

A ação popular está presente em nosso ordenamento jurídico desde 1965, por meio da Lei nº 4.717, a qual foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, o que é evidenciado pela previsão expressa do referido instrumento processual no artigo 5º, LXXIII, da Carta Magna. Segundo o mesmo, o objetivo de tal instrumento é permitir que o cidadão anule “ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”. Cabe frisar que a lei que regula seu procedimento deve ser interpretada em conformidade com a Constituição mais recente, deixando-se de se aplicar o que, eventualmente, mostrar-se contrário à nova ordem constitucional de Estado Brasileiro.

**Marcelo Pereira de Almeida
Carolina de Carvalho Byrro**

A ação popular no controle da administração pública sob o parâmetro da convencionalidade

The popular action at the control of public administration under the parameter of conventionality

MARCELO PEREIRA DE ALMEIDA*
CAROLINA DE CARVALHO BYRRO**

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo analisar as possibilidades fornecidas de controle externo da administração pública por meio da ação popular a partir do paradigma de controle não apenas nas leis nacionais, em controle de legalidade, mas também nos tratados e convenções internacionais, em controle de convencionalidade. Assim, discorre-se brevemente sobre os institutos da ação popular e do controle de convencionalidade para, ao fim, demonstrar a aplicabilidade prática do raciocínio aqui apresentado, a partir da análise de dois precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos: a Opinião Consultiva nº 23 e o Caso *Trabajadores Cesados de Petróperú y otros Vs. Perú*.

Palavras-chave: Ação popular. Processo coletivo. Controle da administração pública. Controle de convencionalidade.

Abstract

This work has the objective of analysing the possibilities of external control of the public administration through the “popular action”, using the parameter of not only the national laws, in legality control, but also the internaional conventions and treaties, in conventionality control. So, there is a briefly explanation about the institutes of “popular action” and conventionality control, concluded by the demonstration of practical aplicability of the logic here defended, through the analysis of two precedents of Interamerican

*Pós-Doutorado em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense; Docente no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (Mestrado e Doutorado), na Universidade Católica de Petrópolis (Mestrado), na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e na Universidade Federal Fluminense; E-mail: mpalmeida04@yahoo.com.br

**Bacharelada em Direito pela Universidade Federal Fluminense; E-mail: mpalmeida04@yahoo.com.br

Human Rights Court : the Consultive Opinion nº 23 and the Case *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú*.

Keywords: Popular action. Colective process. Control of public administration. Conventionality control.

Introdução

Os instrumentos processuais coletivos representam, no Brasil, um fomento à proteção dos direitos difusos e coletivos através da sociedade civil organizada. Dentre tais instrumentos, pode ser citada a ação Popular como um dos principais para o controle externo da Administração Pública.

Tal controle da Administração é, tradicionalmente, ligado a uma perspectiva de bom uso do dinheiro público, da gestão responsável do patrimônio, da proteção à lisura e ao princípio da legalidade. Contudo, outro parâmetro pode ser estabelecido para o controle dos órgãos da Administração Direta e Indireta, qual seja, o dos tratados e convenções internacionais, o controle de convencionalidade.

Essa possibilidade extrai-se do fato de, conforme narrado pelo juiz Sérgio García Ramirez durante seus trabalhos na Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, todo o Estado, em todos os seus Poderes, estar comprometido com a obediência aos tratados internacionais de Direitos Humanos. A responsabilidade do Estado pelo controle de convencionalidade de seus atos é integral.

Desse modo, tem-se como objetivo analisar as possibilidades fornecidas de controle externo da Administração Pública através da Ação Popular, mas estabelecendo o paradigma de controle não apenas nas leis nacionais, em controle de legalidade, mas também nos tratados e convenções internacionais, em controle de convencionalidade.

Assim, a abordagem teórica se dará, primeiramente, através de uma breve explicação sobre o instrumento processual da ação popular, especialmente no que concerne a sua utilização no Brasil. Após, será analisado o conceito de controle de convencionalidade no Brasil, o qual ainda se encontra de forma incipiente na prática jurídica cotidiana.

Por fim, unindo as duas explicitações de caráter conceitual anteriormente ditas, será verificada a possibilidade de se utilizar a Ação Popular no controle da Administração tendo como parâmetro a convencionalidade e o respeito aos Direitos Humanos.

Ação popular

A Ação Popular está presente em nosso ordenamento jurídico desde 1965, por meio da Lei nº 4.717, a qual foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, o que é evidenciado pela previsão expressa do referido instrumento processual no artigo 5º, LXXIII, da Carta Magna. Segundo o mesmo, o objetivo de tal instrumento é permitir que o cidadão anule "ato

lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural". Cabe frisar que a lei que regula seu procedimento deve ser interpretada em conformidade com a Constituição mais recente, deixando-se de se aplicar o que, eventualmente, mostrar-se contrário à nova ordem constitucional de Estado Brasileiro.

Hely Lopes Meirelles, conforme atualização feita por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, afirma que esta ação possui três requisitos concomitantes: condição de eleitor, ilegalidade e lesividade (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2009). Com relação ao primeiro requisito, explica que podem propor ação popular todos os cidadãos brasileiros, ou seja, pessoas físicas detentoras de direitos civis e políticos em território nacional, sendo necessário que possua título de eleitor, vez que ela "se funda essencialmente no direito político do cidadão, que, tendo o poder de escolher os governantes, deve ter, também, a faculdade de lhes fiscalizar os atos de administração" (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2009, p. 151). Já quanto ao segundo requisito, afirma-se que o ato impugnado deve mostrar-se contrário ao Direito, infringindo normas e princípios gerais que norteiam a Administração Pública. O terceiro requisito, por fim, significa que deve ocorrer prejuízo ao erário, à Administração Pública ou aos valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade.

Conclui-se, desse modo, que o objeto da Ação Popular é o "ato ilegal e lesivo ao patrimônio público" (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2009, p. 158). Cabe frisar, ainda, que o artigo 1º da Lei nº 4.717/65 resguardou a possibilidade de Ação Popular contra atos de pessoas de Direito Privado em que a Administração Pública possua interesse dominante, tais como empresas públicas.

Pode a ação possuir tanto fins repressivos, quanto preventivos, dependendo de seu ajuizamento após a consumação do ato lesivo ou antes. Ademais, podem ter finalidade corretiva da atividade administrativa ou supletiva da inatividade da Administração, em casos que deve agir por expressa previsão legal.

No polo ativo, estará o cidadão ou os cidadãos detentores de título de eleitor, que questionam o ato ilegal e lesivo ao patrimônio. Já no polo passivo, estará a entidade lesada, os autores e participantes do ato e os beneficiários do ato ou contrato lesivo ao patrimônio, na forma do artigo 6º, §2º, da lei aqui tratada.

Importante observação a ser realizada é que a Constituição Federal de 1988 resguardou, no artigo 5º, LXXIII, a isenção das custas judiciais e ônus de sucumbência ao autor da ação popular, salvo se comprovada a má-fé. Dessa forma, verifica-se que o referido instrumental é um amplo meio de controle da administração pública cuja democratização foi desejada pelo constituinte originário, a fim de garantir a um maior número de cidadãos a possibilidade de fiscalização e controle dos atos daqueles que gerenciam o

patrimônio público.

A coisa julgada na ação popular poderá ser produzida sob duas diferentes formas, a depender do resultado do processo, *erga omnes* ou *secundum eventum probationis*, o que é verificado a partir do artigo 18 da Lei nº 4.717/65. Em suma, isso significa que, em caso de procedência do pedido ou improcedência do pedido por falta de fundamentos de fato e de direito, a coisa julgada será oponível a todos, inclusive terceiros não-integrantes da lide, conforme a primeira parte do citado artigo. Em caso de improcedência do pedido por falta de prova, será possível a interposição de nova ação popular, sob os mesmos fundamentos, desde que produzida nova prova, produzindo-se coisa julgada *secundum eventum probationis*, conforme a segunda parte do mesmo artigo.

Ademais, é essencial salientar que, a partir do raciocínio sobre a produção da coisa julgada na ação popular, é compreendido pela doutrina que esta ação não é adequada para o controle de constitucionalidade de lei em tese ou ato normativo, vez que o controle de constitucionalidade concentrado é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme artigo 102, I, "a", da Constituição da República, é a coisa julgada na ação popular é oponível *erga omnes*. Desse modo, caso um Juízo de 1ª Instância declarasse a inconstitucionalidade de determinada lei em tese ou ato normativo, por ser essa declaração oponível a todos, estaria usurpando competência da Suprema Corte (MEIRELLES, WALD, MENDES, 2009; MANCUSO, 2003).

Ainda, conforme Hely Lopes Meirelles, em atualização de Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, não seria possível até mesmo o exercício do controle difuso de constitucionalidade na ação popular, pois este implica na produção de efeitos apenas *inter partes*. Uma vez oponível *erga omnes* a coisa julgada produzida em ação popular, um dos pressupostos para o controle difuso está ausente (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2009).

Controle de convencionalidade

O Controle de Convencionalidade é um instituto sobre o qual a doutrina brasileira, mais notadamente seus internacionalistas, tem se debruçado de forma relativamente modesta nos últimos anos, quando se leva em conta o nível das abordagens encontradas em lugares como a União Europeia e alguns países latino-americanos, como a Costa Rica. Entende-se tal instrumento como a análise da adequação de normas nacionais e atos de agentes públicos aos tratados e convenções internacionais dos quais é signatário o país ao qual pertencem.

Desse modo, essa ferramenta caracteriza-se como extremamente útil à garantia de direitos humanos, frequentemente protegidos por tratados e convenções de Direito Internacional, tanto em 1ª Instância, o juízo a quo, quanto em 2ª Instância, o juízo ad quem. Inclusive, o exercício do mesmo por esses dois graus de jurisdição é lembrado ao longo da Constituição Federal, em trechos como o artigo 109, V, que constitui uma das competências dos

juízes federais, e o artigo 105, III, a, que demonstra competência do Superior Tribunal de Justiça.

Primeiramente, cabe narrar um breve histórico sobre o desenvolvimento desse instituto e seus elementos conceituais, retirados da análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Foi o juiz Sergio García Ramírez que, durante seu trabalho enquanto magistrado na Corte, iniciou o desenvolvimento do conceito de controle de convencionalidade, especialmente em seus votos concorrentes individuais nos casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, *Tibi vs. Equador* e *López Álvarez vs. Honduras*. Neles, ainda que sem referir-se ao conceito como algo concreto, estabelecido na jurisdição internacional, elencou os primeiros parâmetros para sua aplicação (BURGORGUE-LARSEN, 2016).

No primeiro caso, julgado em 2003, afirmou o magistrado que, em relação à Convenção Americana e o exercício da jurisdição contenciosa da Corte, o Estado é tomado por sua forma integral, de tal modo que sua responsabilidade na sujeição às normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos é integral, não podendo se sujeitar à divisão de atribuições definidas pelo Direito interno. Desse modo, todas as esferas de atuação estatal estariam submetidas ao controle de convencionalidade.

Já no segundo caso, o mesmo magistrado comparou o “controle de convencionalidade”, ideia que ele vinha desenvolvendo em seus votos, ao já conhecido controle de constitucionalidade praticado pelas Cortes Constitucionais de cada Estado, conforme se segue:

[...] si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.¹

Por fim, no terceiro caso, ofereceu o juiz Sergio García Ramírez uma definição para o conceito de controle de convencionalidade, afirmando que a Corte, ao analisar a complexidade de um caso, deverá verificar a compatibilidade entre a conduta estatal e as disposições da Convenção Americana, explorando as circunstâncias *de jure* e *de facto* do caso.

Entretanto, apenas em 2006, no caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, que a Corte citou em sua jurisprudência, pela primeira vez, o Controle de Convencionalidade. Na sentença do referido caso, foi afirmado pela

¹ CORTE IDH. Caso *Tibi Vs. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

Corte:

[...] cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermad[o]s por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.²

Desse modo, a Corte Interamericana afirmou a obrigação dos juízes nacionais a velar a Convenção Americana, tendo em vista o compromisso do Estado para com ela e o pertencimento do Poder Judiciário ao que se entende pela unidade do Estado Nacional.

Após o nascimento do instituto do Controle de Convencionalidade, definiu e tem definido a Corte limites para o alcance do mesmo. No caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, em 2006, estabeleceu a Corte que o referido controle deve ser exercido: *ex officio*, ou seja, independentemente do requerimento de umas das partes; e é complementar ao controle de constitucionalidade.

Ademais, definiu a CIDH que todos os órgãos vinculados ao Poder Judiciário estão submetidos ao dever de exercer o controle de convencionalidade, conforme afirmado nos casos *Vélez Loor Vs. Panamá*, *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil* e *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*.

Deve ser ressaltado, ainda, que a Corte compreendeu que o Estado não está vinculado apenas à norma de Direito Internacional de Direitos Humanos em si, mas também à interpretação oferecida a esta pela Corte Interamericana, quando este aceitou sua jurisdição. Nesse sentido, a Opinião Consultiva OC-21/14 sobre os Direitos e garantias de meninas e meninos no contexto de migração e/ou em necessidade de proteção internacional.

Por fim, deve ser sinalizado que a obrigação estatal de exercer o controle de convencionalidade possui duas facetas distintas, quais sejam: a obrigação do exercício do controle de convencionalidade pode possuir o caráter *inter partes* ou *erga omnes*. O primeiro será quando o Estado foi parte em determinado julgamento e o parâmetro para exercício do controle é este julgamento, devendo se comprometer a aplicar a sentença proferida pela Corte e cumprir as obrigações por ela determinadas. Já o segundo se dá quando o caso tomado por parâmetro não envolveu o Estado, ele não esteve como parte no mesmo. Porém, ele ainda está obrigado a respeitar a sentença proferida em sua atuação, pois deve nela levar em conta a Convenção Americana e outros tratados do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, bem como a interpretação dada aos mesmos pela Corte, uma vez que é parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

² CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

(BURGORGUE-LARSEN, 2016).

Conclui-se, portanto, que o instituto do Controle de Convencionalidade foi construído, progressivamente, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, iniciando pelos votos individuais do magistrado Sergio García Ramírez e concretizado no julgamento do caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Definiu a Egrégia Corte Internacional os seguintes parâmetros para o mesmo: deve ser *ex officio*, exercido por todos os órgãos que fazem parte do Poder Judiciário, vez que é obrigação do Estado como um todo; no exercício do controle de convencionalidade, deve o Poder Judiciário considerar não apenas os tratados pertencentes ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, mas também a jurisprudência da CIDH sobre a interpretação dos mesmos; e pode assumir o instituto duas facetas: *inter partes*, quando o Estado foi parte no caso cuja sentença está sendo tratado, determinando sua obrigação em cumprir todos os termos da mesma, e *erga omnes*, quando o Estado, ainda que não seja parte, está vinculado à decisão proferida pela Corte, vez que ela deve ser parâmetro, também, para sua atuação estatal, uma vez pertencente ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A adoção do instituto do Controle de Convencionalidade no Brasil é representativo de um novo Constitucionalismo, o qual reverbera também no restante da América Latina, através do qual o Direito Constitucional se ressignifica, sendo seu núcleo central a proteção dos direitos humanos, tornando-o permeável pela ordem jurídica internacional e modificando os conceitos de soberania (FACHIN, RIBAS, CAVASSIN, 2016). A figura que representa esse novo Direito Constitucional é a transformação da pirâmide hierárquica das normas em um “trapézio jurídico”, ocupando o ápice a Constituição e os tratados, na forma descrita por Flávia Piovesan (PIOVESAN, 2012).

Entretanto, são reconhecidas dificuldades em relação a esse Novo Constitucionalismo no Brasil. São elas, conforme narrado por Fachin, Ribas e Cavassin:

Diferente do Sistema Europeu, o Sistema Interamericano não conta com o apoio de uma cooperação mútua dos Estados em relação aos direitos humanos, bem como não há um alto grau de respeito a esses direitos presentes internamente nos Estados. Tal constatação é reminiscência dos períodos autoritários, nos quais os direitos humanos eram concebidos apenas como uma agenda contra o Estado. (FACHIN, RIBAS, CAVASSIN, 2016, p. 291).

Cabe informar, ainda, resultados de pesquisa elaborada por José Ricardo Cunha, em 2011, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, analisando o grau de educação e de interesse em direitos humanos dos magistrados. Dentre os resultados obtidos, cabe destacar os seguintes: 84% dos juízes entrevistados não teve qualquer educação em direitos humanos,

59% declararam ter um conhecimento apenas superficial dos sistemas da ONU e OEA, 20% admitiram não ter nenhum conhecimento sobre esses sistemas, e meros 13% afirmaram ler as decisões das cortes internacionais com frequência (CUNHA, 2011).

É evidente que esses fatores influenciam no exercício do Controle de Convencionalidade.

O que é observado, em aspectos gerais, sobre o instituto do Controle de Convencionalidade no Brasil, é que, além de ser pouco utilizado pelos magistrados brasileiros, apesar de sua obrigação legal em garantir o cumprimento dos tratados e convenções internacionais ao prolatar suas sentenças, este, ao ser utilizado, não é objeto de qualquer parâmetro interpretativo para os tratados ou convenções que busca aplicar. Os magistrados, em geral, os aplicam segundo seu entendimento pessoal, não realizando um estudo prévio da jurisprudência e entendimentos das Cortes Internacionais, que são quem detém a competência para definir tais parâmetros interpretativos.

A título de exemplificação, pode ser citado o caso da declaração de anticonvencionalidade do crime de desacato (artigo 331 do Código Penal) realizada pelo Juiz Alexandre Morais da Rosa, nos autos do processo nº 0067370-64.2012.8.24.0023, da comarca da Capital de Santa Catarina – Florianópolis, o qual invocou a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, sem ter pedido informações prévias à Corte Interamericana de Direitos Humanos ou realizado referência à jurisprudência desta. Apesar de louvável a intenção do magistrado, sua interpretação da norma internacional se deu de acordo com suas convicções pessoais.

Ainda, é observado que, na sede dos Tribunais Superiores, o Controle de Convencionalidade é esquecido, focando esses tribunais primordialmente nas suas funções precípua, quais sejam, o controle de constitucionalidade, no caso do STF, e o controle de legalidade, no caso do STJ. Tal fato resta claro ao ser analisada a decisão na ADPF nº 489, que deferiu liminar suspendendo a Portaria nº 1.129/2017 do Ministério do Trabalho, sobre as regras de fiscalização do trabalho escravo. Apesar da flagrante anticonvencionalidade da referida Portaria, foi exercido o Controle de Constitucionalidade de maneira intensa, enquanto que aos tratados e convenções internacionais foram reservados apenas pequenas passagens do texto, como um parágrafo ao item 19 citando o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, estes dois ainda acompanhados de referência às Constituições Portuguesa e Espanhola, que não possuem qualquer espécie de incidência, eficácia ou força vinculante sobre o ordenamento brasileiro.

André de Carvalho Ramos reforça esses fatos apresentados, ao afirmar em sua obra que, ao mesmo tempo em que há “plena adesão brasileira à internacionalização dos direitos humanos”, não é aplicada uma interpretação internacionalista desses direitos (RAMOS, 2016).

Desse modo, é possível averiguar duas questões de eixo teórico-jurídico que podem trazer explicações para a situação do Controle de Convencionalidade no Brasil, para além da mera falta de interesse e difusão acadêmica desse instituto e de estudo do mesmo nos ambientes de formação dos operadores do Direito. O primeiro deles é o velho conflito entre monismo e dualismo jurídico, e o segundo concerne à construção da teoria do bloco de constitucionalidade.

É evidente que as duas questões supracitadas apresentam íntima relação uma com a outra. Na União Europeia, onde o sistema vigente é o monismo jurídico de Kelsen – ou seja, uma vez ratificado o tratado internacional no seio da União, ele é automaticamente incorporado aos ordenamentos nacionais – encontramos uma maior utilização dos tratados e convenções internacionais na *ratio decidendi* dos tribunais, além de haver maior esmero por uma interpretação harmônica destes por todos os países da União, de tal modo que é possível compreender esses tratados, especialmente aqueles que concernem aos direitos humanos, como pertencentes a um único bloco de constitucionalidade, devendo a adequação a estes ser tão resguardada quanto o respeito à Constituição Nacional o é (MERA, 2014).

Já no Brasil, adotamos o dualismo jurídico, preconizado por Heinrich Triepel e Dionisio Anzilotti, segundo o qual o Direito Interno e o Direito Internacional são dois sistemas distintos, sendo os juízes nacionais obrigados a aplicar o Direito Interno, mesmo que contrário às normas de Direito Internacional e, ainda, para que as normas de Direito Internacional possuíssem eficácia interna no Estado, elas deveriam ser recepcionadas, transformando-as em normas de Direito Interno (MAZZUOLI, 2016). Além disso, a partir das discussões trazidas pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04, definiu-se que os tratados de direitos humanos internalizados pelo procedimento anterior ao previsto na referida emenda constitucional, o qual lhes conferiria status de norma constitucional, teriam status de norma supralegal, ou seja, acima das normas ordinárias, mas abaixo da Constituição. Nesse caso, se encontram normas como o Pacto de São José da Costa Rica, além dos Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Portanto, apesar da abertura que o §2º do artigo 5º da Constituição Federal dá à adoção da teoria do bloco de constitucionalidade, como defende Antônio Augusto Cançado Trindade, o qual argumenta que, por força dessa previsão, todos os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário teriam natureza constitucional (TRINDADE, 1997), tal providência não foi tomada, distanciando o Brasil de uma maior possibilidade de aplicação efetiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos para preservar direitos fundamentais de seus cidadãos.

Apesar das duas questões supracitadas, deve ser lembrado que, aos moldes dos parâmetros definidos pela Corte Interamericana, o Controle de Convencionalidade apenas poderá ser considerado um instrumento legítimo

às mãos dos magistrados brasileiros no caso de os mesmos se utilizarem da jurisprudência da Corte para a aplicação de tal controle, tendo em vista que ela é o Tribunal legítimo para dar a última palavra sobre a interpretação dos tratados do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como o é o Supremo Tribunal Federal para a Constituição brasileira. Tal previsão é ainda mais importante no que concerne ao controle de convencionalidade exercido pelo Juízo de 1ª Instância, por configurar-se decisão monocrática. Retirar da simples convicção do magistrado o entendimento sobre todo o ordenamento de Direitos Humanos retira a legitimidade do instrumento do Controle de Convencionalidade, por possibilitar margem a discricionariedade que deve ser entendida como incabível, vez que abre espaço à insegurança jurídica, devido a múltiplas interpretações, quando já existe um órgão jurisdicional competente para oferecer “a palavra final” sobre os tratados.

Portanto, podem ser resumidos os problemas em relação ao Controle de Convencionalidade no Brasil em um diminuto conhecimento da classe jurídica sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos (aí abarcados tanto os tratados de direitos humanos quanto a jurisprudência das Cortes Internacionais), fortalecida por uma tendência tipicamente nacionalizante enraizada na formação dos operadores do direito (RAMOS, 2016) e embasada no dualismo jurídico e numa estreita abertura à teoria do bloco de constitucionalidade.

Entretanto, resta claro que a adoção do instituto do Controle de Convencionalidade, se realizada de maneira vinculada à interpretação manifestada pelas Cortes Internacionais que são responsáveis por harmonizar os entendimentos sobre os tratados, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, se constitui como um instrumento legítimo e eficaz para a tutela dos direitos humanos e fundamentais das pessoas no território brasileiro, as quais possuirão mais um instrumento de proteção para além do Direito Interno.

Possibilidade da ação popular baseada no controle de convencionalidade

Serão utilizados, para demonstrar a tese aqui tratada, dois casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Opinião Consultiva nº 23 e Caso *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú*, sobre os quais passa-se a fazer uma breve digressão sobre seu histórico.

A Opinião Consultiva nº 23 nasce em 14 de março de 2016, quando o governo da Colômbia requer o posicionamento da Corte Interamericana acerca das suas próprias obrigações estatais de zelo ao meio ambiente e ao marco da proteção e garantia dos direitos à vida e à integridade, sendo estes direitos devidamente relacionados na Convenção Americana de Direitos Humanos em seus artigos 4.1 e 5.1. Trata-se da primeira opinião consultiva emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de direito ambiental.

A consulta foi decorrente da situação de ameaça aos povos ilhéus colombianos, que habitam a região do Caribe, por parte de megaprojetos que ali se instalavam e que restavam como suscetíveis de causarem impactos no ecossistema marinho. Destaca-se que estes megaprojetos eram promovidos por parte de outros Estados transfronteiriços, em especial a Nicarágua.

O Juízo da Corte afirmou que é dever do Estado signatário, quanto ao caso dos direitos dos povos indígenas, que deve ser observado o direito à propriedade coletiva (parágrafo 48), combinado com o direito à proteção e acesso aos recursos naturais que se encontram nesses territórios de propriedade coletiva, o qual se vincula à própria sobrevivência desses povos, entrelaçando os direitos à vida e à cultura tradicional.

A Opinião sustenta, seguindo a linha já traçada pela Convenção 169 da OIT, que deve haver a participação dos povos interessados nos estudos de impacto ambiental, através, inclusive, de consultas às comunidades indígenas (parágrafo 166).

Ainda, cabe transcrever o parágrafo 169 da referida opinião:

169. En casos de proyectos que puedan afectar el territorio de comunidades indígenas, los estudios de impacto ambiental y social deben respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas. En este sentido, es necesario tomar en cuenta la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio. Es preciso proteger esta conexión, entre el territorio y los recursos naturales que tradicionalmente han usado y que son necesarios para su supervivencia física y cultural y para el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, a efecto de garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas sean respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.

Já sobre o Caso *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú*, em 30 de dezembro de 1992, foi publicado, no Peru, o Decreto-lei nº 26120, o qual autorizou a utilização de medidas para reestruturar algumas empresas estatais, como a *Petroperú* e a *Empresa Nacional de Puertos*, bem como a adoção de programas de demissão voluntária com ou sem incentivos. Além disso, em 28 de dezembro de 1992, foi publicado o Decreto Lei 26093, o qual permitiu a aplicação de provas e exames aos funcionários dos Ministérios e das Instituições públicas descentralizadas. Os trabalhadores que não fossem aprovados nesses exames poderiam ser demitidos por *causal de excedencia*.

Em janeiro de 1996, os trabalhadores da *Petroperú* e da *Enapu* foram informados que poderiam aderir ao plano de demissão voluntária com incentivos, mas o recusaram. Desse modo, foram demitidos pelas estatais em fevereiro do mesmo ano. No ano seguinte, os funcionários do *Ministerio de Educación e do Ministerio de Economía y Finanzas* foram submetidos às avaliações previstas no Decreto Lei 26093. Aqueles que não alcançaram a

pontuação mínima foram demitidos por *causal de excedencia*.

Esses trabalhadores demitidos por força dos dois decretos lei supramencionados recorreram ao Poder Judiciário Peruano, buscando a tutela do seu direito ao trabalho e defendendo o entendimento de que suas demissões foram arbitrárias. O caso seguiu até o Tribunal Constitucional Peruano, mas nenhuma das instâncias nem o tribunal superior entendeu pela ilegalidade ou inconstitucionalidade das demissões.

Entre os anos de 1996 e 2002, a Comissão Interamericana recebeu petições da *Federación Nacional de Trabajadores de la Empresa Nacional de Puertos S.A.*, do *Sindicato Único de Trabajadores Petroleros del Perú Zona Noroeste*, dos trabalhadores do *Ministerio de Educación*, e de Gloria Nila Amabelia Moreno Cueva e outros 14 trabalhadores do *Ministerio de Economía y Finanzas*, questionando as referidas demissões. Em 13 de maio de 2015, a Comissão decidiu pela acumulação dos casos.

A partir de 2001, foram criadas leis e normas administrativas destinadas à criação de comissões especiais para a revisão das demissões realizadas entre os anos de 1991 e 2000. Assim, foram publicadas listas de funcionários que teriam sido demitidos irregularmente e esses foram incluídos no Programa Extraordinário de Acesso a Benefícios.

A Comissão publicou o Informe de Fundo sobre os casos em 23 de março de 2015 e concluiu pela responsabilização internacional do Estado do Peru pela violação dos artigos 8.1 (Garantias Judiciais) e 25.1 (Proteção Judicial) do Pacto de São José da Costa Rica, além de estabelecer uma série de recomendações ao Estado. Uma vez que o mesmo não cumpriu as referidas recomendações, a Comissão submeteu o caso à Corte em 13 de agosto de 2015.

Após o devido prosseguimento do processo perante a Corte, esta decidiu, ao final, que o Estado do Peru foi responsável pela violação dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, além do artigo 26 da mesma, concernente ao direito ao trabalho. Deve-se frisar que nem todas as declarações de responsabilidade internacional foram decididas de forma unânime, tendo inclusive a declaração da violação do artigo 26 recebido cinco votos a favor e dois contra. Os votos dissidentes se encontram disponíveis ao final da sentença.

A Corte Interamericana compreendeu não apenas pela violação das garantias judiciais e da proteção judicial no presente caso, ela entendeu também pela violação do direito ao trabalho, na forma do artigo 26 da Convenção Americana. A interpretação adotada pela Corte foi a de que, uma vez que o Tribunal Constitucional Peruano estava em um momento de anomalias quando foi submetido o recurso extraordinário a ele pelos trabalhadores – o Tribunal contava com apenas quatro membros à época, pois os outros três magistrados haviam sido destituídos pelo Congresso em maio de 1997 e só foram reintegrados em novembro de 2000 –, havia uma situação generalizada de ausência de garantias e proteções judiciais, da onde

se infere a violação aos artigos 8 e 25 da Convenção Americana. Sobre a violação ao direito ao trabalho, tutelado no artigo 26 da referida Convenção, compreendeu-se que a proteção a esse direito envolve, também, a garantia do acesso à justiça e à tutela judicial efetiva, tanto no setor público quanto no setor privado das relações de trabalho e emprego.

Verifica-se que os dois precedentes supracitados tratam de bens jurídicos e hipóteses tuteláveis, na realidade brasileira, pela ação popular, sendo a Opinião Consultiva nº 23 concernente à proteção do meio ambiente e o Caso *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú* concernente a atos administrativos praticados tanto pela Administração Pública Direta quanto por empresas estatais, as quais se encontram no rol de instituições passíveis de situar-se no polo passivo da ação popular, conforme artigo 1º da Lei nº 4.717/65, que estavam eivados de ilegalidade, vez que, conforme verificado pelas comissões especiais destinadas a analisar tais atos, percebeu-se a existência de demissões irregulares, contrárias ao ordenamento jurídico vigente.

Desse modo, os referidos precedentes podem ser utilizados como embasamento jurídico e jurisprudencial para o ingresso de Ação Popular contra atos da Administração Pública que violem o direito de acesso aos povos autóctones ao meio ambiente sadio e aos recursos necessários para sua sobrevivência, bem como contra aqueles que, em relações de trabalho e emprego, violem o ordenamento jurídico vigente, o que pode ensejar responsabilização internacional do Estado pela violação ao direito ao trabalho.

Contudo, cabe frisar que, conforme salientado pelo Juiz da CIDH Sérgio García Ramírez, no caso *Tibi vs. Equador*, o controle de convencionalidade é equiparável ao controle de constitucionalidade. Contudo, inexistem no ordenamento jurídico brasileiro, até o momento, instrumentos para controle concentrado de convencionalidade, apenas são previstas hipóteses de controle difuso. Ainda, a partir do momento em que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal compreende que as normas e tratados internacionais anteriores à EC nº 45/04 possuem status supralegal, não constitucional, a estas não seria possível aplicar a regra de competência do controle concentrado de constitucionalidade, como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de São José da Costa Rica.

Desse modo, as restrições da Ação Popular quanto ao controle concentrado e ao controle difuso de constitucionalidade não se aplicam sobre a hipótese de adequação do ato administrativo às normas de Direito Internacional, com base em precedentes como, por exemplo, da Corte Interamericana. Cabe salientar que, até o momento, o único tratado de direito internacional dos direitos humanos incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do procedimento previsto pela EC nº 45/04 e que, portanto, possui status constitucional no entendimento do Supremo Tribunal Federal é a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Desse modo, apenas a ela são aplicadas as restrições destinadas aos controles de constitucionalidade na Ação Popular.

Conclusões

Cabe frisar que este trabalho está analisando uma situação hipotética, pois ainda não se tem notícia de Ação Popular que tenha concentrado sua fundamentação na correspondência aos tratados internacionais. De todo modo, enquanto conclusão parcial, verifica-se como plenamente possível tal hipótese, bem como se configuraria em ampliação do instrumental para garantia dos direitos humanos, focando-se na atuação da Administração Pública.

Entretanto, o Poder Judiciário demonstra resistência em relação à incorporação dos sistemas internacionais de direitos humanos no cotidiano jurídico nacional (RAMOS, 2016). Tal fator poderá gerar dificuldades para essa utilização diferenciada do instrumento da Ação Popular, dentre as quais questionamentos quanto ao status dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro, bem como resistência à vinculação dos magistrados à interpretação dada aos tratados pelas Cortes Internacionais legítimas de os interpretar.

Referências

ABERASTURY, P.; GOTTSCHAU, E. P. Interrelación del derecho supranacional em el procedimiento administrativo nacional. In: ABERASTURY, P.; BLANKE, H. J. **Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Lationoamérica y Europa**: presentación de la traducción de la Ley alemana de procedimiento administrativo. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung, 2012, p. 79-115.

ALESSANDRI, Pablo Saavedra. Algunas reflexiones em cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: BOGDANDY, A.; ANTONIAZZI, M. M.; PIOVESAN, F. **Ius Constitutionale Commune na América Latina**: diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade. Curitiba: Juruá, 2016, p. 89-123.

BLANKE, Hermann-Josef. La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo. In: ABERASTURY, P.; BLANKE, H. J. **Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Lationoamérica y Europa**: presentación de la traducción de la Ley alemana de procedimiento administrativo. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung, 2012.

BOGDANDY, Armin Von. **Hacia un nuevo derecho público, estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional**. México: UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Crónica de uma teoria de moda em América Latina: descifrando el discurso doctrinal sobre el control de convencionalidad. In: BOGDANDY, A.; ANTONIAZZI, M. M.; PIOVESAN, F. **Ius Constitutionale Commune na América Latina**: diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade. Curitiba:

Juruá, 2016, p. 11-47.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

_____. **Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México**. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

_____. **Caso Gelman Vs. Uruguay**. Supervisão de cumprimento de sentença.

_____. **Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil**. Sentencia de 24 de noviembre de 2010.

_____. **Caso López Álvarez Vs. Honduras**. Sentencia de 1 de febrero de 2006.

_____. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**. Sentencia de 25 de noviembre de 2003.

_____. **Caso Tibi Vs. Ecuador**. Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

_____. **Caso Vélez Loor Vs. Panamá**. Sentencia de 23 de noviembre de 2010.

CUNHA, José Ricardo. **Direitos humanos, poder judiciário e sociedade**. Rio de Janeiro: FGV, 2011, p. 27-40.

DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. **Curso de direito processual civil**. 12 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lucha contra las inmunidades del poder**. 3 ed. Madrid: Civitas Ediciones, 1983.

_____. **Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de Paradigma?**. 1 ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2007.

FACHIN, M. G.; RIBAS, A. C.; CAVASSIN, L. C. Perspectivas do controle de convencionalidade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Brasil: implicações para um novo constitucionalismo. In: BOGDANDY, A.; ANTONIAZZI, M. M.; PIOVESAN, F. **Ius Constitutionale Commune na América Latina: diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 283-298.

FLORES, Cristiano Vilhalba. **Controle de convencionalidade: integração jurídica e legitimidade do particular**. Curitiba: Juruá, 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular: proteção do erário público, do patrimônio cultural e do meio ambiente**. 5 ed. São Paulo: RT, 2003.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2016.

MEIRELLES, H. L.; WALD, A.; MENDES, G. F. **Mandado de segurança e ações**

constitucionais. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MERA, Manuel Góngora. **La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano**. In: VON BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor; y ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.), **Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos**. México D.F.: IIJ/UNAM e Instituto Max Planck de derecho Público Comparado y Derecho Internacional, 2014. Pp. 301-327.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogos entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, jan./jul. 2012, p. 68-71.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.