

O controle difuso da convencionalidade e os direitos humanos no Brasil

*Leandro Caletti**

Introdução

Este ensaio tenciona qualificar o controle difuso da convencionalidade da produção normativa infraconstitucional doméstica como mecanismo processual para a otimização e a efetividade¹ dos direitos humanos de matriz internacional.

Para tanto, num primeiro momento, se examina 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 da convencionalidade.

* Mestre em Direito (Faculdade Meridional-IMED-Brasil)). Membro do Grupo de Pesquisa “Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos”. Assessor Jurídico da Advocacia-Geral da União. Advogado (OAB/RS). E-mail: cttlers@gmail.com.

1 “Assim sendo, para efeitos deste estudo, podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 1332-1333.

Por derradeiro, na segunda seção, esmiúça-se o controle difuso da convencionalidade, demarcando seu histórico de nascimento e aparição na jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos e afirmando a aproximação desses últimos com atores até então impensados.

1. A porosidade do ordenamento interno ao 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.

A par de uma premissa 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 Sarlet:²

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 Cançado Trindade:³

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.

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

2 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 78-79.

3 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. p. 53.

monismo e dualismo.⁴No Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do recurso extraordinário n. 80.004,⁵ 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. 466.343,⁶ ocorrido em 03 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.

Embora se tenha perdido a oportunidade de atribuir nível materialmente constitucional às normas de direitos humanos oriundas de tratados internacionais – posição que defendo de longa data⁷ – a posição vencedora no julgamento –

4 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 75-98.

5 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.

6 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.

7 Confira-se: 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*.

supralegalidade –, malgrado progressiva, acabou conduzindo a uma impropriedade de alta indagação. Ela fez nascer, no ordenamento, uma duplicidade de regimes jurídicos impertinente para o atual Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, uma vez que erigiu “categorias” de tratados que têm o mesmo fundamento jurídico (conforme ingressados a partir dos mecanismos do parágrafo 3º [nível constitucional] ou do parágrafo 2º [nível supralegal] do artigo 5º da Constituição Federal).

Tal “novidade” redundou num obliterado tratamento de instrumentos iguais por meio de modos totalmente distintos. 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. 7.030/09.⁸

Brasília, n. 13, 2007, p. 153-176; CALETTI, Leandro; STAFFEN, Márcio Ricardo. O controle de convencionalidade pela via difusa como forma de otimização e exigibilidade dos direitos humanos. *Revista da AGU*. Brasília, v. 14, n. 04, out./dez. 2015, p. 133-156.

8 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.

Essa porosidade do ordenamento interno ao internacional não é, todavia, reflexo apenas da abertura material constitucional, que revela maturidade democrática, mas também da irreversibilidade de fenômenos hodiernos como a globalização e o transnacionalismo.

A primeira, segundo Arnaud,⁹ é um processo considerado inelutável, em marcha em direção à “sociedade aberta” ou à “Grande Sociedade”, segundo se prefira a expressão de Popper ou a de Hayek, que tende a invadir todos os espaços da vida social, econômica e política, primeiramente, através dos modelos de produção que se modificam. Depois, se observa um deslocamento da atividade econômica, que facilita as transferências de uma parte das operações de trabalho de um país ao outro, contribuindo para a emergência de uma nova divisão internacional do trabalho. Os mercados de capitais desenvolvem-se, vinculados transversalmente às nações. Um fluxo livre de investimentos se produz sem levar em conta as fronteiras nacionais. Estas últimas revelam-se impotentes para represar os fluxos transnacionais de informação, para permitir a contenção dos riscos, para assegurar um controle absolutamente eficaz, mesmo por meio do direito. Outrora qualificadas de multinacionais, as empresas – hoje em dia transformadas em verdadeiras transnacionais – tornaram-se capazes de fazer explodir a sua produção, tendo o seu poder de negociação e de regateamento reforçados ao nível de uma economia que se tornou planetária. Atores atualmente centrais das relações econômicas globais escapam largamente à regulação tanto nacional como internacional. Uma *lex mercatoria* instaura-se; regras que se reclamam internacional e asseguram a promoção do livre comércio são criadas no dia a dia, impondo-se aos direitos nacionais e erigindo-se em direito internacional do

9 ARNAUD, André-Jean. Prefácio. In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Org.). *Dicionário da Globalização: Direito – Ciência Política*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 18.

comércio. O Estado, que em princípio ainda detém o monopólio do direito, aparece como uma estrutura cada vez mais ausente quando tratamos das relações jurídicas de fato, que passam cada vez mais à margem do direito estatal.

Já o transnacionalismo, decorrência clara do fenômeno globalizatório, representa o novo contexto mundial, surgido a partir da intensificação das operações de natureza econômica-comercial no período do pós-guerra, caracterizado, especialmente, pela desterritorialização, pela expansão capitalista, pelo enfraquecimento da soberania e emergência de ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal.¹⁰

Por essa razão, defende Staffen¹¹ estar em curso o momento de

[...] mensurar a impotência do Estado com a alvorada de novas instituições transnacionais. Momento em que o Estado deixa a centralidade que ocupou com a modernidade e, com ele, o direito moderno. Momento em que as grandes discussões jurídicas são travadas no anseio de estabelecer-se diretrizes para a equação *Law-Body-Space*.

Demais disso, afigura-se oportuna a advertência de Varella,¹² no sentido de que o direito não é mais construção exclusiva do Estado, por meio dos mecanismos tradicionais,

10 GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. *Estado, Globalização e Soberania: fundamentos político-jurídicos do fenômeno da transnacionalidade*. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. p. 1048-1097. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/.../1915.pdf>. Acesso em 4 abr. 2016.

11 STAFFEN, Márcio Ricardo. *Interfaces do direito global*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 39.

12 VARELLA, Marcelo D. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Tese de Livre-Docência defendida junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 543.

constitucionalmente estabelecidos; atores públicos e privados internos, com graus variáveis de cogência, Estados (internacionais), direitos nacionais (transnacionais) também produzem direito no momento presente, disposições estas oponíveis, inclusive, conforme sua força, aos próprios Estados (tornando-se supranacional).

Essas conexões, combinadas com o grande fluxo migratório, resulta na superação progressiva dos limites do Estado que, tornando porosa a Constituição do território (Zagrebelsky), isto é, desterritorializando a soberania, resulta na ciência de que cada Estado não dispõe mais daqueles instrumentos jurídicos que lhe permitiam, sozinho, atender as necessidades de seus cidadãos, seu bem-estar e sua saúde, ameaçados por alimentos transgênicos, vírus e radiação que vêm de longe.¹³

Não é disparate observar, nesse contexto, o enfraquecimento dos protagonistas de outrora na arena nacional (Estado constitucional soberano), fraqueza essa aferível com mais clareza na consequente criação de vácuos de poder e de legitimidade, os quais passaram a ser preenchidos por instituições *sui generis*, híbridas, não raro privadas, que representam claros interesses transnacionais. É precisamente nessa toada a conclusão de Teubner,¹⁴ no sentido de que a força motriz do direito não se circunscreve aos anseios de limitação jurídica dos poderes domésticos absolutos, mas, sim, a regulação de relações policêntricas inerentes aos movimentos da globalização, como a circulação de modelos, capitais, pessoas e instituições em espaços físicos e virtuais.

13 REPOSO, Antonio. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale e pubblico*. In: PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; RINELLA, Angelo; SCARCIGLIA, Roberto; VOLPI, Mauro. *Diritto costituzionale e pubblico*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 2009, p. 26, tradução nossa.

14 TEUBNER, Gunther *et al.* *Transnational governance and constitutionalism*. Oxford: University Oxford Press, 2004.

Seja como for, o controle da convencionalidade – delimitado, neste ensaio, na forma difusa – se constitui 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.

2. O controle difuso de convencionalidade como forma de otimização e efetividade dos direitos humanos

Como alhures demarcado, os tratados de direitos humanos aprovados pelo *quorum* do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição¹⁵ se constituem em paradigmas, inclusive, para o controle jurisdicional concentrado da convencionalidade. A forma difusa já estava autorizada desde a promulgação do texto constitucional de 1988 e, mesmo, a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consolidada no julgamento do já tão citado recurso extraordinário n. 466.343 (atribuição de supralegalidade às normas oriundas de tratados de direitos humanos em relação à legislação interna).

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

15 Até o presente momento, apenas a Convenção 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.

novo tipo de controle à normatividade interna, até hoje desconhecido entre nós: o controle de convencionalidade 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.¹⁶

O controle da convencionalidade, entendido como “*una expresión o vertiente de la recepción nacional, sistemática y organizada del orden jurídico convencional internacional (o supranacional)*”,¹⁷ aparece pela primeira vez na jurisprudência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Almonacid Arellano Vs. Chile,¹⁸ constituindo-se 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),¹⁹ com outros instrumentos

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

17 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El control judicial interno de convencionalidad*, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México*, Ano V, n. 28, jul./dez. 2011, p. 127.

18 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 MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. p. 81-82.

19 O Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, promulgou a Convenção Americana

convencionais internacionais e com a jurisprudência principalmente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, obrigação essa que emerge diretamente do artigo 2º, combinado com o artigo 74.2 (depósito dos instrumentos de ratificação), ambos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.²⁰ Demais disso, o predito encargo sofre o reforço do 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 ao manejo do controle difusa da convencionalidade como mecanismo processual de otimização e efetividade aos direitos humanos é que tribunais e 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

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).

20 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.

garantia só lhe é conferida depois do seu cotejo com o corpo de tratados ratificados pelo país (controle de convencionalidade e de supralegalidade).²¹ A negativa de vigência das normas de direitos humanos de matriz internacional ratificadas e justapostas à produção normativa interna – não realização do controle da 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 convencionalidade.²²

Confira-se, no ponto, a título ilustrativo, o “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, extraído do *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*,²³ 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

21 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.

22 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.

23 CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS 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.

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.²⁴

Relativamente à República brasileira, colhe-se o seguinte julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos, retratado por Flávia Piovesan:²⁵

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. Respaldou 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.

24 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 Cessados do Congresso (Aguado Alfaro e outros) Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2006*; e (2) *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010*.

25 PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 96, grifo nosso.

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).

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 Brasil.

Em 17 de março de 2015, proferindo sentença nos Autos n. 0067370-64.2012.8.24.0023,²⁶ o magistrado Alexandre Morais 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-804-12.2012.5.04.0292,²⁷ 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

26 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.

27 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>.>

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.

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 suplantar norma doméstica positiva e tida por recepcionada pela Constituição vigente. Todavia, na esteira da nova arquitetura 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 descalfificação 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, controlar 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. 02/2015,²⁸ que orienta à sustentação da absolvição do agente nas hipóteses de incriminação pelo crime de desacato.

28 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 mai. 2015.

E, convenha-se, não poderia ser de outra forma. Os tratados modernos sobre hireitos humanos têm um caráter peculiar, cujo objeto e fim desaguan 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 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 endoprocessual 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.

[...] 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.²⁹

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 espraia 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. 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,

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

a Constituição, assim como todo o ordenamento jurídico,³⁰ 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 Häberle,³¹ 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, aliás, pertinente recomendação de Hermann Heller.³²

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

31 HÄBERLE, Peter. *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*. Roma: Carocci Editore, 2001, p. 33.

32 “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*. São Paulo: Mestre Jôu, 1968, p. 307.

3. Novos atores e novos horizontes para os direitos humanos

A concretização dos direitos humanos endoprocessualmente, na vida prática das relações jurídicas (um comportamento eleito por Cassese³³ como embrionário dos direitos humanos no momento presente) acarreta, a tiracolo, em salutares aproximações que, há duas décadas, eram irrefletidas para os direitos humanos. Uma delas é a proximidade entre esses últimos e a iniciativa privada (sem perder de vista o sucesso já antigo do ombreamento com entidades da sociedade civil e organizações não-governamentais). Para Bloomer,

[...] as empresas são atualmente alguns dos atores mais poderosos do mundo. Nossa economia em rápida globalização ao longo dos últimos trinta anos tem levado muitas corporações transnacionais a se tornarem entidades econômicas maiores do que Estados-nações inteiros. Seu poder e sua riqueza as trouxeram cada vez mais para o centro da arena dos direitos humanos. Neste âmbito, essas empresas não conseguem escolher e selecionar, a partir de uma variedade, apenas questões com as quais elas se sentem confortáveis. Em muitos aspectos, o Estado permanece justamente como o portador do dever primário em relação aos direitos humanos, mas um número crescente de empresas nacionais e internacionais sabe que estão sendo cada vez mais responsabilizadas por seu desempenho em direitos humanos. Infelizmente essa prestação de contas ainda é cada vez mais exercida pelo tribunal da opinião pública, mais do que pelos tribunais de justiça.³⁴

33 CASSESE, Antonio. *I diritti umani oggi*. 3 ed. Roma-Bari: Laterza, 2012.

34 BLOOMER, Phil. Os direitos humanos são uma ferramenta eficaz para a mudança social? Uma perspectiva sobre direitos humanos e empresas. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 11, n. 20, p. 119-125, jun./dez. 2014, p. 120-121.

E tanto é assim que, desde 2011, foram estabelecidos os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos,³⁵ congregando normas voluntárias que envolvem deveres dos Estados e das empresas na proteção dos direitos humanos e o encargo mútuo de assegurar a existência de mecanismos judiciais e extrajudiciais de denúncia e de reparação.

Meyersfeld e Kinley³⁶ vão mais longe, propugnando um interessante diálogo entre bancos e os direitos humanos:

Uma avaliação de direitos humanos requer uma análise não apenas sobre o impacto financeiro de curto prazo do contrato, mas também sobre seu impacto ambiental, social e cultural a longo prazo. Embora isto possa ser contrário à tendência histórica de olhar para os lucros em curto prazo que serão obtidos por um projeto, esta abordagem dupla tem vantagens comerciais claras.

Se é bem verdade que, pela influência que as empresas multinacionais possuem (a ponto, por exemplo, de direcionar decisões estatais), afastam com facilidade a responsabilidade por violações aos direitos humanos (porque a politização destes últimos também é uma realidade),³⁷ noutro plano, se consegue,

35 UNITED NATIONS. 2011. *Special Representative to the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. Guiding principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy Framework', UN Doc. A/HRC/17/31, Human Rights Council, 17th Session.* Disponível em: <<http://www.businesshumanrights.org/media/documents/ruggie/ruggie-guiding-principles-21-mar-2011.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2015.

36 MEYRSFELD, Bonita; KINLEY, David. Bancos e Direitos Humanos: uma experiência sul-africana. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 12, n. 22, jun./dez. 2015, p. 195-213, p. 205.

37 “A companhia petrolífera *British Petroleum*, responsável por uma das maiores degradações da vida marinha no Golfo do México, continuou suas campanhas publicitárias sobre suas boas práticas empresariais. Qualquer tentativa de

em rara oportunidade e ainda que incipiente, de efetivar os direitos humanos numa instância pré-violatória.³⁸ São reflexo dessa nova proximidade, por exemplo, as normas de *compliance*, que nasceram no âmbito corporativo como respeito a regras éticas de conduta nos negócios e se alargaram também para a esfera pública. Note-se, a tal título, o advento, em 2013, da Lei n.º 12.846/13,³⁹ chamada de “Lei Anticorrupção”, a representar claro avanço na previsão da responsabilização objetiva, no âmbito civil e administrativo, de empresas que praticam atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira. Além de atender a compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, a nova lei finalmente fecha uma lacuna no ordenamento jurídico do país ao tratar diretamente da conduta dos corruptores.

regulá-las é recebida com muita indignação e ameaças financeiras, uma vez que o lucro parece ser sacrossanto e valorizado acima dos direitos humanos. O Primeiro-ministro britânico apontou o fato de que qualquer compensação que a *British Petroleum* tivesse que pagar, possivelmente \$ 4,4 bilhões, corroeria o lucro dos acionistas. Outro exemplo foi o caos que as transações bancárias não regulamentadas criaram no Hemisfério Norte, e toda a reação planejada na época foi lentamente retirada dos projetos legislativos da União Europeia e dos Estados Unidos. Em vez de estabelecer normas obrigatórias para as empresas multinacionais, que não são sujeitos do direito internacional público, elas são estimuladas a se comportar melhor”. JAICHAND, Vinodh. Após o estabelecimento de normas de Direitos Humanos, o que virá a seguir? *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 11, n. 20, jun./dez. 2014, p. 37-44, p. 42, grifos originais.

38 Essa, aliás, foi uma pecha que, histórica e recorrentemente, se atrelou aos direitos humanos: a de se tratar de um ramo do Direito incidente ou efetivo unicamente no plano pós-violatório.

39 BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder executivo, Brasília, DF, 2 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015.

Noutro quadrante, se está ampliando os limites do dever de cuidado com os direitos humanos nas empresas que possuem subsidiárias. O Tribunal de Apelações da Inglaterra e do País de Gales tomou uma decisão importantíssima, segundo a qual as matrizes podem ser responsabilizadas pelas devidas implementação e observação dos parâmetros de comportamento estabelecidos por elas para suas subsidiárias (algo comum entre as multinacionais) nos casos das vítimas de sua negligência. Ainda que isso não seja seguido por todas as cortes nacionais, enquanto decisão paradigmática, terá uma influência considerável em outras instâncias. Em certo sentido, se especula que estes sejam passos bastante técnicos, mas de importância central.⁴⁰

Com efeito, se a criação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos⁴¹ ainda é utópica, cabe a esse mecanismo singelo – porém, não menos importantes –, prático e processualmente legítimo do controle difuso da convencionalidade das leis o encargo de, por ora, nas lides

40 LEADER, Sheldon. Entrevista com Sheldon Leader: empresas transnacionais e Direitos Humanos. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 9, n. 17, dez. 2012, p. 113-119, p. 42.

41 Um dos maiores defensores da criação desse tribunal é o professor Manfred Nowak, que o reputa uma instituição fundamental para garantir que os Estados-partes cumprissem suas obrigações referentes aos tratados de direitos humanos. As principais características deste sistema preveem um tribunal permanente a ser criado através de um tratado. Estados-Partes no presente tratado estabeleceriam sistemas nacionais para aplicar todos os tratados de direitos humanos com base na complementaridade, conforme estabelecido no Estatuto de Roma para a justiça penal internacional. O Tribunal se tornaria parte da estrutura da Organização das Nações Unidas seria financiado por esse organismo. Esse tribunal teria jurisdição inclusive sobre atores não estatais, tais como corporações multinacionais, sendo que o Escritório do Alto Comissariado para Direitos Humanos da ONU supervisionaria os acórdãos do Tribunal. NOWAK, Manfred; KOSMA, Julia. *A World Court of Human Rights. Swiss Initiative to Commemorate the 60th Anniversary of the UDHR*, jun. 2009. Disponível em: <<http://udhr60.ch/report/hrCourt-Nowak0609.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

práticas do cotidiano, dar concretude e fazer efetivas as normas de direitos humanos de matriz internacional.

Considerações finais

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 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 da 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 efetividade 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.

Ademais, essa nova arquitetura, forjada nos signos da Globalização, do Transnacionalismo e de um paradigma de Direito global, permite aproximar os direitos humanos da iniciativa privada, de modo a desvelar também seu caráter pré-violatório, historicamente tão requisitado.