

RECEBIDO EM: 30/09/2015

APROVADO EM: 18/11/2015

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA VIA DIFUSA COMO FORMA DE OTIMIZAÇÃO E EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

*THE DIFFUSE CONTROL OF CONVENTIONALITY AS A
MECHANISM TO OPTIMIZE AND ENFORCEMENT OF
HUMAN RIGHTS*

Leandro Caletti

*Assessor Jurídico da União, mestrando no Programa de Mestrado Acadêmico em
Direito da Faculdade Meridional (IMED/RS). Área de concentração: direito, democracia
e sustentabilidade. Linha de pesquisa: fundamentos do direito e da democracia.*

Márcio Ricardo Staffen

*Doutor em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia (ITA). Doutor
e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)
Coordenador e Professor no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em
Direito da Faculdade Meridional (IMED/RS). Líder do Grupo de Pesquisa
Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos (PPGD-IMED)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Universalização dos Direitos Humanos; 2 Porosidade do ordenamento interno brasileiro às normas de matriz internacional; 3 O controle difuso de convencionalidade como forma de otimização e exigibilidade dos Direitos Humanos; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O estudo que ora se apresenta tem por escopo examinar o controle difuso de convencionalidade da produção normativa interna enquanto mecanismo prático e contributivo para a otimização e a exigibilidade dos Direitos Humanos. De efeito, o cenário posterior à Segunda Guerra Mundial foi pródigo na instalação de uma nova realidade, representada pela asserção do tema “Direitos Humanos” na ordem das relações interestatais, acarretando, inclusive, a abertura do ordenamento jurídico interno brasileiro às normas de matriz internacional. Como consequência da porosidade desse entrelaçamento, surge o necessário juízo de compatibilidade vertical – na temática deste exame, difuso – entre leis domésticas e normas de tratados ratificados pela República brasileira, de modo a repelir a produção interna predatória de Direitos Humanos de matriz internacional (norma interna que é vigente, mas inválida), controle esse inúmeras vezes recomendado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e que já começa a ganhar corpo na jurisprudência interna.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Convencionalidade. Tratados Internacionais. Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Fontes do Direito.

ABSTRACT: the study presented here aims to examine the diffuse control of conventionality of the internal normative production as a practical and contributory mechanism to optimize and enforcement of human rights. With effect, the scene after the Second World War was prodigal in setting up a new reality, represented by the assertion of the subject “human rights” in the order of interstate relations, causing inclusive the opening of the Brazilian domestic laws to international matrix standards. As a result of the porosity of this entanglement, comes the necessary vertical compatibility judgment - the theme of this examination, diffuse - among national laws and treaty provisions ratified by the Brazilian Republic, in order to repel a predatory internal production of human rights of international matrix (internal rule that is effective, but not valid), this control repeatedly recommended by the Inter-American Court of Human Rights and that is beginning to take shape in domestic jurisprudence.

KEYWORDS: Conventionality Control. International Treaties. Human Rights. Inter-American Court of Human Rights. Sources of Law.

INTRODUÇÃO

Este ensaio tenciona qualificar o controle difuso de convencionalidade da produção normativa doméstica como mecanismo prático e contributivo para a otimização e a exigibilidade dos Direitos Humanos.

Para tanto, no primeiro capítulo, descortina-se a universalização dos Direitos Humanos a partir do surgimento do constitucionalismo do segundo pós-guerra, valendo-se, no intento, do marco teórico de Gregorio Peces-Barba Martínez e da série de novas fontes que se agregaram ao direito (*corpo juris* dos tratados internacionais, especialmente os de Direitos Humanos, jurisprudência internacional, direito supraconstitucional universal e a jurisprudência das cortes universais).

No segundo capítulo, examina-se a porosidade do ordenamento constitucional brasileiro às normas de matriz internacional que versam Direitos Humanos, notadamente tendo-se em mira os dispositivos constitucionais de abertura. Pretende-se demonstrar, aqui, a fertilidade do terreno para a admissão da eficácia de normas internacionais de Direitos Humanos nas relações jurídicas domésticas concretas, através do exame difuso de convencionalidade.

Por derradeiro, na terceira seção, esmiúça-se o controle difuso de convencionalidade, demarcando seu histórico de nascimento e aparição na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ao final, apresenta-se o instituto como efetivo mecanismo de otimização e exigibilidade dos Direitos Humanos, ilustrando com casos práticos internos.

1 UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Embora o tempo imponha sua marcha, batendo, já, à porta da pós-modernidade, ainda se consome tempo e energia na discussão que perquire se os Direitos Humanos se constituem em direitos naturais e inatos, positivos, históricos ou, mesmo, derivados da moral.

Mesmo que, *a priori*, a historicidade dos Direitos Humanos pareça ser o caminho mais correto, posto não se trate de um direito posto, mas construído na rotina diária e quotidiana, a verdade é que os direitos preditos encerram, em seu âmago, uma pitada de cada atributo dos enumerados alhures.

De efeito, os Direitos Humanos enquanto posição de interesse legítimo internacional tiveram como embriões a redefinição de soberania estatal (mitigação) e a modificação de mentalidade acerca da titularidade desses direitos, alçando-se a pessoa a sujeito de direito internacional, mormente a partir do surgimento do constitucionalismo do segundo pós-guerra. Não sem razão, porquanto os sistemas legais anteriores se consubstanciaram em verdadeiros artifícios para a prática do genocídio, por exemplo.

Tem-se, nessa toada, a Convenção de Viena¹ como confirmatória do movimento iniciado décadas antes com a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal (sem esquecer os avanços da I Conferência², em Teerã, em 1968), de internacionalização e universalização dos Direitos Humanos. A partir dela, a par de se erigirem os Estados como responsáveis internacionais pela garantia dos Direitos Humanos, ao efeito de que não se permitisse o tratamento desses direitos como assuntos internos, as pessoas, agora, surgiam como sujeitos de Direitos Humanos.

O modo de processamento dessa internacionalização e universalização exigiu, por óbvio, a necessidade de implementação, efetivação e garantia desses direitos, o que só se mostraria possível a partir de uma sistemática internacional de monitoramento e controle (*international accountability*), o que se perfectibilizou com a adoção de instrumentos de alcance global e regional, que constituem, respectivamente, os sistemas Global e Regional de proteção internacional dos Direitos Humanos.

Simultaneamente, à preocupação com o Estado ganhou espaço a atenção com o seu modelo constitucional. Ademais, toda reflexão sobre o Estado importa em análise da Constituição³ e, toda apreciação atenta da Constituição atinge a funcionalidade do Estado. Ocorre que os tempos presentes têm apresentado uma nova moldura ao Estado e à sua Constituição, sobre a qual sobre-existem determinadas estruturas, mas esquadrejadas sobre novos *standards*.

Desde já se pontua que, neste estudo, pela delimitação proposta, não se esmiuçarão as fases citadas (internacionalização e universalização dos Direitos Humanos), importando, isto, sim, uma análise crítica e atualizada.

1 Conferência Mundial Sobre os Direitos do Homem, Viena, 14-25 jun. 1993.

2 I Conferência Internacional de Direitos Humanos, Teerã, 22 abr.-13 maio 1968.

3 MATTEUCCI, Nicola. *Lo stato*. Bolonha: Società editrice il Mulino, 2005.

Esse limite temático, entretantes, não pode furtar ao leitor o esclarecimento de Gregorio Peces-Barba Martínez⁴ acerca do ponto:

Desde el punto de vista de los tipos de reflexión que suscitan cada una, hay que precisar que la universalidad racional se plantea en la discusión sobre el fundamento y el concepto de derechos humanos, la histórica en lo que he llamado el proceso de generalización de los derechos y la espacial, en él de internacionalización. Las dos primeras son hoy más teóricas y doctrinales, aunque la generalización representó una importante lucha especialmente en el siglo XIX, y la tercera está hoy, además de en un plano teórico, en el núcleo de una lucha práctica por la extensión a todas las zonas del mundo de los derechos humanos, superando la idea de que se encuentran en el ámbito de la jurisdicción doméstica de los Estados y con el lento avance de normas a nivel regional (europeo o americano) o mundial (de Naciones Unidas).

Eduardo Bittar⁵, nessa linha argumentativa, discorre:

Sem maiores delongas, é com Foucault, a partir das reflexões de Marcio Alves da Fonseca, que se pode falar em quebra da universalidade da concepção de direitos humanos. A quebra da sua universalidade não importa em desprezo ou relativização desta categoria de direitos, mas em mudança de eixo na discussão dos problemas que os afetam, do plano da justificação metafísica para o plano da real efetividade na qual se assentam as práticas sociais afirmativas de direitos humanos.

Assiste razão, de fato, às novas posições que pretendem transpor estereótipos enraizados acerca dos Direitos Humanos, propugnando por leituras e interpretações que, não obstante não neguem importância às questões históricas e conceituais, deem mais atenção à problemática envolvendo a sua realização diária e quotidiana.

Ademais, o fenômeno da universalização de determinada categoria jurídica jamais foi sinônimo – muito menos na atualidade – de efetividade da mesma. O critério, pois, da universalidade serve muito mais à confiabilidade do que à concretização dos direitos, afeta essa última a ponderações de cunho programático.

4 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. La universalidad de los derechos humanos. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*. Madrid, n. 15-16, v. II, p. 613-633. p. 617, 1994.

5 BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 290.

Assim, nos dizeres de Vladimir Safatle as relações entre Justiça e Direito se extinguem no seio de “Estados ilegais” que bloqueiam o acesso substancial dos indivíduos ao gozo efetivo das prerrogativas humanitárias e democráticas. Logo, não se pode perder de vista a advertência de Slavoj Zizek ao tratar do afastamento da ética política no mundo atual⁶.

Numa visão mais ampla, crítica e serena, o já citado Peces-Barba Martínez situa em três planos – imbricados na raiz – a questão da universalidade dos Direitos Humanos, a saber, lógico, temporal e espacial. No primeiro, se faz referência à titularidade, inerente a todos os seres humanos, dizendo, o segundo, com o caráter racional e abstrato à margem do tempo e válidos para qualquer momento histórico. O terceiro, por fim, pertine com a extensão da cultura dos Direitos Humanos a todas as sociedades políticas, sem exceção⁷.

Importa reconhecer que a maioria da doutrina, mormente a relativista cultural, para quem “o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal, tornando-se necessário que se respeite as diferenças culturais apresentadas por cada sociedade, bem como seu peculiar sistema moral”⁸, sempre se ateu ao primeiro plano elencado pelo precitado jurista espanhol (lógico).

Essa visão, todavia, é obliterada, posto que os critérios lógico e racional da universalização acabarão conduzindo os Direitos Humanos a uma limitação de ordem positivo-territorial, entendendo-se por um direito humano universal aquele exercido por qualquer pessoa, todavia, dentro da jurisdição territorial de um ordenamento nacional.

Gregorio Peces-Barba Martínez⁹ esclarece, no ponto, com a propriedade habitual:

Me parece que los objetivos que se pretenden, en la relación especialmente con la universalidad espacial se consiguen con este planteamiento de la universalidad de la moralidad básica que justifica los derechos humanos, y que permite mantener su permanencia, junto

6 SAFATLE, Vladimir. *Cinismo e falência da crítica*. São Paulo: Boitempo, 2008.

7 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. La universalidad de los derechos humanos. *Tiempo de Paz*. Madrid, n. 52-53, 1999, p. 180-190. p. 181.

8 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 157.

9 PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1999. p. 188.

con la historicidad y la variabilidad de algunas pretensiones morales que fundamenten derechos, al hilo de un tiempo histórico. Lo universal es la moralidad básica de los derechos, más que los derechos mismos, al menos en esta consideración “a priori”.

Com acerto, a sementeira do universalismo característico dos Direitos Humanos repousa nessa pretensão moral justificada que congrega realidade histórica e vida quotidiana, tudo culminando numa atualização constante de valores aptos a tornar possível uma vida social em consonância com a dignidade humana.

Todavia, praticar o universalismo dos Direitos Humanos na aplicação, em última análise, do direito internacional dos Direitos Humanos de forma generalizada a todos os Estados, tanto no sistema interno, como no internacional, ainda se constitui em aspirada utopia. Isso porque se parte da noção – parcial – de que os Direitos Humanos retratam unicamente um interrelacionamento entre Estados ou entre Estados e organizações internacionais.

Onde repousa, entretanto, o defeito dessa concepção? Reside em desconsiderar o humanismo ínsito ao ideal de Direitos Humanos, o qual, aliás, lhe serve de substrato. Um humanismo que parte dos ideais mais nobres de alteridade, caridade (não apenas a material), solidariedade e fraternidade, características essas que, metafisicamente, compõem a própria nascente dos Direitos Humanos¹⁰.

Nesse estado de coisas, ainda que de forma paulatina e demorada, o eixo de visão do direito pós-moderno, que engloba o universalismo predito, vai se modificando de um cenário lógico-formal para uma postura axiológica e compreensiva que acolhe os Direitos Humanos enquanto anteparo da própria manutenção da vida e da espécie humana. Vai se permitindo, assim, uma interação com novas fontes do direito, gestadas a partir das novas relações dos Direitos Humanos e internacional (direito global), até então inexploradas.

Hoje, o intérprete do direito, além das leis, códigos, Constituição, jurisprudência e doutrina internas, precisa se familiarizar com o *corpo juris* dos tratados internacionais, especialmente os de Direitos Humanos, com a jurisprudência internacional, com o direito supraconstitucional universal e com a jurisprudência das cortes universais.

10 Cf. LEVINAS, Emmanuel. *Ética e infinito*: diálogos com Philippe Nemo. Tradução: João Gama. Lisboa: 70, 1982.

Chega-se, hodiernamente, inclusive, a se falar de organizações privadas regulando assuntos globais e de interesse direto e crucial dos Direitos Humanos, como observa Márcio Ricardo Staffen, de forma judiciosa:

Ademais, observa-se uma progressiva majoração de organizações privadas na tratativa de assuntos globais, com gerência regulamentadora e reguladora, nas mais diversas áreas de incidência e de competência material. São entes originariamente privados, sem vínculos governamentais, que se dedicam à proteção ambiental, ao controle da pesca, à fruição dos direitos sobre a água, à segurança alimentar, às finanças e ao comércio, à *internet*, aos fármacos, à tutela da propriedade intelectual, à proteção de refugiados, à certificação de insumos quanto à procedência, à preservação da concorrência, ao controle de armas e combate ao terrorismo, ao transporte aéreo e naval, aos serviços postais, às telecomunicações, à energia nuclear e seus resíduos, à instrução, à imigração, à saúde e ao esporte.¹¹

Contudo, tão significativa quanto o desvelar dessa nova estrutura de fontes do direito pós-moderno é a constatação no sentido de que há um entrelaçamento dialogante e interdependente entre elas, a permitir – no que toca diretamente com a temática deste estudo – uma porosidade do ordenamento jurídico interno brasileiro às normas de matriz internacional que protejam Direitos Humanos, inclusive com o afastamento das primeiras em detrimento das segundas, nas hipóteses de inconveniência, do que se passa a tratar.

2 POROSIDADE DO ORDENAMENTO INTERNO BRASILEIRO ÀS NORMAS DE MATRIZ INTERNACIONAL

Com o advento da Constituição Federal de 1988, abriu-se o ordenamento interno ao respeito aos Direitos Humanos, notadamente através da adoção, no inciso II do artigo 4º, do “princípio da prevalência dos direitos humanos” como objetivo da República. Esse dispositivo constitucional representou o ressurgimento do Brasil no cenário de direito internacional, do qual estivera ausente pelos vinte e um anos de período ditatorial de exceção.

11 STAFFEN, Márcio Ricardo. O direito na perspectiva global: quo vadis? In: TRINDADE, André Karam; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; BOFF, Salete Oro (Orgs.). *Direito, democracia e sustentabilidade*: anuário do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Meridional. Passo Fundo: IMED Editora, 2014. p. 215-241. p. 228, grifo do autor.

A par de um norte louvável, tal norma se consubstanciou em verdadeira diretriz de atuação para o Estado brasileiro na ordem internacional, todavia, não apenas na participação elaborativa e deliberativa de normas convencionais protetivas dos Direitos Humanos (relações entre Estados), mas também – e principalmente – na sujeição de seus comportamentos ao regramento convencional a que se obrigou voluntariamente.

Em paralelo, mas com imbricação clara, erigiu o legislador constituinte a cláusula de abertura material do parágrafo 2º do artigo 5º, pela qual o catálogo de direitos fundamentais não se esgota no texto constitucional, sendo, ao revés, receptivo das normas de matriz internacional oriundas de tratados ratificados pela República brasileira.

Abriu-se, assim, o direito constitucional positivo brasileiro a uma fundamentalidade material assim retratada por Ingo Sarlet¹²:

Inspirada na IX Emenda da Constituição dos EUA e tendo, por sua vez, posteriormente influenciado outras ordens constitucionais (de modo especial a Constituição portuguesa de 1911 [art. 4º]), a citada norma traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo.

De efeito, essa porosidade do ordenamento interno ao internacional traz consequências de duas ordens: uma, no âmbito da titularidade de novos direitos fundamentais (de índole material), e, outra, na compatibilidade da produção normativa doméstica com as normas de matriz internacional ratificadas.

No tocante à primeira, leciona Antonio Augusto Cançado Trindade¹³:

Com a interação entre o Direito Internacional e o Direito interno, os grandes beneficiários são as pessoas protegidas. [...] No presente contexto, o Direito Internacional e o Direito interno interagem e se auxiliam mutuamente no processo de expansão e fortalecimento do direito de proteção do ser humano.

12 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 78-79.

13 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, v. 46, n. 182, p. 53, jul./dez. 1993.

Referentemente à segunda ordem de consequências, é preciso perquirir por como se fixou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tema da hierarquia das normas de matriz internacional ratificadas, depois de anos de discussões entre monismo e dualismo¹⁴.

No Pretório Excelso, desde o julgamento do recurso extraordinário n. 80.004, em 1977, vigorou o entendimento da paridade entre normas oriundas de tratados internacionais – de que natureza fossem – e a legislação ordinária. Eventual dissenso, nesse cenário, era resolvido pelos critérios ordinários de solução de antinomia de regras (cronológico, especialidade e hierárquico), em se tratando de incompatibilidade com a legislação ordinária, e a absoluta supremacia das normas constitucionais, nas hipóteses de confrontos com o texto constitucional.

A partir, todavia, do julgamento do recurso extraordinário n. 466.343, ocorrido em 3 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal uniformizou interpretação segundo a qual as normas de matriz internacional atinentes a Direitos Humanos gozam de supralegalidade em face da legislação ordinária nacional.

Malgrado se afigure indubitável o avanço obtido com o predito julgamento em termos de otimização e exigibilidade dos Direitos Humanos – nos parágrafos subsequentes se verá por que –, quedou-se perdida a oportunidade de atribuir nível materialmente constitucional às normas de Direitos Humanos oriundas de tratados internacionais (independentemente da aprovação qualificada do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição), o que advogo de longa data (todos os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Estado brasileiro e em vigor têm índole e nível de normas constitucionais, material ou formalmente, não importando *quorum* de aprovação do tratado – inteligência do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição). Era precisamente essa, aliás, a tese que restou vencida por cinco voto a quatro (dois ministros não participaram do julgamento), defendida pelo ministro Celso de Mello.

Seja como for, sublinha-se que a posição vencedora no julgamento – supralegalidade –, embora progressiva, acaba conduzindo a uma impropriedade de alta indagação. Ela faz nascer, no ordenamento, uma duplicidade de regimes jurídicos impertinente para o atual sistema de proteção dos Direitos Humanos, uma vez que erige categorias de tratados que têm o mesmo fundamento jurídico (conforme ingressados a partir dos

14 Cf. PIOVESAN, 2002. p. 75-98.

mecanismos do parágrafo 3º [nível constitucional] ou do parágrafo 2º [nível supralegal] do artigo 5º da Constituição Federal). E veja-se que esse fundamento jurídico (que também é ético, moral e humanitário) não lhes é dado por alguma instância interna (direito ou Poder), mas, sim, emana da própria ordem internacional de onde tais tratados provêm.

Efetivamente, ao produzir as “categorias” dos tratados de nível constitucional e supralegal, a tese da supralegalidade finda por nortear instrumentos iguais de maneira totalmente diferente. Mais: ao criar uma categoria supralegal de normas, por via oblíqua, relega essas normas a um plano de paralegalidade, dando a entender que os tratados de Direitos Humanos insertos nessa condição encontram-se apartados do arcabouço jurídico aplicável.

Ainda assim, a partir da conclusão do julgamento do recurso extraordinário n. 466.343, se verifica uma nova divisão na pirâmide normativa clássica, localizada entre a base (legislação ordinária) e o topo (Constituição) e representada pelas normas oriundas de tratados internacionais inerentes a Direitos Humanos. Importa referir que, no tocante aos tratados de matéria ordinária ou comum, a supralegalidade emerge diretamente do artigo 27 da Convenção de Viena, internalizada através do Decreto n. 7.030/09¹⁵.

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes e Valerio Mazzuoli¹⁶, a partir da adoção da tese da supralegalidade, já se pode afirmar que Estado brasileiro se qualifica como “um Estado de Direito onde tem relevância ímpar o Direito Internacional”. No ponto, parece-nos que a relevância destacada é dos Direitos Humanos, não do internacional, ainda mais se tendo em linha de consideração que os primeiros têm se mostrado de mais fácil aplicação do que os segundos. Aliás, parece ter sido exatamente essa a preocupação do constituinte reformador, ao acrescentar o parágrafo 3º ao artigo 5º do texto constitucional.

Doravante, promulgou-se a Emenda à Constituição n. 45, que acresceu o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, pelo qual os tratados internacionais sobre Direitos Humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, têm equivalência com emendas constitucionais.

15 Artigo 27. *Direito Interno e Observância de Tratados*. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

16 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Características gerais do direito (especialmente do direito internacional) na pós-modernidade. *Revista Themis*, Lisboa, n. 18, p. 5-31. p.15, 2010.

Outra vez, querela surgiu acerca da temática da recepção dos tratados anteriores, concomitantes e futuros à inserção constitucional¹⁷.

No que toca diretamente com o controle de convencionalidade, nos dizeres de Valerio Mazzuoli¹⁸,

[...] a Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição, trouxe a possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um *quorum* qualificado, a fim de passarem (desde que ratificados e em vigor no plano internacional) de um *status* materialmente constitucional para a condição (formal) de tratados “equivalentes às emendas constitucionais”. E tal acréscimo constitucional trouxe ao direito brasileiro um novo tipo de controle à normatividade interna, até hoje desconhecido entre nós: o controle de convencionalidade¹ das leis. Ora, à medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5º, § 2º) ou material e formalmente constitucionais (art. 5º, § 3º), é lícito entender que, para além do clássico “controle de constitucionalidade”, deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.

Noutras palavras, os tratados de Direitos Humanos aprovados pelo *quorum* do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição¹⁹ se constituem em paradigmas, inclusive, para o controle jurisdicional concentrado de convencionalidade, visto que a apreciação pela via difusa já era permitida desde a promulgação do texto constitucional de 1988 e, mesmo, a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consolidada no julgamento do recurso extraordinário n. 466.343 (atribuição de supralegalidade às normas oriundas de tratados de Direitos Humanos em relação à legislação interna).

Releva assinalar, aqui, que o objeto do presente exame se circunscreve à forma difusa do controle predito, em cujo âmbito a jurisprudência nacional, ainda que esparsa e pontualmente, tem registrado alguma evolução.

17 Cf. CALETTI, Leandro. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no cenário da Emenda à Constituição n. 45/2004: notas acerca da compulsoriedade do novo regime e da denúncia dos tratados. *Revista da AGU*, n. 13, Brasília, p. 153-176, 2007.

18 MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 73.

19 Até o presente momento, apenas a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007 e aprovados pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009.

O controle de convencionalidade se constitui, portanto, em instrumento de anteparo e de concretude das normas de Direitos Humanos, desiderato esse cumprido, mormente, como escrito alhures, através do controle jurisdicional difuso, numa importante imbricação entre processo (procedimento) e Direitos Humanos.

3 O CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE COMO FORMA DE OTIMIZAÇÃO E EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

O controle de convencionalidade, que, com essa denominação, aparece pela primeira vez na jurisprudência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Almonacid Arellano vs. Chile*²⁰, se constitui em ferramenta que permite aos Estados cumprir a obrigação de garantia dos Direitos Humanos no âmbito interno.

Isso se concretiza na verificação da conformidade da produção normativa e das práticas nacionais com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)²¹, com outros instrumentos convencionais internacionais e com a jurisprudência principalmente da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Essa obrigação emerge diretamente, portanto, do artigo 2^o²², combinado com o artigo 74.2 (depósito dos instrumentos de ratificação), ambos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Demais disso, o predito encargo sofre o reforço do já citado artigo 27 da Convenção de Viena, que preconiza a impossibilidade de determinado Estado se escudar em disposições do seu direito interno para afastar o cumprimento de obrigações convencionais internacionais.

Seja como for, o que interessa ao deslinde da questão atinente à otimização e à exigibilidade dos Direitos Humanos, é que tribunais e

20 Adota-se o ponto de partida do surgimento do instituto na Comissão Interamericana de Direitos Humanos devido ao reconhecimento, pelo Estado brasileiro, de sua jurisdição obrigatória. Acerca dos antecedentes históricos do instituto, consulte-se MAZZUOLI (2011. p. 81-82).

21 O Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), e, mediante o Decreto n. 4.463, de 8 de novembro de 2002, reconheceu, o Brasil, a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

22 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.

juízes efetivamente realizem o cotejo de compatibilidade vertical do direito doméstico com o corpo de tratados que versem Direitos Humanos, seja pela via concentrada (Supremo Tribunal Federal e Tribunais de Justiça dos Estados), seja pela difusa (Poder Judiciário), no exercício da competência dos tratados, afastando a validade das normas internas incompatíveis.

Releva chamar a atenção, no ponto, para uma conclusão advinda com o controle de convencionalidade: a compatibilidade da lei com o texto constitucional não lhe garante mais o atributo da validade no âmbito do ordenamento interno. Essa garantia só lhe é conferida depois do seu cotejo com o corpo de tratados ratificados pelo país (controle de convencionalidade e de supralegalidade²³).

A negativa de vigência das normas de Direitos Humanos de matriz internacional ratificadas e justapostas à produção normativa interna – não realização do controle de convencionalidade – não apenas depõe a favor da inocuidade dos Direitos Humanos, como também assinala um pernicioso proceder da República na direção do cometimento de ilícitos internacionais.

Em reiteradas oportunidades, a Corte Interamericana de Direitos Humanos recomendou que o Estado-parte em que verificada a incompatibilidade entre a norma de matriz internacional ratificada e a legislação interna realizasse o efetivo controle de convencionalidade²⁴.

Confira-se, no ponto, a título ilustrativo, o “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”²⁵, extraído do Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no qual restou consignado que, embora reconhecendo que os juízes e tribunais estão obrigados a aplicar as disposições do ordenamento interno, a partir da assinatura de um tratado internacional como a Convenção Americana, os órgãos jurisdicionais, aparato do Estado que são, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos da norma consensual não sejam atingidos predatoriamente pela legislação interna. Há, portanto, nítido mandamento para o exercício do controle de convencionalidade.²⁶

23 Cunhou-se a expressão “controle de supralegalidade” para designar o juízo de compatibilidade das normas domésticas com o corpo de tratados que versa matéria comum ordinária, não atinente a direitos humanos.

24 O fundamento convencional da natureza obrigatória das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos repousa no artigo 68, parágrafo 1º, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

25 Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

26 No mesmo sentido desse julgado, podem ser arroladas as seguintes decisões, constantes do mesmo Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: (1) Caso Trabajadores

Relativamente à República brasileira, colhe-se o seguinte julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos, retratado por Flávia Piovesan²⁷:

Em 24 de novembro de 2010, no caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil em virtude do desaparecimento de integrantes da guerrilha do Araguaia durante as operações militares ocorridas na década de 70. Realçou a corte que as disposições da lei de anistia de 1979 *são manifestamente incompatíveis com a Convenção Americana*, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação de graves violações de direitos humanos nem para a identificação e punição dos responsáveis. Enfatizou que leis de anistia relativas a graves violações de direitos humanos *são incompatíveis com o Direito Internacional* e as obrigações jurídicas internacionais contraídas pelos Estados. Respaludou a sua argumentação em vasta e sólida jurisprudência produzida por órgãos das Nações Unidas e do sistema interamericano, destacando também decisões judiciais emblemáticas *invalidando* leis de anistia na Argentina, no Chile, no Peru, no Uruguai e na Colômbia.

Antes de se prosseguir com o exame das medidas pontuais de controle difuso de convencionalidade que vêm emergindo pelos tribunais do país, se afigura pertinente uma pausa para lançar algumas linhas acerca do julgamento do “Caso Guerrilha do Araguaia”, acima citado, e a oportunidade que tivera, antes, o Supremo Tribunal Federal de controlar a convencionalidade. Malgrado, na espécie, se esteja a pisar no terreno do controle concentrado de convencionalidade, que não é objeto deste estudo, as considerações doravante articuladas contextualizam o cenário brasileiro do instituto, de inexorável olhar para a boa compreensão.

A sentença cujo excerto foi colacionado restou proferida, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 24 de novembro de 2010. Sucede que, em 29 de abril daquele ano, o Supremo Tribunal Federal julgara improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 153, que perseguia a declaração de não receptividade, pela Constituição Federal de 1988, do parágrafo 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683, de 19 de dezembro de 1979 (Lei de Anistia).

Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006; e (2) Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

27 PIOVESAN, op. cit., p. 96, grifo nosso.

Equivale dizer que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, mesmo ciente do julgamento de receptividade da Lei de Anistia pelo Pretório Excelso, proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, acabou admoestando a Corte constitucional brasileira, ao condenar a República no caso submetido à jurisdição interamericana.

E isso não é sem razão, porquanto o julgamento do Supremo Tribunal Federal, excepcionada breve referência no voto do Ministro Celso de Mello, ignorou solenemente a jurisprudência maciça da Corte Interamericana de Direitos Humanos atinente à matéria (colacionada alhures). Mesmo os votos vencidos não contêm uma linha sequer dos julgados da Corte intercontinental.

O problema central dessa omissão, entretanto, em nosso sentir, não repousa no fato de a Corte suprema de um país que aceitou se submeter à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos desconsiderar os julgados dessa última; reside, isto, sim, em encaminhar o Estado brasileiro a um sancionamento por ilícito internacional, circunstância que se verificou meses depois. A par, é claro, de, enquanto instância máxima do Poder Judiciário nacional, desencorajar as instâncias inferiores à prática – salutar e otimizadora de direitos – do controle de convencionalidade.

É exatamente por essa razão que se afirmou, linhas atrás, que desconsiderar a negativa de vigência das normas de Direitos Humanos de matriz internacional ratificadas e justapostas à produção normativa interna – não realização do controle de convencionalidade – não apenas depõe a favor da inocuidade dos Direitos Humanos, como também assinala um pernicioso proceder da República na direção do cometimento de ilícitos internacionais.

Seja como for, esse precedente interamericano parece ter sido, internamente, a centelha de uma maior atenção, dos juízes e tribunais, para a necessidade de se controlar, além da constitucionalidade das normas internas, a sua compatibilidade vertical com os tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

Atendendo, pois, a essa exigência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos – que, no defender deste estudo, otimiza e confere exigibilidade aos Direitos Humanos em casos processuais práticos –, a atividade pretoriana nacional tem se dedicado a controlar, na via

difusa, a convencionalidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil²⁸.

Em 17 de março de 2015, proferindo sentença nos Autos n. 0067370-64.2012.8.24.0023²⁹, o magistrado Alexandre Moraes da Rosa controlou a convencionalidade do artigo 331 do Código Penal em face da Declaração de Princípios Sobre a Liberdade de Expressão (inscrita no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos), ponderando cumprir ao julgador afastar a aplicação de normas internas que se justaponham a tratados internacionais de Direitos Humanos, destacando, em especial, a Convenção Americana e a jurisprudência das instâncias judiciais internacionais de âmbito americano e global.

De efeito, no caso concreto colacionado, afastou-se a incidência do artigo 331 do Código Penal porque incompatível (norma existente, mas inválida) com a norma do artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Igual modo, em 17 de junho de 2015, o Tribunal Superior do Trabalho, no exame do recurso de revista n. TST-RR-804-12.2012.5.04.0292³⁰, controlou a convencionalidade do artigo 146 da Consolidação das Leis do Trabalho em face dos artigos 4º e 11 da Resolução n. 132 da Organização Internacional do Trabalho, retratando com perfeição em que medida o instrumento examinado neste artigo pode contribuir para a otimização e a exigibilidade dos Direitos Humanos de matriz internacional.

Vale dizer, a norma internacional confere ao trabalhador nacional o benefício de concessão de férias proporcionais, mesmo na hipótese de demissão por justa causa, o que era vedado pela legislação interna, inclusive com a reafirmação através de verbete sumular do tribunal superior.

28 No Brasil, por ora, não logrou reverberar, em contraponto ao exercício do controle de convencionalidade, a teoria da “*margen de apreciación*”, comumente defendida perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. A pretexto, pois, de uma análise mais aprofundada acerca da fundamentação predita, recomenda-se a leitura de CONTRERAS, 2014, p. 235-274.

29 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Ação Penal n. 0067370-64.2012.8.24.0023, da Quarta Vara Criminal da Comarca de Florianópolis*. Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Réu: A. S. dos S. F. Florianópolis, 17 de março de 2015. Disponível em: <<http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0N000MCYC0000&processo.foro=23>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

30 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de revista n. TST-RR-804-12.2012.5.04.0292, da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho*. Recorrente: Atacadão – Distribuição, Comércio e Indústria Ltda. Recorrida: Graciela Aguiar Chuma. Relator: Ministro Douglas Alencar Rodrigues. Brasília, 17 de junho de 2015. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=0000804&digitoTst=12&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=04&varaTst=0292&submit=Consultar>>. Acesso em: 1 jul. 2015.

Ora, se circunstâncias que tais, possibilitadas unicamente pelo controle difuso de convencionalidade, não se constituem em mecanismo de otimização e exigibilidade dos Direitos Humanos, nada se constitui, visto que incidente norma de matriz internacional diretamente no afastamento da validade de norma interna, no âmago de relação processual de nítido caráter privado.

Prima facie, àqueles que torcem o nariz para a modificação que as fontes do direito têm passado, pode ressoar até metafísica a aspiração de que normas de Direitos Humanos de matriz internacional, convencionais e, não raro, até oriundas mesmo de instituições que não possuem caráter de direito público externo, tenham eficácia e sejam efetivas a ponto de suplantarem norma doméstica positiva e tida por recepcionada pela Constituição vigente.

Todavia, na esteira da nova estruturação das fontes do direito – que não mais se estratificam na forma piramidal, assemelhando-se, agora, a uma infinita rede ou teia, com interligações e ramais –, o ordenamento interno, que, outrora, se mostrava sólido, passou a ostentar uma porosidade que dá azo à entrada e à efetividade das normas de estatura internacional.

E tanto é assim, que o próprio Poder Executivo já se lança a, em condutas proativas e administrativas, contrólarem previamente a convencionalidade. A Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, a título ilustrativo, editou, em 23 de abril de 2015, a Recomendação Conjunta Subdefensoria e CDH n. 02/2015³¹, que orienta à sustentação da absolvição do agente nas hipóteses de incriminação pelo crime de desacato.

Por derradeiro, como, de forma insistente, tem exposto a Corte Interamericana de Direito Humanos, os tratados modernos sobre Direitos Humanos têm um caráter peculiar, cujos objeto e fim desaguam num ponto comum, a saber, a proteção dos direitos dos seres humanos, com independência da sua nacionalidade, tanto frente ao próprio Estado (consabidamente, o maior violador de Direitos Humanos), quanto aos restantes estados contratantes.

Significa compreender que não se está a tratar de tratados multilaterais tradicionais, concluídos em função de uma relação recíproca de troca de direitos, para o benefício mútuo dos estados contratantes; ao contrário, quando os Estados aprovam um tratado sobre Direitos Humanos, aceitam se submeter a um ordenamento *sui generis*, dentro do qual assumem

31 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. *Recomendação Conjunta Subdefensoria e CDH n. 02/2015*. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/desacato-nao-e-crime-recomendacao-da-defensoria-publica-do-es/>>. Acesso em: 25 maio 2015.

diversas obrigações, não com os demais estados contratantes, mas, sim, com as pessoas internamente jurisdicionadas.

O controle difuso de convencionalidade, nessa medida – como também o seria o concentrado, se admitido, por via das ações constitucionais –, afora se consubstanciar em anteparo às normas de Direitos Humanos (de tratados ratificados pelo Brasil e em vigor), se constitui em verdadeiro instrumento de otimização e exigibilidade desses últimos.

Essa afirmação tem cabimento não apenas pela importância e pela pertinência teórica do exame de compatibilidade vertical da produção doméstica com o corpo de tratados, que desvela maturidade democrática institucional e credibilidade internacional, mas também e mormente por seu efeito prático e concreto na vida das pessoas.

Noutras palavras, trata-se mesmo de concretizar a Constituição, através de sua interpretação no caso concreto, na lide posta, no bem da vida que é objeto daquela relação jurídica em específico e na influência direta que esse bem e o que o rodeia tem na vida das pessoas envolvidas.

Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas. Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.³²

Significa consolidar, como lido, a ideia de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, como propugnado por Peter Häberle, pela qual o círculo de intérpretes da Lei Fundamental deve ser alargado para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional num cenário multinível de proteção dos Direitos Humanos que se espalha sistema jurídico afora, inclusive com a circulação de modelos jurídicos no âmbito de um direito global, que, embora ainda não totalmente conhecido, entendido e explorado, se mostra um fato incontestável.

32 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 14-15.

Se, pois, a Constituição é um documento misterioso, como atesta John Paul Stevens, necessita-se abrir clareiras coerentes para sua interpretação e vivência.

Em complemento, faz-se necessário reconhecer a compulsoriedade de vivência humanista e constitucional pelos indivíduos num todo e não simplesmente como roteiro de práticas estatais. Não se duvida que os Direitos Humanos, a Constituição, assim como todo o ordenamento jurídico³³, precisam ser incluídos nas práticas intersubjetivas dos indivíduos com espontaneidade. Somente quando se está inserido neste processo vigora o interesse na defesa das suas determinações. Em síntese, os Direitos Humanos não podem estar divorciados das rotinas mais “simples” da vida social.

A concretização conjugada, assim, da Constituição e dos Direitos Humanos que a orientam e conformam (aberturas formal e material), numa imbricação necessária e sistemática por ela própria instituída, redundando na exigibilidade e na otimização de ambos. Satisfazem-se, assim, de forma prática, os de bens da vida das pessoas, numa aproximação salutar e necessária entre direito, processo (enquanto procedimento) e realidade.

De igual sorte, conforme adverte Peter Häberle³⁴ do ponto de vista jurídico o povo (enquanto elemento humano do Estado) tem uma Constituição. Mas isto não pode ser exauriente. É necessário que se avance para sendas mais abertas e se reconheça que a humanidade é parte da Constituição, seguindo recomendação de Hermann Heller³⁵.

4 CONCLUSÃO

Quando se está a tratar de Direitos Humanos, se impõe reconhecer que os tratados multilaterais que os conduzem não são tradicionais, concluídos em função de uma relação recíproca de troca de direitos, para o benefício mútuo dos estados contratantes. De forma contrária, quando

33 Aqui, duas ressalvas são pertinentes. Primeiro, a transcendência da simplória e minimalista compreensão da lei como instrumento de coação. Segundo, a necessidade de se manter atento à produção legislativa infraconstitucional. O avanço de teorias constitucionais não pode significar um preterimento da legislação, sob pena de se viver em duas realidades paradoxais. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Intorno alla legge: il diritto come dimensione del vivere comune*. Torino: Einaudi, 2009; LEAL, PEREIRA Rosemíro. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Forum, 2010.

34 HÄBERLE, Peter. *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*. p. 33.

35 “No atual estágio da nossa evolução social é justamente a Teoria do Estado que há de responder à questão de como, dentro da realidade social, é oportuno que tenha praticamente sentido e seja, além disso, possível tornar a Constituição relativamente separada desta realidade social, objeto de um método dogmático especial”. HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. p. 307.

os Estados aprovam um tratado sobre Direitos Humanos, aceitam se submeter a um ordenamento *sui generis*, dentro do qual assumem diversas obrigações, não com os demais estados contratantes, mas, sim, com as pessoas internamente jurisdicionadas.

O controle difuso de convencionalidade, nessa medida, afora se consubstanciar em anteparo às normas de Direitos Humanos (de tratados ratificados pelo Brasil e em vigor), se constitui em verdadeiro instrumento de otimização e exigibilidade desses últimos, desvelando salutar maturidade democrática institucional e credibilidade internacional. Ademais, faz transparecer a perfeita concretização da Constituição, através de sua interpretação na lide posta, no bem da vida que é objeto daquela relação jurídica em específico.

Releva constatar, assim, o reconhecimento da compulsoriedade da vivência humanista e constitucional pelos indivíduos num todo e não simplesmente como roteiro de práticas estatais, porquanto os Direitos Humanos, a Constituição, assim como todo o ordenamento jurídico precisam ser incluídos nas práticas intersubjetivas dos indivíduos com espontaneidade. Aliás, somente quando se está inserido neste processo, vigora o interesse na defesa das suas determinações.

A concretização conjugada, assim, da Constituição e dos Direitos Humanos que a orientam e conformam (aberturas formal e material), numa imbricação necessária e sistemática por ela própria instituída, redundando na exigibilidade e na otimização de ambos. Satisfazem-se, assim, de forma prática, os de bens da vida das pessoas, numa aproximação salutar, afanosa e necessária entre direito, processo (enquanto procedimento) e realidade.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 16. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 15 maio 2015.

BRASIL. Decreto n. 4.463, de 8 de novembro de 2002. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 nov. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4463.htm>. Acesso em: 15 maio 2015.

BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 dez. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 20 ago. 2015.

BRASIL. Emenda à Constituição n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder executivo, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental* n. 153, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2644116>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário n. 80.004*, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília, 1 de junho de 1977. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário n. 466.343*, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Ação Penal n. 0067370-64.2012.8.24.0023*, da Quarta Vara Criminal da Comarca de Florianópolis. Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Réu: A. S. dos S. F. Florianópolis, 17 de março de 2015. Disponível em: <<http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0N000MCYC0000&processo.foro=23>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de revista n. TST-RR-804-12.2012.5.04.0292*, da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Recorrente: Atacadão – Distribuição, Comércio e Indústria Ltda. Recorrida: Graciela Aguiar Chuma. Relator: Ministro Douglas Alencar Rodrigues. Brasília, 17 de junho de 2015. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=0000804&digitoTst=12&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=04&varaTst=0292&submit=Consultar>>. Acesso em: 1 jul. 2015.

CALETTI, Leandro. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no cenário da Emenda à Constituição n. 45/2004: notas acerca da compulsoriedade do novo regime e da denúncia dos tratados. *Revista da AGU*, Brasília, n. 13, p. 153-176, 2007.

CONTRERAS, Pablo. Control de convencionalidade, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Ius et Praxis*, Talca, n. 2, p. 235-274, 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: control de convencionalidad*. n. 7. San José: CIDH, 2015. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/cuadernillos/7.%20Cuadernillo_control_convencionalidad.pdf> Acesso em: 20 abr. 2015.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. *Recomendação Conjunta Subdefensoria e CDH n. 02/2015*. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/desacato-nao-e-crime-recomendacao-da-defensoria-publica-do-es/>>. Acesso em: 25 maio 2015.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Características gerais do direito (especialmente do direito internacional) na pós-modernidade. *Revista Themis*, Lisboa, n. 18, p. 5-31, 2010.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e*

“procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

LEAL, PEREIRA Rosemiro. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Forum, 2010

LEVINAS, Emmanuel. *Ética e infinito: diálogos com Philippe Nemo*. Tradução: João Gama. Lisboa: 70, 1982.

MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. La universalidad de los derechos humanos. *Tiempo de Paz*. Madrid, n. 52-53, p. 180-190, 1999.

_____. La universalidad de los derechos humanos. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, Madrid, n.15-16, v. II, p. 613-633, 1994.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. revista, atualizada e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STAFFEN, Márcio Ricardo. O direito na perspectiva global: *quo vadis?* In: TRINDADE, André Karam; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; BOFF, Salette Oro (Orgs.). *Direito, democracia e sustentabilidade: anuário do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional*. Passo Fundo: IMED, 2014. p. 215-241.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, v. 46, n. 182, jul./dez. 1993.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Intorno alla legge: il diritto come dimensione del vivere comune*. Torino: Einaudi, 2009