em curso no STF, a Convenção Americana de Direitos Humanos, a partir da interpretação que sobre ela fez a CIDH no Caso *Gomes Lund*, é objeto de análise e causa de pedido em sede de controle concentrado pela Suprema Corte.

Nada obsta, portanto, que o cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos seja garantido através do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, com aptidão para produzir efeitos *erga* omnes, pois, como dito anteriormente, em função do princípio da primazia da norma mais favorável, a própria Constituição pode ser reinterpretada à luz dos tratados de direitos humanos – ou vice-versa, a depender de qual seja a norma mais protetiva no caso concreto.

Corroborando o que se afirma, Antônio Moreira Maues (2013), comentando a decisão proferida pelo STF no RE 466.343 (2008), afirma que a adoção da tese da supralegalidade, aparentemente, impediu que os tratados de direitos humanos possam servir de parâmetro de controle de constitucionalidade, o que seria possível, caso se lhes fosse atribuída a estatura constitucional. Porém ressalta que um exame mais cuidadoso dos fundamentos da decisão do STF demonstra que existe muita proximidade entre as duas teses, pois, ao decidir os casos que envolviam a prisão do depositário infiel, o STF não apenas interpretou a legislação infraconstitucional de maneira a compatibilizá-la com a CADH, mas interpretou a própria Constituição com base nesse tratado. A disposição constitucional que prevê a prisão do depositário infiel teve sua força normativa esvaziada, o que permite afirmar que o STF reinterpretou a Constituição.

Para o referido autor, pois, a decisão do Supremo naquele caso do depositário infiel evidencia que, "apesar das diferenças entre a tese da constitucionalidade e a da supralegalidade, ambas as hipóteses abrem a possibilidade de que a Constituição – e não apenas as leis infraconstitucionais – seja interpretada de maneira compatível com os tratados internacionais de direitos humanos" (MAUÉS, 2013).

Desse modo, o princípio *pro persona* tanto é compatível com o *status* supralegal dos tratados de direitos humanos que não foram incorporados ao ordenamento jurídico pátrio seguindo a tramitação de uma emenda constitucional, como também serve para suprir a crítica de que tal *status* reduziria o grau de *enforcement* das normas previstas nesses instrumentos

internacionais, em razão da ausência de mecanismos de controle abstrato ou concentrado destinados à declaração de nulidade dos atos normativos com eles incompatíves, visto que permite que tais atos sejam controlados a partir dos mecanismos próprios do controle de constitucionalidade, na medida em que a Constituição seja (re)lida à luz dos tratados internacionais.

5.3. NECESSIDADE DE MUTAÇÃO DO ART. 231, *CAPUT* E § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Ao permitir que um determinado caso seja solucionado pela criação/aplicação de uma norma independentemente da hierarquia que ocupa no ordenamento jurídico, mas em função do seu conteúdo mais protetivo, o princípio da primazia da norma mais favorável possibilita a (re)leitura da própria Constituição a partir dos tratados de direitos humanos – ou vice-versa, a depender de qual seja a norma mais protetiva no caso concreto – a exemplo do que ocorreu no julgamento do RE 466343 (2008), em que o Supremo Tribunal Federal interpretou o art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), para reconhecer como ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. O acórdão proferido pelo Tribunal Pleno do STF, naquele julgamento, restou assim ementado:

> EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. **Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**. Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (grifo nosso)

O fato de, no julgamento desse paradigmático Recurso Extraordinário nº 466.343 (2008), o Supremo Tribunal Federal ter firmado o entendimento de que os tratados de direitos humanos não incorporados com os trâmites de uma emenda constitucional possuem *status* supralegal (mas infraconstitucional), não altera a conclusão acima, visto que a hierarquia dos diplomas normativos torna-se uma questão de somenos importância, diante do princípio da primazia da norma mais favorável. Independentemente do *status* formal de que gozam, os tratados internacionais de direitos humanos são considerados na interpretação da Constituição.

Ao reler a Constituição à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos, conferindo-lhe novo sentido, o STF está, na verdade, a alterar a Lei Fundamental, posto que, no poder de interpretá-la, "reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a

interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que a Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la" (STF, MS 26603, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007).

Mais que uma possibilidade, a mudança de sentido da Constituição, com vistas à conferir-lhe uma interpretação em consonância com os *standards* de proteção já estabelecidos no sistema internacional de direitos humanos, constitui uma necessidade, na medida em que tais padrões revelem-se autênticos e conectados com a realidade local e em que o argumento utilizado e a sua legitimidade – ou seja, o eco produzido na sociedade acadêmica, judicial e leiga – produzirem os efeitos necessários a tal construção e ressignificação do Direito.

No atual estágio de constitucionalismo globalizado, o programa normativo constitucional não se reduz ao texto da Constituição, mas engloba, também, todas as normas e princípios que densificam a Lei Fundamental, a exemplo do bloco de constitucionalidade formado pelos direitos humanos reconhecidos no plano internacional através de tratados do qual o Estado é parte. Nesse sentido, ensina Canotilho (1993, p. 982) que:

> O programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao 'texto' da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o 'bloco de constitucionalidade' a princípios não escritos, mais ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas.

No caso específico brasileiro, os direitos humanos reconhecidos em tratados dos quais o Brasil é signatário densificam o bloco de constitucionalidade por expressa previsão do § 2º do art. 5º da Constituição. Nesse contexto, à medida que um determinado nível de proteção atinge um grau de consenso tal a ponto de ser reconhecido pelos instrumentos normativos internacionais e pelos órgãos incumbidos de sua interpretação, não há como manter o sentido da Constituição incólume, pois a alteração das relações fático-jurídicas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição, sem que necessariamente haja alteração do seu texto, ante a permanente necessidade de adequação dialética entre o programa normativo (texto da norma) constitucional e o seu âmbito normativo (realidade normativada).

A internacionalização dos direitos humanos e a participação do Estado brasileiro nesse processo pressupõem a observância dos parâmetros internacionais, eis que a adoção do princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, CF), a reger o Brasil no âmbito internacional, "não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de

norma vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica brasileira" (PIOVESAN, 2016, p. 110). Integração que só estará plenamente efetivada após processados, na ótica local, os preceitos e fundamentos concebidos na ótica global.

Esse constante processo de ressignificação é indispensável para a plena adequação de padrões de proteção de direitos humanos e para a possível constatação de que tais direitos não são universais simplesmente porque são globais, mas porque são também locais e legítimos.

Aliás, o comportamento de não respeitar os parâmetros mínimos de proteção ao direitos humanos estabelecidos nos sistemas internacionais de proteção gera para o Estado a responsabilidade internacional, que pode decorrer de atos ou omissões de quaisquer dos Poderes, independentemente de sua hierarquia e mesmo que o fato violador provenha de norma constitucional[51]. Além disso, cumpre enfatizar que a aplicação dos parâmetros internacionais deve ter em conta não só os tratados, mas também a interpretação que deles fazem as cortes internacionais e os órgãos de monitoramento[52].

Cumpre assinalar, no entanto, que a mutação constitucional não pode subverter o texto da Constituição. Precisa ser confirmada na própria Constituição, ainda que através da remissão a direitos nela não expressamente previstos (conforme art. 5º, § 2º, da Constituição Federal), sob pena de configurar indesejável rompimento constitucional.

Noutras palavras, a mutação constitucional, que constitui um fenômeno destinado a preservar a força normativa da Constituição[53], não pode fugir aos limites de sentido

---

[51] Caso A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, de 05/02/2001, em que ficou assentado que o Chile deveria "adequar suas normas constitucionais e legais aos *standards* de liberdade de expressão consagrados na Convenção Americana" (parágrafo 103.4).

[52] No Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentenciado em 26/09/2006, ficou assentado que, quando um Estado ratifica um tratado internacional, como uma Convenção, "seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão a ela submetidos" e, portanto, "o Poder Judicial deve ter em conta não só o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tenha realizado a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana" (parágrafo 124).

[53] Grande parcela da eficácia da Constituição (eficácia não só no sentido da aptidão de produzir efeitos jurídicos, mas também no de observância da norma no meio social a que se destina, de obediência pelos destinatários, a que se pode denominar eficácia social ou efetividade) depende das condições impostas pela realidade subjacente, mas ela não deixa de ter a capacidade própria de motivar e ordenar a vida do Estado para a realização de suas prescrições – ao que se chama sua força normativa. Essa concepção – que se contrapõe à tese apresentada, em 1862, por Ferdinand Lassalle, no sentido de que a Constituição escrita não passa de um pedaço de papel que terá de sucumbir diante dos fatores reais do poder dominantes no país, os quais comporiam, esses sim, a sua Constituição real – foi apresentada, em 1959, por Konrad Hesse, no trabalho intitulado "Die normative Kraft der Verfassung", em que assinalou: "... a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir

estabelecidos na proposição constitucional ou desviar-lhe a finalidade, muito menos inverter-lhe a compreensão, sob pena de acarretar o efeito inverso, sacrificando sua força normativa. Assim, se a mudança das condições fático-jurídicas impede a realização de uma proposição constitucional, o melhor caminho a ser tomado é a sua revisão. Do contrário, ter-se-ia a superação da própria norma em sua tensão com a realidade, e não a sua efetividade (PEREIRA, 2013, p. 173).

Por tal razão, diante de uma incompatibilidade expressa entre a Constituição e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, em que a Constituição traga disposição literal que contradiga uma norma internacional mais favorável à proteção do ser humano, melhor que impor uma interpretação *contra legem*, é proceder à reforma do texto constitucional com vistas à sua compatibilização com os parâmetros protetivos internacionais. Nesse sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe que:

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

Para ilustrar o que se afirma, no Caso A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, sentenciado em 05/02/2001, diante da possibilidade expressa e literal de censura prévia na exibição e publicidade da produção cinematográfica, prevista no art. 19, inc. XII, da Constituição Política do Chile de 1980, e da impossibilidade de uma inversão de sentido do dispositivo, em razão das fronteiras impostas pelo texto normativo constitucional, a CIDH determinou ao Chile que alterasse o texto da sua Constituição, a fim de compatibilizá-la com os *standards* de liberdade de expressão consagrados na Convenção Americana. Na hipótese, houvera a proibição de exibição do filme "A Última Tentação de Cristo", de Martin Scorsese, no país, e a censura à exibição cinematográfica foi confirmada pela Corte Suprema do Chile, com fundamento na sua Constituição. Submetido o caso à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, esta declarou que o Estado violou o direito à liberdade de pensamento e expressão (art. 13 da Convenção Americana) e decidiu que o Chile deveria modificar seu ordenamento jurídico interno, de modo a vedar a censura prévia na exibição e publicidade da produção cinematográfica.

---

como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. (...) A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia." (HESSE, 1991, p. 15/16).

No julgamento do Caso Raposa Serra do Sol (2009), ao estabelecer o parâmetro do marco temporal para a demarcação de terras indígenas, o Supremo Tribunal Federal afirmou que "a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam". Para chegar a tal conclusão, argumentou-se que o verbo ocupar foi conjugado no tempo presente pela Constituição, quando reconheceu aos índios "os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente *ocupam*" (art. 231, *caput*). É o que se percebe do voto do Relator, Ministro Ayres Britto, quando salientou: "Terras que tradicionalmente **ocupam**, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988." (grifo do original).

Deveras, afora esse, não há qualquer outro indicativo explícito ou implícito de que a Constituição trabalha com essa data como referencial único para o reconhecimento dos direitos dos índios às suas terras. Pelo contrário, analisando os dispositivos constitucionais relacionados ao tema, é possível chegar a solução completamente oposta. Estabelece o art. 231, *caput*, que: "São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.". Ora, se são "reconhecidos" (e não conferidos ou constituídos) os direitos "originários" (e não transitórios ou posteriores) dos índios às terras que tradicionalmente ocupam, é porque esses direitos já existiam, consoante a própria Constituição de 1988, antes da sua promulgação.

Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal decidiu que "os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente 'reconhecidos', e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva" (Pet 3.388, item 12), denotando, portanto, o reconhecimento de uma situação jurídica ativa preexistente, qual seja, a titularidade de direitos "originários" dos índios às suas terras tradicionais, direitos esses mais antigos que quaisquer outros, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios, os quais a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF).

Conforme já salientado anteriormente, esses direitos já existiam, no ordenamento pátrio, desde o período colonial, e tinham reconhecimento em patamar constitucional desde

1934, sendo previstos e aperfeiçoados em todas as Constituições subsequentes, até a atual Constituição Cidadã.

A própria significação do termo "marco" demonstra a inadequação do uso da data da promulgação da Constituição de 1988 como marco temporal para o reconhecimento dos direitos dos índios às suas terras. É que o termo "marco", em sentido temporal, marca limites históricos, ou seja, marca quando se inicia uma situação nova na evolução de algo, o que não se verifica em relação à Constituição de 1988 quanto aos direitos dos índios em relação às terras por eles tradicionalmente ocupadas (SILVA, 2016, p. 9).

Nesse sentido, pode-se considerar um marco temporal do reconhecimento jurídico-formal dos direitos dos índios sobre as terras que ocupam a Carta Régia de 30 de julho de 1611, promulgada por Felipe III, porque foi o documento que deu início ao tratamento jurídico dos direitos dos índios sobre suas terras no Brasil[54], ou a Constituição de 1934, que, pela primeira vez, alçou aqueles direitos ao patamar constitucional com a supremacia que lhe é própria. Mas não a Constituição de 1988, que, apesar de ter acrescentado o reconhecimento de outros direitos aos índios, apenas deu continuidade à consagração – já prevista nas Constituições anteriores – dos seus direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. O sistema constitucional brasileiro deu essa proteção continuadamente. Romper essa continuidade significa abrir brechas para a usurpação dos direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, como provam decisões como as que foram prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, em 2014, nos já mencionados casos julgados no RMS 29.087 e no ARE 803.462 AgR.

Por tais razões, e também para evitar que comunidades indígenas continuem sendo, desnecessária e desproporcionalmente, aviltadas em direitos básicos como o direito à existência digna e à preservação da sua identidade e do seu patrimônio cultural, intimamente ligados com a sua relação com as terras que tradicionalmente ocupam; para compatibilizar a práxis constitucional brasileira ao entendimento da CIDH segundo o qual, enquanto o vínculo espiritual e material da identidade dos povos indígenas continuar existente em relação às suas terras tradicionais, subsiste o direito desses povos à recuperação de suas terras; para garantir que as disposições dos §§ 4º e 6º do art. 231 da Constituição não sejam inutilizados, mas, pelo contrário, para que deles se possa extrair a sua máxima efetividade; enfim, para concretizar

[54] José Afonso da Silva, no parecer anteriormente citado, revela que a Carta Régia de 30 de julho de 1961 continha a seguinte previsão: "os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer moléstia ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitanias e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando eles livremente o quiserem fazer".

normas de decisões mais favoráveis à proteção dos direitos humanos dos índios, faz-se necessário uma mutação constitucional do art. 231, *caput* e § 1º, da Constituição, afastando a condicionante do marco temporal de 1988 como referencial único e insubstituível para o reconhecimento da ocupação indígena em terras que são reivindicadas como de ocupação tradicional, isto é, afastando a exigência de que os índios estivessem efetivamente ocupando uma determinada área na exata data de 05 de outubro de 1988 para que possa se aferir a tradicionalidade ou não dessa área.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de tudo o que foi exposto ao longo do trabalho, concluímos que a fixação da data da promulgação da Constituição Federal (05.10.1988) como referencial temporal único e insubstituível para verificação da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios não resiste a um teste de aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável em direitos humanos.

Segundo esse princípio, o aplicador do direito deve, diante da pluralidade de diplomas normativos e interpretações sobre os mesmos, buscar a solução que estabeleça o maior grau de proteção do ser humano no caso concreto, proibindo, consequentemente, que um *standard* de proteção já alcançado no plano interno ou internacional diminua.

De início, é fundamental compreender que, pela própria natureza contramajoritária dos direitos humanos, o princípio da primazia da norma mais favorável deve ser aplicado em prol das vítimas de violações, como têm sido as comunidade indígenas brasileiras ao longo da nossa história.

Contudo, a adoção da tese do marco temporal de 1988 representou mais um retrocesso aos parâmetros de proteção dos direitos indígenas, visto que impede demarcações para etnias que só conseguiram retornar às suas terras tradicionais depois da promulgação da Constituição de 1988, enquanto a jurisprudência anterior do STF, amparada na proteção contínua conferida pelo sistema constitucional brasileiro desde a Constituição de 1934 e mesmo após a vigência da atual Constituição, admitia o reconhecimento a uma etnia indígena de terras reivindicadas como tradicionais, das quais seus integrantes haviam sido expulsos em momento posterior a 1934.

É possível também verificar que tal limitação aos direitos indígenas não se mostra proporcional, pois atinge direitos básicos desses povos, como o direito à preservação de sua identidade e de seu patrimônio cultural e o direito à própria subsistência das comunidades indígenas e de seus membros, para preservar o direito à propriedade privada de particulares, que poderiam mais facilmente ser compensados de eventuais prejuízos através do pagamento de indenizações, como recomenda a Constituição de 1988 em seu art. 231, § 6º.

Além disso, a adoção do marco temporal de 1988 não está em consonância com os parâmetros de proteção estabelecidos internacionalmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que possui precedentes assinalando que, para os índios, a relação com suas terras não se esgota em uma simples questão de posse e produção, mas constitui um elemento material e espiritual básico de sua cultura, essencial para a preservação de seu legado e para a

transmissão para as gerações futuras, motivo por que, enquanto o vínculo espiritual e material da identidade dos povos indígenas continuar existente em relação às suas terras tradicionais, subsiste o direito desses povos à recuperação de suas terras.

A aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável possibilita a flexibilização do princípio hierárquico das normas e impulsiona o controle de convencionalidade, permitindo que haja mutação constitucional a partir da releitura da Constituição à luz do Direito Internacional de Direito Humanos.

A leitura que propomos do art. 231, *caput* e § 1º, da Constituição Federal, à luz do princípio *pro homine*, é de que a verificação da tradicionalidade ou não de uma terra não está previamente condicionada ao fato de existência efetiva de ocupação indígena ou de conflito possessório na data precisa da promulgação da Constituição atual, em 05 de outubro de 1988.

Nesse sentido, a data de efetiva ocupação só poderia constituir um empecilho ao reconhecimento e demarcação de terras alegadamente tradicionais nos casos em que os índios tenham deixado de ocupá-las por vontade própria e em passado remoto, ali retornando após decurso de tempo suficiente para justificar o título de domínio defendido pelos atuais proprietários.

Essa releitura, além de coadunar-se com os padrões de proteção internacional, encontra amparo na própria Constituição, que, na sua definição autêntica do que são as terras tradicionais indígenas (CF, art. 231, § 1º), não traz qualquer condicionante que faça referência ao tempo em que deve ser verificada a ocupação das terras pelos índios, mencionando apenas que tal ocupação indígena pode ser caracterizada por sua habitação em caráter permanente, pela utilização para suas atividades produtivas, pela imprescindibilidade à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar ou pela necessidade para a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Ademais, no § 4º do art. 231, afirma a Lei Fundamental que as terras tradicionalmente ocupadas são *inalienáveis* e indisponíveis, e os direitos originários dos índios sobre elas, *imprescritíveis*, a revelar, por um lado, que a posse de não-índio sobre terras indígenas é nula, sem nenhum efeito e não pode ser legitimada (CF, art. 231, § 6º), e, por outro, que o não exercício desses direitos em um determinado momento histórico – isto é, a não ocupação das terras na precisa data de 05.10.1988 – não retira das comunidades indígenas os direitos originários sobre as terras que ocupavam tradicionalmente em momento anterior, mas das quais foram expulsas, quando tais direitos já eram constitucionalmente reconhecidos.

Em suma, a conjugação do paradigma do marco temporal com o conceito de renitente esbulho definido pelo STF vem dando ensejo a que sejam subtraídos os direitos dos

índios à posse permanente e ao usufruto exclusivo de suas terras. Nesse aspecto, resolvendo os conflitos em detrimento das comunidades indígenas, a Excelsa Corte não confere uma interpretação mais favorável ao *caput* e aos parágrafos do art. 231 da Constituição, que constituem dispositivos destinados à proteção dos índios, mas que estão sendo interpretados pelo Tribunal em sentido que lhes nega os direitos originários – que as Constituições anteriores, desde 1934, lhes reconheceram – sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Gavin W. Beyond 'Constitucionalism Beyond the State'. In: *Journal of Law and Society*. Vol. 39, n. 3, Sep. 2012, ISSN: 0263-323X, p. 359-383.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre Direito Internacional e Direito Interto. In: *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai* / Calogero Pizzolo [et al.]; coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valério de Oliveira Mazzuoli. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 147-180.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. tec. Claudio de Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. – Brasília: Editora Universidade de Brasília. 10. ed, 1999 (Reimpressão 2006).

BOUTROS-GHALI, B. *Address by the Secretary-General of the United Nations at the opening of the World Conference on Human Rights*. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=7906&LangID=E>. Acesso em: 16 fev. 2015.

BRASIL, *Constituição, 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL, *Constituição, 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL, *Constituição, 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL, *Constituição, 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL, *Constituição com Emenda de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL, *Constituição, 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL, *Decreto nº 19.841*, de 22 de outubro de 1945, que promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, em 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 29 out. 2016.

BRASIL, COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Relatório. Brasília: CNV, vol. II, 2014, p. 253-254. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf>. Acesso em 13 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Civil Originária nº 323-7*. Relator: Min. Francisco Rezek, Tribunal Pleno, julgado em 14/10/1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266076>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240*. Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Inquérito 3922*, Relator: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10363675>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 328.812*, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11 abr. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=338777>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 803462*. Relator: Min. Teori Zavaski, Segunda Turma, julgado em 09/12/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734834>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 32732*, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6400316>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153*, Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 29 de abril de 2010. Disponível

em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração na Petição nº 3388*. Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2013. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradição nº 1405*, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/10/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9997774>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 96772*, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601192>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 21575*. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85555>. Acesso em: 13 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 26603*. Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição nº 3388*. Relator: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição nº 4625*, Relator(a): Min. Ellen Gracie, decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, julgado em 17/07/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000068344&base=basePresidencia>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 2224*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365570>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29087*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski; Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 16/09/2014. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29542*. Relator: Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 30/09/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7218303>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 466343*. Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 511961*, Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BURDEAU, Georges. *Manuel – Droit Constitutionnel*. 24ª édition. Revue e mise à jour par Francis Hamon e Michel Troper. – Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., 1995.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence ; TORRES, Amaya Úbeda de. *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme.* Bruxelles : Bruylant, 2008.

CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CICCO FILHO, Alceu José. A lei internacional na ordem jurídica interna: os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO*. Revista da AGU. Ano XII – Número 35 – Brasília/DF, jan./mar. 2013, p. 13-34.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2007.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Muršić vs. Croatia* [GC], no. 7334/13, 2016. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-167483>. Acesso em: 15 jan. 2017.

CUNHA, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 13.ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Antônio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Tradução Luís Carlos Borges; revisão técnica Pericles Prado. – São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990.

LIRA, Yulgan Tenno de Farias. *Controle de Convencionalidade – a tutela coletiva dos tratados internacionais de direitos humanos*. João Pessoa: Editora Ideia, 2016.

LIXINSKI, Lucas. Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law. In: *The European Journal of International Law*, 2010, Vol. 21, nº 3, p. 585-604. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/21/3/2071.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017.

MAIA, Luciano Mariz. Direitos humanos e mutação constitucional. In: *Direitos humanos, impeachment e outras questões constitucionais: uma coletânea de artigos* / André Regis, Luciano Mariz Maia; organização, supervisão e edição Heldio Villar. – Recife: Editora Base; João Pessoa: Editora Universitária, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do Direito brasileiro). In: *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / Calogero Pizzolo ... [et al.]; coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valério de Oliveira Mazzuoli. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 57-85.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional. In: *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos.* Edição V. 10, n. 18, jun/2013. Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/18/1000445-supralegalidade-dos-tratados-internacionais-de-direitos-humanos-e-interpretacao-constitucional>. Acesso em: 03 fev. 2017.

MAZERON, Florent. Article 5. In: DECAUX, Emmanuel (Dir.) et MARTIN, Fanny (Coord.). *Pacte International Relatif aux Droits Civil e Politiques – Commentaire article par article*. Paris: Ed. Economica, 2011.

MAZZUOLI, Valério. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais*: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na Ordem Jurídica Brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 214.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Vol IV. Coimbra: Coimbra Ed., 1988.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

O´DONOGHUE. Aoife. International constitucionalism and the state. In: *International Journal of Constitutional Law*. 2013, Vol. 11, n. 4, 2013, doi: 10.1093/icon/mot048, p. 1021-1045.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher*, promulgada, no Brasil, através do Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em: 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre os Direitos da Criança*, promulgada, no Brasil, através do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e Protocolo Facultativo*, promulgados, no Brasil, pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm>. Acesso em: 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Internacional contra a Tortura e outros Tratamentos Humanos, Cruéis e* Degradantes, promulgada, no Brasil, através do Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*, adotado pela XXI sessão da Assembléia Geral da ONU, em 16 de dezembro de 1966, e promulgado, no Brasil, através do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, adotado pela XXI sessão da Assembléia Geral da ONU, em 19 de dezembro de 1966, e promulgado, no Brasil, através do Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Carta da Organização dos Estados Americanos*. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm>. Acesso em 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*, adotada, em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e promulgada, no Brasil, pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994, e promulgada no Brasil, através do Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm>. Acesso em: 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador"*, promulgado no Brasil através do Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm>. Acesso em: 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 05 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/f30eb7942e6ea89e4d2ec4ca870784d3.pdf>. Acesso em 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>. Acesso em 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Artavia Murillo e outros ("Fecundação in vitro") vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf>. Acesso em: 05 de fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/c0dec043db9e912508531a43ab890efb.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Barrios Altos Vs. Peru*. Fondo. Sentença de 14 de março de 2001. Série C No. 75. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/092b2fec1ad5039b26ab5f98c3f92118.pdf>. Acesso em 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai.* Mérito, Reparações e Custas. Sentença 17 de junho de 2005. Série C No. 125. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/357a11f7d371f11cba840b78dde6d3e7.pdf>. Acesso em 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C No. 79. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/1d066bbac6f06f20e3bb0e08e5697c4a.pdf>. Acesso em 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Mérito, Reparações e

Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>. Acesso em 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso González e outras ("Campo Algodoeiro") vs. México*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Parágrafos 79 e 80. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_por.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C No. 74. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/506ad88087f45ce5d2413efc7893958e.pdf>. Acesso em 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de janeiro de 2014. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/76dc0db310925e305df1def0e12c9ee7.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Norín Catrimán e outros (dirigentes, membros e ativista do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/142788b09442cde14d1b005c1920ccc0.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Pessoas dominicanas e haitianas expulsas vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/edc3cfd3cdfbb8cb73bdf425abbf85c9.pdf >. Acesso em 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31

de agosto de 2004. Série C No. 111, parágrafos 180 e 181. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_por.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Sentença de 23 de novembro de 2010. Parágrafos 32 a 35. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7c950d67d3a97c9f9ce9607f8f21a34a.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. Sentença de 19 de maio de 2014. Parágrafo 37. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/956a3ac32f95193db8aae1f7e5778f8b.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Parecer Consultivo sobre o efeito das reservas sobre a entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos*. Parecer nº 2, de 24 de setembro de 1982, Série A, nº 2. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_esp.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Parecer Consultivo sobre as restrições à pena de morte.* Parecer nº 3, de 8 de setembro de 1983. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_03_esp.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Parecer Consultivo sobre a filiação obrigatória à Associação de Jornalistas (arts. 13 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos)*. Parecer nº 5, de 13 de novembro de 1985, Série A, nº 5. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Parecer consultivo sobre direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional.* Parecer Consultivo OC-21/14, de 19 de agosto de 2014. Série A, n. 21. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional De Justiça. *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion*: I.C.J. Reports 1951. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais*, promulgada, no Brasil, pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 05 fev. 2017.

OST, François. KERCHOVE, Michel van de. De la pyramide au réseau? Vers um nouveau mode de production du droit?. R.I.E.J., 2000.44. Disponível em: <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/ostvdkpyram.pdf> Acesso em: 05 fev. 2017.

PEREIRA, Rodrigo Clemente de Brito. Garantia da força normativa da Constituição. In: Lucas Clemente de Brito Pereira; Rinker Vitorina Cabral; Rômulo Pinto de Lacerda Santana. (Org.). *25 anos da Constituição Federal e atuação da bancada paraibana na Assembleia Nacional Constituinte de 87-88*. 1ed. João Pessoa: Ideia, 2013, p. 169-174.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 16ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2016.

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. *Manifestação da PGR na ADPF 320*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/copy_of_pdfs/ADPF%20000320.pdf/view>. Acesso em: 05 fev. 2017.

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, 2009, v. 1, p. 805-850.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Parecer sobre o Marco Temporal de 1988*. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf>. Acesso em 13 mar. 2017.

SHAW, Malcolm N. *International Law*. 6. ed. – New York: Cambridge University Press, 2008.

SORTO, Fredys Orlando. A Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu sexagésimo aniversário. *Verba Juris*: Anuário da Pós-Graduação em Direito. Ano 7, n. 7, jan./dez. 2008. João Pessoa, p. 9-34.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Estatuto do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 05 fev. 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos direitos humanos. In: SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. vol. I. – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da Europa. *Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2017.

VARGAS, Denise. *Manual de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

WALKER, Neil. Taking Constitutionalism Beyond the State. In: *Political Studies*. 2008, Vol. 56, doi: 10.1111/j.1467-9248.2008.00749.x, p. 519-543.

ZUMBANSEN, Peer. Comparative, global and transnational constitucionalism: The emergence of a transnational legal-pluralist order. In: *Global Constitutionalism*. Volume 1, Issue 1, March 2012, doi: 10.1017/S2045381711000037, p. 16-52.