

O DEVIDO PROCESSO CONVENCIONAL: LEVANDO A SÉRIO OS DIREITOS HUMANOS PROCESSUAIS

Ticiano Alves e Silva

Mestre em Direito Processual (UERJ)

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)

Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNPEP)

Professor de Direito Processual Civil

Procurador do Estado do Amazonas

Advogado

RESUMO: Este artigo explica que, além do devido processo legal, tem-se também o devido processo convencional, como expressão dos direitos humanos processuais estatuídos nas convenções internacionais de direitos humanos e como consequência do *status* normativo dessas convenções no ordenamento interno.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual. Direito Internacional Público. Direitos Humanos. Tratados Internacionais. Devido Processo Legal. Devido Processo Convencional. Direitos Humanos Processuais.

DELIMITAÇÃO DO TEMA

Segundo o inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal (CF), “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. É pacífico, em sede doutrinária e jurisprudencial, que o citado dispositivo prevê o direito fundamental ao devido processo legal.

O âmbito de proteção normativa do devido processo legal é amplo. Costuma-se afirmar, *tradicionalmente*, que todos os demais direitos fundamentais processuais estão *incluídos* ou *derivam* do devido processo legal. Isso, por si só, revela a importância de referido direito fundamental para o direito processual civil brasileiro.

Além de previsão constitucional, o devido processo também está delimitado em convenções internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. E, conforme o § 3º do art. 5º da CF, *essas* convenções internacionais,

quando submetidas a específico procedimento de aprovação, serão equivalentes às emendas constitucionais, ou seja, terão *status* de normas constitucionais.

Quando não submetidas ao procedimento de aprovação do § 3º do art. 5º da CF, as convenções internacionais sobre direitos humanos possuirão caráter supralegal, de acordo com o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal (STF).

Assim, possuindo *status* de normas constitucionais ou caráter supralegal, as convenções internacionais sobre direitos humanos e, especificamente, suas previsões sobre o devido processo devem ser cumpridas em território brasileiro.

Ser obsequioso ao devido processo previsto nas convenções internacionais, ou seja, ao que chamo de *devido processo convencional*, porém, é muito mais do que obedecer as suas disposições textuais, como se demonstrará.

Este artigo pretende, pois, demonstrar que, além do devido processo legal ou constitucional, tem-se também o devido processo convencional e que, embora exista uma zona de interseção entre seus âmbitos de proteção, há também âmbitos de proteção autônomos, que não decorrem necessariamente da textualidade de suas previsões.

A seguir, serão apresentados os pressupostos teóricos desta demonstração: o que se entende por devido processo legal; a hierarquia das convenções internacionais sobre direitos humanos no direito brasileiro, à luz da CF e da jurisprudência do STF; a característica da interpretação jurídica contemporânea. Depois, será demonstrada a existência desse devido processo convencional e seu âmbito de proteção autônomo.

1. O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Previsto no inciso LIV do art. 5º da CF, o devido processo legal é direito fundamental.

Desde a sua concepção, que remonta, com nome a este equivalente (*law of the land*)¹, à Magna Carta inglesa de 1215² e, com esta ideia, ao Édito de Conrado

1 COKE, Edward. **The Second Part of Institutes of the Land**. Londres: E. and R. Brooke, 1797, p. 50. Disponível em: <https://books.google.com.br/>. Acesso em 20.01.2016.

2 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 5 – 27. Segundo Luís Roberto Barroso: “Um dos marcos simbólicos da história constitucional, a *Magna Charta* foi, originariamente, um documento que resguardava os direitos feudais dos barões, relativamente à propriedade, à tributação e às liberdades, inclusive religiosa. A amplitude de seus termos, todavia, permitiu que, ao longo do tempo, assumisse o caráter de uma carta geral de liberdades públicas” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 34). Com efeito, é este o caso do devido processo legal, que, como direito fundamental, desgarrou-se de sua origem histórica, ganhando contornos universais e de conteúdo progressivamente mais garantista e amplo.

II (decreto feudal alemão de 1037)³, o devido processo legal está associado à limitação do poder do Estado, que não pode atuar desordenadamente, mas, sim, em conformidade com modelo de atuar imposto pelo Direito. Este *modelo de atuação*, variável no tempo e no espaço, em razão da historicidade inerente aos direitos fundamentais⁴, é chamado devido processo legal.

O Estado, quando atua, ainda mais quando atua com a possibilidade de restringir direitos, deve fazê-lo por intermédio de um processo. Este processo não pode ser qualquer processo. A estrutura deste processo é desenhada *prévia e minimamente* pela Constituição Federal, a fim de garantir *controle e participação (influência)* na *produção dos atos de poder*⁵.

Com isso, pode-se falar em devido processo legislativo (ato de poder – lei), devido processo administrativo (ato de poder – decisão administrativa) e devido processo jurisdicional (ato de poder – decisão judicial), todos eles modelos que *conformam constitucionalmente* a atuação do Estado, tornando, ao final, legítimo, se ocorrer, o avanço do Estado sobre o patrimônio jurídico de terceiros.

Contemporaneamente, em razão do desequilíbrio das posições de poder encontráveis entre particulares, entende-se que o devido processo também deve ser obedecido na produção de alguns atos de direito privado⁶, como, por exemplo, na multa cominada em razão de comportamento antissocial do condômino⁷ e na exclusão do sócio de um clube⁸, ou seja, atos *especialmente* sancionatórios. A incorporação legislativa desse entendimento revela a importância da questão. Com efeito, a Lei n.º. 11.127/2005 alterou o art. 57 do Código Civil, para dispor que “a exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em

3 Esclarece o ponto Fredie Didier Jr.: “A noção de devido processo legal como cláusula de proteção contra a tirania é ainda mais antiga [do que a Magna Carta de 1215]: remonta ao Édito de Conrado II (Decreto Feudal Alemão de 1037 d.C.), no qual pela primeira vez se registra por escrito a ideia de que até mesmo o Imperador está submetido às ‘leis do Império’” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. v. 1.** 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 64).

4 Ensina Paulo Gustavo Gonet Branco que: “O caráter da historicidade, ainda, explica que os direitos possam ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem no tempo. Revela-se, desse modo, a índole evolutiva dos direitos fundamentais” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 144). Os direitos fundamentais devem ser estudados de acordo com o seu respectivo contexto histórico. Muitas vezes, e é este o caso do devido processo legal, o conteúdo normativo do direito fundamental varia conforme o tempo e o lugar, muito embora não se tenha qualquer alteração de sua textualidade.

5 Nesse sentido, porém falando em produção de “normas jurídicas” após um devido processo, e não genericamente em “ato de poder”: DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. v. 1.** 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 63.

6 Ver, amplamente: BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas.** Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, especialmente o Capítulo V, p. 203 – 241.

7 Na jurisprudência do STJ, por todos, conferir: STJ, REsp 1.365.279/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 25.08.2015, DJe 29.09.2015.

8 Na jurisprudência do STF, vale citar o seguinte acórdão paradigmático, em que a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas foi amplamente analisada: STF, RE 201.819, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 11.10.2005, DJ 27.10.2006.

procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto” (destacou-se).

O devido processo legal é, portanto, direito fundamental que pretende evitar, *no e pelo* processo, o abuso do Estado ou do particular na intromissão da esfera jurídica das pessoas de direito privado ou de direito público (o Estado também é titular desse direito fundamental). Sem que os fins justifiquem os meios, pretende-se que, não somente os fins, mas também os meios venham acompanhados de justiça e legitimidade.

O âmbito de proteção do devido processo legal é amplíssimo. É que a doutrina majoritária compreende o devido processo legal como fonte normativa mais genérica de todos os demais direitos fundamentais processuais, explicitados ou não na CF⁹, qualificando-o como *sobreprincípio*¹⁰ ou *superprincípio*¹¹, por amalgamar, em seu âmbito de proteção, diversos princípios processuais mais específicos. A força da tradição do devido processo legal faz-se sentir, na prática forense, na referência, bastante comum entre nós, de princípio processual específico (contraditório, ampla defesa e juiz natural, por exemplo) acompanhado da invocação do devido processo, e isso quando este não vem referenciado *isoladamente*.

Seja como for, o fato é que o devido processo legal reúne hoje em seu âmbito de proteção conteúdos de todos os outros direitos fundamentais processuais, que derivam de sua previsão mais genérica – cláusula geral¹². Assim, o processo é devido quando se observam o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CF), a igualdade entre as partes (art. 5º, I, CF), o juiz natural (art. 5º, XXXVII, CF), a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), a publicidade (art. 5º, LX, CF), a fundamentação das decisões (art. 93, IX, CF), proibem-se as prova ilícitas (art. 5º, LVI, CF) etc.

Além desse conteúdo processual, o devido processo legal ganhou, no Brasil, por forte influência estadunidense, um conteúdo material ou substancial, do

9 Nesse sentido: MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 113; BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 66; RODRIGUES, Marco Antonio. **A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil**. Rio de Janeiro: GZ editora, 2014, p. 144; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 238.

10 ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? **Revista de Processo**, n. 163, set. 2008, p. 50-59. No mesmo sentido: RODRIGUES, Marco Antonio. **A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil**. Rio de Janeiro: GZ editora, 2014, p. 144.

11 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2014, n. 22 do §1º do Capítulo 1 (livro digital).

12 Para um estudo do devido processo como cláusula geral, consultar: DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 63 e ss.

qual se extraem, *sem exclusividade*¹³, a proporcionalidade e a razoabilidade¹⁴, cuja principal finalidade é a contenção do arbítrio estatal (legislativo, executivo ou judiciário), fornecendo parâmetros de controle das restrições aos direitos fundamentais e de outros valores juridicamente protegidos¹⁵. Além disso, a proporcionalidade atua no equacionamento de conflitos entre normas constitucionais. Vê-se, assim, que, de fato, o conteúdo do devido processo legal é múltiplo e complexo, sendo, por isso, provavelmente uma das garantias mais amplas do direito consti-

13 Diz-se “sem exclusividade” porquanto a proporcionalidade e a razoabilidade são extraídas também do próprio Estado de Direito e da estrutura normativa dos direitos fundamentais e de outras normas constitucionais, que dependeriam da proporcionalidade para serem aplicados. Como afirmam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto: “A discussão sobre a *sedes materiae* do princípio da proporcionalidade possui, porém, importância secundária. Sob o ponto de vista prático, o fundamental é que se reconheça a vigência e eficácia do princípio em questão em nosso ordenamento. Parece-nos que, na verdade, a proporcionalidade pode ser extraída de diversos preceitos constitucionais diferentes e do próprio sistema constitucional globalmente considerado” (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, Capítulo 11, n. 11.1 (livro digital)). No mesmo sentido, na doutrina processual civil, DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. v. 1**. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 67: “É sempre bom lembrar a lição de Canaris de que os princípios não têm pretensão de exclusividade: um mesmo efeito jurídico (proporcionalidade e razoabilidade) pode ser resultado de diversos princípios (isonomia e devido processo legal)”. Deve-se dizer, contudo, que o STF tem fundamentado a proporcionalidade – trabalhada pelo tribunal como igual à razoabilidade – na cláusula geral do devido processo legal. Sobre o tema, consultar: MENDES, Gilmar. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Repertório IOB de Jurisprudência, n. 23, jan. 1994, p. 469-475. Embora fundamentando na cláusula do devido processo legal, à semelhança do direito estadunidense, o STF tem, mais recentemente, dado um trato mais analítico à proporcionalidade, como fazem os alemães, ao trabalhar com as subespécies da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

14 Embora o STF e parte da doutrina nacional deem tratamento uniforme à proporcionalidade e à razoabilidade, elas possuem origens diversas, como esclarece Luís Roberto Barroso: “Em suma, a ideia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo. O princípio foi desenvolvido, como próprio do sistema do *common law*, através de precedentes sucessivos, sem maior preocupação com uma formulação doutrinária sistemática. Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado. De parte disso, deve-se registrar que o princípio, nos Estados Unidos, foi antes de tudo um instrumento de direito constitucional, funcionando como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis. Já na Alemanha, o conceito evoluiu a partir do direito administrativo, como mecanismo de controle dos atos do Executivo. Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmo valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis, não havendo maior proveito metodológico ou prático na distinção. Essa visão, todavia, não é pacífica” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 291-292). Para uma visão mais crítica, é indispensável consultar: ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? **Revista de Processo**, n. 163, set. 2008, p. 50-59. Para Ávila, o devido processo legal não é fundamento da proporcionalidade; a proporcionalidade não se confunde com a razoabilidade; proporcionalidade é postulado (categoria com estudos originais feitos pelo autor), e não princípio, por resolver conflitos entre normas e não ser ela isoladamente a norma a ser aplicada na solução dos conflitos; e o devido processo legal não possui essa acepção substancial, e sim apenas procedimental. O pensamento bastante original do autor pode ser aprofundado em: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

15 SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, Capítulo 11, n. 11.1 (livro digital).

tucional.

Sobre esta última acepção substancial do devido processo legal, recentemente desenvolveu-se, no Brasil, uma doutrina bastante crítica em relação à sua existência, procurando dar contorno exclusivamente procedimental ao devido processo; busca-se na igualdade e na liberdade o fundamento da proporcionalidade, evitando-se com isso uma confusão conceitual e reforçando-se a importância do devido processo legal a partir da distinção com outros direitos fundamentais processuais, já previstos, e a proporcionalidade e a razoabilidade¹⁶.

Embora não se recuse a relevância da controvérsia, ao presente trabalho, contudo, importa apenas o devido processo legal no aspecto processual, de modo que será sempre nesta acepção que o devido processo será referenciado.

Compreender o devido processo legal como uma síntese de todos os demais direitos fundamentais processuais tem grande importância. É que, em alguns ordenamentos, embora não se utilize a expressão “devido processo legal” nos textos constitucionais (como ocorre na Alemanha) ou se utilize outra locução (como ocorre na Itália, com “*giusto processo*”), não se nega a existência de um modelo processual de atuação estatal, que deve ser observado para que, ao final, a decisão seja considerada legítima. Disso decorre que é possível falar em devido processo mesmo nos sistemas normativos em que ele não se encontra expressamente previsto. Nestes casos, a análise de seu conteúdo normativo ocorre mediante o estudo dos direitos processuais humanos ou direitos fundamentais específicos. Essa observação terá importância mais à frente, quando se tratar do devido processo convencional.

Por fim, deve-se registrar que, contemporaneamente, tem-se preferido falar em *devido processo constitucional*¹⁷ a *devido processo legal*. É que, para além de ser conforme a *lei*, o processo para ser devido deve estar de acordo com a *Constituição*, ou seja, com o modelo constitucional de processo. Como se pretende demonstrar neste artigo, é preciso ir além dessa ideia, e pensar num *devido processo convencional*, que seja uma síntese feliz e comum dos Estados signatários das convenções internacionais que veiculam direitos humanos processuais com âmbitos de proteção diversos e mais amplos do que aqueles previstos nos ordenamentos internos.

16 ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? **Revista de Processo**, n. 163, set. 2008, p. 50-59. No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil. v. 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 490. Contra: DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. v. 1**. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 70-71.

17 CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. **Revista Iberoamericana de Derecho Processal**, n. 1, jan.- jun. 2015, p. 17-33: “Embora o texto constitucional brasileiro fale, expressamente, em ‘devido processo legal’, não se pode ver neste princípio uma garantia de que se observará o devido processo *da lei*. O devido processo que o ordenamento jurídico brasileiro assegura é o *devido processo constitucional*”.

2. O *STATUS* NORMATIVO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO

O *status* normativo dos tratados e convenções internacionais no direito brasileiro sempre foi um tema cercado de muita polêmica. É certo que, uma vez ratificados, promulgados e publicados, e desde que obviamente em vigor no plano internacional, os tratados e convenções internacionais integram o ordenamento jurídico interno e passam, evidentemente, a produzir efeitos, tais como a revogação das leis infraconstitucionais incompatíveis, bem como permitir a tutela jurisdicional interna acaso algum direito subjetivo previsto nos instrumentos internacionais seja violado¹⁸. A polêmica, contudo, gira em torno da posição hierárquica dos tratados e convenções dentro do nosso direito interno, o que é determinante para resolver conflitos normativos entre atos internos e os atos internacionais¹⁹.

Na jurisprudência ultrapassada do STF, os tratados e convenções internacionais, *independentemente de seu conteúdo*, sempre tiveram o *status* de lei ordinária (art. 102, III, *b*, CF)²⁰. Mais do que isso, aos tratados dava-se o mesmo tratamento conferido às leis internas, vale dizer, os tratados revogavam as leis infraconstitucionais e podiam ser revogados por estas, aplicando-se o critério cronológico ou o critério da especialidade, mas nunca o critério hierárquico²¹.

Posteriormente, com a promulgação da atual Constituição Federal de 1988, ganhou força, em sede doutrinária, a tese da *hierarquia constitucional* dos tratados internacionais de *direitos humanos*. Sustentavam alguns internacionalistas, a exemplo de Celso Lafer, Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan, que, por força do § 2º do art. 5º da CF (cláusula de abertura)²², os tratados internacionais de direitos humanos seriam *automaticamente incorporados* ao bloco de constitucionalidade, o que lhes conferiria *status* de normas constitucionais. A tese, porém, não foi acolhida pelo STF, que manteve o seu antigo entendimento

18 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 404-405.

19 Destaca Valério Mazzuoli que: “A Constituição brasileira de 1988, em nenhum de seus dispositivos estatuiu com clareza a posição hierárquica dos tratados comuns perante o nosso Direito interno. Deixou essa incumbência para a opinião, necessariamente falível, da doutrina e da jurisprudência pátrias, legando a estas um problema que competia ao legislador constituinte evitar” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 406)

20 STF, RE 80.004, Relator Ministro Cunha Peixoto, Tribunal Pleno, j. 01.06.1977, DJ 29.12.1977.

21 O *treaty override*, ou seja, essa revogação do tratado por lei interna posterior incompatível, ainda hoje é o entendimento do STF, para os tratados e convenções internacionais comuns, assim entendidos aqueles que não disponham sobre direitos humanos. Esse entendimento é muito criticado pela doutrina internacionalista porque ignora que a *denúncia* é a forma própria de revogação dos tratados internacionais e que o descumprimento interno do compromisso externo, mediante a edição de leis contrárias ao pactuado, enseja a responsabilidade do Estado no plano internacional. Nesse sentido, por todos, conferir: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 408.

22 Art. 5º, § 2º, CF: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

ainda por algum tempo.

Fundamentava-se esse posicionamento do STF, entre outros argumentos, na *rigidez* constitucional. É que, para a incorporação dos tratados no ordenamento interno, é suficiente o quórum de *maioria simples* (arts. 47 e 49, I, CF). Conferir *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, portanto, seria o mesmo que tornar *flexível*, nesse ponto, a Constituição, que para ser reformada depende de quórum qualificado de *três quintos* (art. 60, § 2º, CF).

Em razão dessa polêmica, a Emenda Constitucional nº. 45 de 2004 acrescentou um novo parágrafo ao art. 5º, dispondo que os *tratados e convenções internacionais de direitos humanos*, aprovados em dois turnos de votação em cada Casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, CF).

A controvérsia parecia, a partir disso, resolvida. Ocorre que o debate prosseguiu a respeito do *status* normativo daqueles tratados e convenções que, *embora de direitos humanos*, não foram submetidos ao novo procedimento de aprovação previsto no § 3º do art. 5º da CF, que é semelhante ao de aprovação de emendas constitucionais. A principal questão era se estes atos precisariam ser submetidos ao referido procedimento para alcançar o *status* constitucional ou se, ao contrário, essa incorporação ao texto constitucional ocorreria de forma automática, mediante *recepção formal*, ou, ainda, se permaneceriam tendo posição hierárquica de lei ordinária.

No dia 03 de dezembro de 2008, no julgamento do RE 466.343-1, em que se discutia a prisão civil por dívida nos contratos de alienação fiduciária em garantia, que é autorizada pela CF, mas vedada pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), o STF, capitaneado pelo voto-vista do Ministro Gilmar Mendes²³, superou seu antigo entendimento. Decidiu-se, nesse caso paradigmático, que os tratados internacionais de direitos humanos não submetidos ao procedimento do § 3º do art. 5º da CF teriam um *status* normativo *intermediário*, superior às leis infraconstitucionais, porém inferior à Constituição, o que ficou conhecido como *tese da supralegalidade*²⁴. Fala-se, então, na *teoria do duplo estatuto* dos tratados de direitos humanos: natureza constitucional ou natureza supralegal, conforme tenham ou não sido aprovados segundo o § 3º do art. 5º da CF. Os tratados internacionais que não dispõem sobre direitos humanos, porém, permaneceram, à luz desse entendimento, possuindo *status* de lei ordinária, gozando da antiga

23 A tese da supralegalidade não era inédita no STF. Antes do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Sepúlveda Pertence já a havia pioneiramente lançado, em 2000, no julgamento do HC 79.785, ainda que sem convencer na ocasião a maioria do colegiado.

24 Com base nesta tese da supralegalidade, o tribunal alterou seu entendimento e passou a considerar ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito. A sessão final de julgamento foi reputada como uma “sessão histórica”, inclusive pelos ministros da Corte. O julgado deu ensejo à edição do enunciado n. 25 da súmula vinculante do STF, em 2009.

equivalência normativa com o direito interno infraconstitucional.

Em suma, tem-se hoje, à luz da evolução jurisprudencial do STF e das reformas constitucionais mais recentes, o seguinte²⁵:

(1) os tratados e convenções internacionais de direitos humanos serão equivalentes às normas constitucionais, integrando o *bloco de constitucionalidade*²⁶, quando aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, conforme o § 3º do art. 5º da CF;

(2) os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, submetidos ao procedimento ordinário de aprovação (art. 47, CF), terão *status* supralegal, ou seja, intermediário entre as leis e a Constituição, situando-se abaixo desta e acima daquelas²⁷;

(3) tratados e convenções internacionais comuns, que não versem sobre direitos humanos, tem força de lei ordinária, e podem, havendo incompatibilidade, ser revogados por leis ordinárias posteriores.

Na hipótese (1), as normas, com hierarquia constitucional, servem de parâmetro para o *controle de constitucionalidade* das leis; na hipótese (2), por sua vez, as normas, com *status* supralegal, são parâmetro para um *controle de convencionalidade ou supralegalidade*²⁸; na hipótese (3), por fim, em vista da equivalên-

25 A classificação dos tratados internacionais exposta foi feita, como dito, à luz da jurisprudência do STF. Na doutrina internacionalista, contudo, encontram-se formulações diversas, dando, por exemplo, *status* constitucional, material e formal (art. 5º, § 3º, CF) ou apenas material (art. 5º, § 2º, CF), aos tratados internacionais de direitos humanos. Cite-se, por todos: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 77; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 420.

26 “Entende-se por bloco de constitucionalidade o conjunto de normas a que se reconhece hierarquia constitucional num dado ordenamento. Tais normas, ainda que não figurem no documento constitucional, podem ser tomadas como parâmetro para o exercício do controle de constitucionalidade. O conceito de ‘bloco de constitucionalidade’ tem a sua origem no Direito Constitucional francês. O Conselho Constitucional da França, em decisão proferida em 1971, afirmou que, como o Preâmbulo da Constituição do país, editada em 1958, se refere à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e ao Preâmbulo da Constituição de 1946, esses textos teriam também se incorporado à ordem constitucional vigente. Tal orientação foi extremamente importante para o constitucionalismo francês, pois permitiu que a jurisdição constitucional do país se estendesse à proteção de um amplo elenco de direitos fundamentais, ausentes do texto constitucional” (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, Capítulo 1, n. 1.8 (livro digital)).

27 Segundo Marcelo Novelino: “Em relação aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados anteriormente à EC 45/2004, entendemos não haver qualquer obstáculo à possibilidade de serem submetidos a uma nova votação no Congresso Nacional e aprovados nos termos do art. 5º, § 3º, da CF. Nesse caso, a iniciativa para provocar a nova apreciação deve ser atribuída, por *analogia legis*, aos legitimados para a propositura de emendas (CF, art. 60, I a III). O argumento de que haveria uma recepção automática desses tratados, com hierarquia equivalente ao de uma emenda à Constituição, parece-nos insustentável, uma vez que o art. 5º, § 3º, não atribuiu *status* de norma constitucional a todos os tratados internacionais de direitos humanos, mas somente àqueles aprovados por três quintos e em dois turnos de votação” (NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, Capítulo 22, item 22.7., (livro digital)).

28 Sobre o tema, pioneiramente, no direito brasileiro, consultar: MAZZUOLI, Valério de Olivei-

cia normativa ordinária, as normas são parâmetro de *controle de legalidade*.

Acredita-se, contudo, que, independentemente do *status* normativo constitucional ou supralegal, sempre que o parâmetro de controle for um tratado internacional de direitos humanos, será possível falar genericamente em controle de convencionalidade. É verdade que, quando aprovados segundo o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da CF, esses tratados são equivalentes às emendas constitucionais e passam a integrar o bloco de constitucionalidade. Por outro lado, o texto constitucional não se altera, de modo que parece ser mais apropriado reservar a expressão controle de constitucionalidade para aquelas hipóteses que a força da tradição recomenda, ou seja, quando há violação à Constituição propriamente dita. Além disso, falar em controle de convencionalidade reforça a necessidade e a importância de se realizar essa verificação de compatibilidade entre o direito interno e os direitos humanos. Por fim, os tribunais internacionais de direitos humanos, quando fazem o controle de convencionalidade ou determinam que os Estados o façam, não distinguem o *status* normativo do parâmetro de controle no direito interno, e chegam até a declarar a desconformidade de normas constitucionais em face das convenções de direitos humanos.

A substituição da equivalência normativa às leis ordinárias dos tratados de direitos humanos ainda não submetidos à aprovação do § 3º do art. 5º da CF pelo *status* supralegal traz importante consequência para o ordenamento jurídico, ligada ao controle do conteúdo material das leis. É que, a partir do novo entendimento do STF, as leis infraconstitucionais, para serem válidas, devem guardar compatibilidade material com a Constituição e, ao mesmo tempo, com as normas supralegais, ou seja, uma *dupla conformidade*. Um juízo negativo em relação a qualquer delas torna o ato normativo inválido.

Sobre o controle de convencionalidade, importa considerar ainda que ele ocorre (1) no plano *interno*, pelos órgãos jurisdicionais *nacionais*, sendo denominado controle de convencionalidade *provisório* ou *preliminar*, e (2) no plano *externo*, pelas cortes *internacionais* de direitos humanos, sendo chamado de controle de convencionalidade *autêntico* ou *definitivo*²⁹.

A despeito de algumas indesejadas diferenças entre o controle de convencionalidade internacional e o controle de convencionalidade nacional, tais como o objeto de controle, a hierarquia normativa do parâmetro de controle, a interpretação conferida à norma convencional etc.³⁰, é importante ter em vista

ra. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, n. 181, jan./mar. 2009, p. 113-139. A referência ao controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos, porém, ocorreu muito antes, em 2006, no julgamento do *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*.

29 Nesse sentido: RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 401.

30 No controle internacional, o objeto de controle é toda norma interna, inclusive norma constitucional originária; no controle nacional brasileiro, o objeto de controle são apenas os atos normativos

que ambos se *complementam*, devendo a atuação *subsidiária* dos tribunais internacionais ter lugar apenas quando o controle nacional for equivocado ou insuficiente, tendo em vista que a última palavra sobre a interpretação dos direitos humanos pertence à corte criada para bem interpretá-los.

Por fim, cabe dizer que, à semelhança do controle de constitucionalidade difuso, o controle de convencionalidade nacional, realizado pelos próprios juízes internos, *deve* ser feito de ofício, independentemente de haver pedido das partes nesse sentido. Quer isso dizer que, qualquer juiz ou tribunal *deve*, no caso concreto, ante uma inconvenção, declará-la, inclusive *ex officio*, afastando a aplicação da lei infraconstitucional por violar tratado internacional de direitos humanos³¹.

3. UMA NOTA SOBRE A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA CONTEMPORÂNEA³²

Para aplicar o Direito, e fazer com que ele cumpra sua função de solucionar conflitos, é essencial interpretá-lo. A interpretação jurídica, durante muito tempo se acreditou, recaía sobre *normas*. A função do intérprete, profissional do direito, era simplesmente compreender os significados incorporados à norma e aplicá-los, por *subsunção*, ao caso concreto posto à solução.

O objeto da interpretação era, pois, a *norma*, tal como produzida pelo legislador. A atividade do intérprete, por consequência, era uma atividade *declarativa*. Esta atividade limitava-se a revelar um dado normativo *pré-existente*. Se a função de legislar não lhe competia, não poderia o intérprete, nem o juiz, *criar* normas, mas somente conhecê-las (ato de conhecimento) e aplicá-las, conforme os significados embutidos *previamente* na norma *de forma privativa* pelo legislador.

infraconstitucionais. No controle internacional, o parâmetro de controle – norma internacional – ocupa sempre uma posição hierárquica superior; no controle nacional brasileiro, de acordo com a jurisprudência do STF, os tratados de direitos humanos têm *status* constitucional ou supralegal. Quanto à interpretação conferida às situações de violação, frequentemente tribunais nacionais e cortes internacionais chegam a conclusões diversas, notadamente por aqueles ignorarem a jurisprudência destas, a quem compete sistematicamente a interpretação final. Sobre o tema, amplamente: RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

31 Nesse sentido, na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ver o *Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso vs. Peru* (2006), em que há referência expressa ao *controle de convencionalidade ex officio*. Na doutrina nacional, MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 422.

32 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005; COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 50-55.

Tem-se, contemporaneamente, contudo, que a interpretação jurídica é atividade bem diversa desta acima retratada. A *interpretação* jurídica recai sobre *textos, preceitos, disposições, enunciados, prescrições* legais, que são diferentes da norma. A *norma*, que antes era tida como objeto da interpretação, é *produto* desta. A norma resulta do processo interpretativo.

O texto legal é o *ponto de partida* do intérprete e, considerando conteúdos semânticos mínimos, frequentemente limite para a interpretação (limite semântico), que não pode ignorar *sentidos mínimos da linguagem* (dia não pode ser noite, 72 horas não podem ser 72 dias etc.).

O fenômeno não deve ser descrito como *interpretação + aplicação*, como fases estanques que se sucedem, mas sim como *interpretação/aplicação*, como um processo único, que ocorre de uma só vez e simultaneamente. É que, como ensina Eros Grau, “*interpretação e aplicação do direito são uma só operação, de modo que interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (= compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (= interpretamos) os fatos*”³³.

Sendo exteriorizado pela linguagem, o texto normativo é, assim como a linguagem, ambíguo e impreciso. Dessa forma, além das variações interpretativas que a linguagem em si enseja, os fatos também são interpretados, daí resultando que texto normativo e fatos, sendo ambos interpretados, produzem as normas necessárias à solução das controvérsias postas. A norma é, então, o texto normativo interpretado e, conseqüentemente, o ordenamento é o conjunto de interpretações que se tem sobre os textos legais em vista de determinados casos ou situações fáticas.

Com isso, evidencia-se que a norma só existe *depois* da interpretação/aplicação dos textos legais; que a atividade do intérprete, para além de conhecer e declarar, é também de *(re) criar e (re) constituir*; e que os fatos e a interpretação dos fatos são *determinantes* na construção normativa, pois sempre a interpretação do direito supõe um caso, real ou fictício.

Essa premissa é importante para o presente estudo, porque, frequentemente, juízes e tribunais nacionais possuem interpretações sobre direitos humanos completamente diferentes daquelas realizadas pelas cortes internacionais, muito embora o *texto* do tratado e da convenção internacional de direitos humanos seja *um só*. Além disso, como mais à frente será exposto, existem direitos humanos *textualmente coincidentes* com direitos fundamentais, mas cujo âmbito de proteção normativa é mais amplo do que aquele âmbito dos direitos previstos na CF. O fenômeno da interpretação/aplicação do direito explica essas “descoincidências” e justifica também a formulação teórica do devido processo convencional.

33 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 26.

4. O DEVIDO PROCESSO CONVENCIONAL

A doutrina processual, especialmente a civil³⁴, não pode ignorar a dimensão normativa dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos. A potencialidade aplicativa e o impacto sistêmico dos direitos humanos processuais são ainda pouco vislumbrados. Com raríssimas exceções³⁵, a doutrina processual civil limita-se a dar notícia das interferências pontuais reconhecidas pelo STF (a ilicitude da prisão civil do depositário infiel, por exemplo), mas não avança sobre uma *filtragem convencional* do ordenamento processual, o que decerto demanda grandes esforços, principalmente o conhecimento do direito internacional público e da jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos³⁶.

Se durante muito tempo as convenções de direitos humanos eram, à luz da jurisprudência do STF, hierarquicamente equivalentes às leis infraconstitucionais, a reforma constitucional, em 2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da CF, e a mudança paradigmática no STF, em 2008, que conferiu o *status* supralegal aos tratados de direitos humanos, são suficientes para transformar a forma de *ler* a matéria.

Com base nessas premissas, tem-se que os direitos humanos processuais exercem uma verdadeira *função bloqueadora* da legislação infraconstitucional incompatível com as disposições convencionais, como ocorreu com a prisão civil do depositário infiel. Noutras palavras, ao *conformar* o devido processo no plano infraconstitucional, o legislador deve considerar não somente os direitos fundamentais processuais previstos na CF como também os direitos humanos processuais estabelecidos nas convenções internacionais, que, se garantirem maior proteção, devem ter seus sentidos incorporados à noção de devido processo existente, como camadas de proteção que se sobrepõem a fim de assegurar maior tutela da *dignidade humana processual*.

Esse controle de *dupla conformidade* é obrigação igualmente do Judiciário, que deve, independentemente de provocação das partes, controlar o conteúdo material das normas processuais infraconstitucionais, tendo como parâmetros tanto a CF como as convenções internacionais de direitos humanos (controle de convencionalidade), que possuem, no mínimo, *status* supralegal.

Como destaca Vitor Fonsêca, “o Poder Judiciário, em sua atuação no processo, não está imune à obrigatoriedade da obediência às normas conven-

34 A doutrina processual penal trabalha densamente com os precedentes da CIDH, o que se deve a maior quantidade de casos desta matéria julgados pelo tribunal, o que, por sua vez, se explica pela gravidade das violações que resultam do exercício do *jus puniendi* pelos Estados nacionais.

35 Como exceção, ver: FONSÊCA, Vitor. **Processo civil e direitos humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

36 Vitor Fonsêca aduz que: “Talvez a escassez dos trabalhos científicos seja justificada pela resistência normalmente atribuída à eficácia própria dos tratados. Muitos dos processualistas talvez ainda carreguem o velho preconceito de que tratados são apenas ‘atos unilaterais’ do Chefe do Governo” (FONSÊCA, Vitor. Os tratados de direitos humanos como fontes do direito processual civil. **Revista de Processo**, n. 194, abr. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 35).

*cionais*³⁷. Afinal, a responsabilidade do Estado no plano internacional dá-se pela prática de ilícito por qualquer de seus Poderes, o que inclui, à evidência, o Judiciário no exercício de sua típica função jurisdicional.

Aliás, os precedentes das cortes internacionais nessa matéria surgem, sobretudo, do julgamento de casos envolvendo o desrespeito às garantias processuais mínimas em processos jurisdicionais dos Estados signatários.

Para além dessa função bloqueadora, os direitos processuais previstos nas convenções internacionais de direitos humanos e os sentidos atribuídos a eles pelas cortes internacionais permitem a formulação do que denomino *devido processo convencional*.

Falar de um devido processo convencional, porém, implica investigar, primeiro, se ele existe e, mais do que isso, se é diferente e em que medida do devido processo legal ou constitucional. Uma vez reconhecida a existência desse devido processo convencional, é inescapável demarcar sua importância e o impacto sistêmico no direito processual interno³⁸.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) não traz em seu texto a expressão “devido processo legal”, *ipsis litteris*. A despeito disso, nos arts. 8º e 25, dispõe, respectivamente, sobre as “garantias judiciais” e a “proteção judicial”. Nestes artigos, prevê, por exemplo, o direito ao contraditório, a duração razoável do processo, o juiz natural etc. Dessa forma, embora não se reconheça um “devido processo legal” com este nome na Convenção, pode-se afirmar que, sim, existe a previsão do devido processo convencional na CADH.

Como dito acima, em alguns ordenamentos, não se emprega a expressão “devido processo legal” nos textos constitucionais (como ocorre na Alemanha) ou se faz uso de outra locução (como ocorre na Itália, com “*giusto processo*”), porém não se nega a existência de um modelo processual de atuação estatal, que deve ser observado para que, ao final, a decisão seja considerada legítima.

Assim, é possível falar em devido processo mesmo nos sistemas normativos em que ele não se encontra previsto com este nome. É o caso da CADH. Diante disso, a análise do conteúdo do *devido processo convencional* perpassa o estudo dos direitos humanos processuais específicos e das *garantias parcelares* extraíveis dessa garantia judicial maior. O devido processo convencional constitui, portanto,

37 FONSÊCA, Vitor. Os tratados de direitos humanos como fontes do direito processual civil. *Revista de Processo*, n. 194, abr. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 35.

38 Para isso, serão utilizados como exemplos a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) (Pacto de São José da Costa Rica) e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Isso não exclui, naturalmente, a relevância e a incidência de outros tratados internacionais de direitos humanos, que, tendo *status* constitucional ou supralegal, devem ser considerados pelo profissional do direito para o controle de convencionalidade e, se possuírem direitos humanos processuais, também na demarcação do conteúdo do devido processo convencional. A menção à CADH e às decisões da CIDH, pois, serve exclusivamente para fins didáticos.

uma *síntese* dos direitos humanos processuais.

Como são várias as convenções internacionais de direitos humanos e como são ou podem ser muitas as previsões de direitos humanos processuais nessas diversas convenções, tem-se que o devido processo convencional é composto de forma múltipla, com adição permanente e evolutiva de significados e protetividade.

É que a historicidade é inerente aos direitos humanos, que têm seu conteúdo fixado no tempo e no espaço. Da mesma forma que se fala genericamente em gerações ou dimensões de direitos humanos ou fundamentais, é possível falar em gerações ou dimensões de protetividade ou tutela de um específico direito.

Por exemplo, o direito ao contraditório, hoje, possui um âmbito de proteção normativa maior do que há 50 anos. Fala-se contemporaneamente em *direito de influência e não surpresa*, impensável quando o que se tinha era apenas o *direito de ciência obrigatória dos atos do processo e de possibilidade de manifestação (formal)*.

Nesse sentido, as conquistas civilizatórias resultam num *ganho quantitativo* de direitos humanos e fundamentais, e também num *ganho qualitativo* em relação aos direitos já existentes, que têm seu âmbito de proteção ampliado. Essas novas camadas de proteção vão paulatinamente se sobrepondo, aumentando a tutela do direito humano ou fundamental. Foi justamente isso que aconteceu com o devido processo legal, desde as suas origens, e com outros direitos humanos ou fundamentais. Importa considerar, ainda, que essa adição de camadas de protetividade não pode retroceder. A linha é evolutiva; o ganho é permanente. Veda-se o retrocesso (proibição do retrocesso).

Diante disso, direitos humanos processuais previstos em diferentes convenções internacionais se somam para formar o devido processo convencional com conteúdo bastante amplo. Defender o contrário seria o mesmo que ignorar a existência de algum direito humano processual e, em última análise, descumprir um compromisso internacional, fato que enseja a responsabilidade do Estado no plano externo.

Na hipótese de conflito aparente de direitos humanos processuais, a solução está na aplicação do critério interpretativo da *máxima efetividade*, que, no campo dos direitos humanos, tem seu correspondente na *interpretação pro homine*, que exige seja realizada aquela interpretação sempre mais favorável ao indivíduo³⁹.

39 Ensina Vitor Fonsêca que: “Nesse último caso, eventual ‘conflito’ poderia ser facilmente resolvido pelo chamado critério internacional *pro homine*, ou seja, deve prevalecer a norma que melhor proteja os direitos fundamentais do homem. A norma *pro homine*, aliás, outorga maior prevalência à norma que reconheça mais amplamente os direitos humanos, independentemente da fonte de ordem da obrigação que se trate” (FONSECA, Vitor. Os tratados de direitos humanos como fontes do direito processual civil. *Revista de Processo*, n. 194, abr. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 35).

Pode-se afirmar, assim, que existe o devido processo convencional, que é uma síntese dos diversos direitos processuais previstos nas convenções internacionais de direitos humanos. A determinação de seu conteúdo, conseqüentemente, depende do estudo específico de cada desses direitos humanos processuais.

Além disso, é possível afirmar também que o âmbito de proteção do devido processo convencional não é em tudo *idêntico* àquele do devido processo legal ou constitucional. *Embora exista uma zona de interseção entre seus âmbitos de proteção, há também âmbitos de proteção autônomos, ora mais, ora menos amplos, que não decorrem necessariamente da textualidade de suas previsões.* Noutras palavras, se em algumas situações a protetividade do devido processo constitucional pode ser maior, em outras o devido processo convencional terá campo maior de aplicação.

O direito *fundamental* à assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV, CF)⁴⁰, por exemplo, é mais amplo do que o “*derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado*”, previsto no art. 8º, 2, e, da CADH⁴¹.

Por outro lado, a CADH prevê expressamente um duplo grau de jurisdição nos processos penais (art. 8º, 2, h, CADH). A Constituição Federal, por sua vez, não tem previsão semelhante. O STF ora *não* reconhece o *status* constitucional à referida garantia⁴², ora a reconhece, excepcionando, contudo, a hipótese de deci-

40 “O art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal prevê o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita. O referido direito é amplo e desdobra-se ainda no direito à assistência judiciária, no direito à orientação jurídica extrajudicial e no ora tratado direito à gratuidade da justiça. O *direito à assistência judiciária* consiste no patrocínio da causa de forma gratuita por advogado público (por exemplo, Defensor Público) ou particular (por exemplo, núcleos de prática jurídica das faculdades de direito). Tem a ver, portanto, com a prestação de serviços em juízo. O *direito à orientação jurídica extrajudicial*, que é mais conhecido como assistência judiciária, compreende a prestação de serviços jurídicos fora do âmbito judicial, podendo-se citar a atuação em processos administrativos, na formulação e execução de contratos, na veiculação de campanhas publicitárias que esclareçam os direitos dos cidadãos, em mediações e conciliações extrajudiciais etc. Essa nova adjetivação da assistência, que passa a ser *jurídica* e não mais apenas *judiciária*, é um dos grandes avanços da Constituição Federal de 1988, que se preocupou com o acesso à justiça para além da via jurisdicional, ou seja, de maneira global, considerando todas as possíveis vias de acesso, que, se bem assistidas, evitam mesmo os próprios litígios. O *direito à gratuidade da justiça*, ou justiça gratuita, por sua vez, é a dispensa do pagamento antecipado das despesas do processo e dos honorários advocatícios, que, contudo, podem vir a ser cobrados na hipótese de superveniência de idônea capacidade financeira. Além disso, essa dispensa de pagamento abarca também alguns atos extrajudiciais, indispensáveis à tutela jurisdicional efetiva. Como se vê, o direito à assistência jurídica integral e gratuita é bem amplo, abarcando os três direitos acima mencionados”. (SILVA, Ticiano Alves e. O benefício da justiça gratuita no Novo Código de Processo Civil. In: BURIL, Lucas; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada: parte geral. vol. 1.** Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 806-807).

41 No mesmo sentido: FONSÊCA, Vitor. Os tratados de direitos humanos como fontes do direito processual civil. **Revista de Processo**, n. 194, abr. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 35.

42 “(...) 1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado a órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio - sem concessões

são proferida em processo de competência originária⁴³.

Como o *texto* normativo da Constituição e das convenções internacionais são muito semelhantes, o recurso à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e das cortes internacionais de direitos humanos, especialmente a CIDH, torna-se essencial para compreender, respectivamente, o conteúdo normativo dos direitos fundamentais e dos direitos humanos processuais.

A análise limitada da textualidade das previsões pode não ser suficiente para se descobrir as zonas de protetividade autônomas do devido processo constitucional e do devido processo convencional. Resgatando a premissa anteriormente exposta, a norma fundamental e a norma convencional são produtos da interpretação que se faz dos textos da CF e das convenções internacionais na solução de casos.

Entender que a delimitação do âmbito de proteção do devido processo convencional, assim como do devido processo legal ou constitucional, ultrapassa as prescrições normativas e depende do conhecimento da jurisprudência das cortes responsáveis por atribuir sentidos aos textos na solução de casos é de suma importância para evitar dissonâncias na aplicação das convenções internacionais entre os órgãos julgadores internos e as cortes internacionais e para levar a sério os direitos humanos⁴⁴. As repercussões disso nos sistemas de justiça internos são ainda difíceis de projetar.

Entretanto, parece intuitivo que, (1) se o devido processo convencional é a síntese normativa da multiplicidade de direitos humanos processuais específicos e (2) se estes direitos estão previstos em convenções internacionais, a interpretação que se deve conferir na aplicação desses direitos precisa ser aquela realizada pelas cortes internacionais, sob pena de não se aplicar os direitos humanos segundo eles são pela ordem jurídica internacional, mas sim o que os

que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de “toda pessoa acusada de delito”, durante o processo, “de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. 4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. (...)” (STF, RHC 79785, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 29/03/2000, DJ 22/11/2002).

43 STF, AI 601832 AgR, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. 17/03/2009, DJ 03/04/2009.

44 É que, como alerta André de Carvalho Ramos: “Há tribunais internos que se socorrem de normas previstas em tratados sem sequer mencionar qual é a interpretação dada a tais dispositivos pelos órgãos internacionais, levando a conclusões divergentes. O controle de convencionalidade nacional pode levar a violação das normas contidas nos tratados tal qual interpretada pelos órgãos internacionais. Isso desvaloriza a própria ideia de primazia dos tratados de direitos humanos, implícita na afirmação da existência de um controle de convencionalidade” (RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 401 e ss.).

tribunais nacionais entendem que eles são, o que é o mesmo que permitir (1) o descumprimento do compromisso internacional e (2) o fracionamento da ordem jurídica internacional, que perderia unidade, considerando o mosaico de interpretações possíveis oriundas dos Estados signatários.

Não é por outra razão que a CIDH, ao determinar que o Judiciário realize o controle de convencionalidade no plano nacional, ressaltou que, além de se basearem no *texto* da convenção, os juízes devem seguir a *interpretação* conferida ao texto pela Corte Interamericana, a quem compete dar a palavra final sobre a interpretação da convenção⁴⁵.

É curioso perceber que, a despeito do novel art. 927 do CPC/2015, a fundamentação teórica do sistema de precedentes brasileiro se baseia, dentre outros argumentos, na ideia de que alguns tribunais (STF e STJ) foram, por força da Constituição Federal, encarregados de uniformizar a interpretação do direito. São cortes criadas para dar a última palavra de como deve ser compreendido o direito constitucional e o direito infraconstitucional federal no Brasil⁴⁶. Em suma, se as normas são produtos da interpretação, o respeito ao direito só existe se houver respeito à *interpretação* atribuída ao direito pelos órgãos institucionalmente criados para tanto.

*O mesmo raciocínio se aplicaria para o controle de convencionalidade feito pelos órgãos jurisdicionais nacionais, que devem seguir, como parâmetro, a interpretação conferida aos direitos humanos pelas cortes internacionais, criadas, no plano internacional, para justamente atribuir sentidos ao texto das convenções internacionais, para além de resolver casos concretos*⁴⁷.

Problema que se coloca em relação aos precedentes internacionais diz respeito à *soberania* dos Estados signatários e a *independência funcional* dos juízes nacionais, que seriam supostamente violadas se fosse obrigatório seguir os entendimentos das cortes internacionais.

Entretanto, quando um Estado reconhece formalmente a competência jurisdicional de uma corte internacional, esse reconhecimento não vincula apenas o Executivo e o Legislativo, mas também, e evidentemente, o Judiciário, que deve

45 Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile (2006). Sobre o tema, conferir: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 421.

46 No sentido do texto: ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela de direitos mediante procedimento comum**. Vol. 2. São Paulo: RT, 2015, p. 606-608.

47 Informam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto que: “Na Europa, as cortes nacionais têm de levar em consideração nos seus julgamentos não só normas ditadas pela União Europeia e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, como também a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a sua interpretação realizada pela Corte Europeia de Direitos Humanos” (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, Capítulo 10, n. 10.6.5 (livro digital)).

ser um fiel aplicador dos dispositivos das convenções internacionais tal como interpretados pela corte criada com esse objetivo⁴⁸. *Assim, o problema parece muito mais de respeito ao direito internacional (e a jurisprudência das cortes internacionais é fonte do direito), que só existe se e quando interpretado, do que propriamente de soberania ou de garantia da magistratura.*

Sem embargo, ganha força na doutrina constitucional e internacionalista o que se pode chamar de princípio do cosmopolitismo⁴⁹, importação de ideias constitucionais⁵⁰, migração de ideias constitucionais ou ainda diálogo das cortes⁵¹, que seria o diálogo internacional entre cortes constitucionais ou entre tribunais nacionais e cortes internacionais de direitos humanos, objetivando uma integração dos discursos mediante a consideração efetiva dos argumentos estrangeiros nos julgamentos nacionais.

Embora não seja obrigatório ou vinculante, esse diálogo teria a grande vantagem de unificar discursos em torno de temas de importância global ou regional, a exemplo de democracia e direitos humanos, o que, neste último caso, teria o condão de prevenir a responsabilização internacional dos Estados por descumprimento dos tratados de direitos humanos⁵².

Em última análise, levar em consideração os precedentes das cortes internacionais é levar a sério os próprios direitos humanos processuais, segundo a compreensão que se tem deles no plano internacional. Agir de forma diferente é fazer pouco caso da importância do controle de convencionalidade nacional, banalizar o acesso às cortes internacionais, em especial à CIDH, e, por fim, dar espaço à responsabilização do Brasil no plano internacional por violação a direitos humanos processuais.

48 Por todos, cite-se Valério Mazzuoli: “Aprovado o tratado pelo Congresso, e sendo este ratificado pelo Presidente da República, suas disposições normativas, com a publicação do texto, passam a ter plena vigência e eficácia internas. E de tal fato decorre a vinculação do Estado no que atine à aplicação de suas normas, devendo cada um dos seus Poderes cumprir a parte que lhes cabe nesse processo: ao Legislativo cabe aprovar as leis necessárias, abstendo-se de votar as que lhes sejam contrárias; ao Executivo fica a tarefa de bem e fielmente regulamentá-las, fazendo todo o possível para o cumprimento de sua fiel execução; e ao Judiciário incumbe o papel preponderante de aplicar os tratados internamente, bem como as leis que o regulamentam, afastando a aplicação de leis nacionais que lhes sejam contrárias” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 421).

49 SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, Capítulo 10, n. 10.6.5 (livro digital).

50 FREIRE, Alonso. Importação de ideias constitucionais. **Jota**. Disponível em: <http://jota.info/jota-mundo-importacao-de-ideias-constitucionais>. Publicado em 17/11/2015. Acesso em 02/02/2016.

51 RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 404.

52 Como afirma André de Carvalho Ramos: “Não seria razoável, por exemplo, que, ao julgar a aplicação de determinado artigo da Convenção Americana de Direitos Humanos, o STF optasse por interpretação não acolhida pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, abrindo a possibilidade de eventual sentença desta *contra* o Brasil” (RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 405).

CONCLUSÃO

Conclusivamente, pode-se afirmar que existe o devido processo convencional, que é uma síntese dos diversos direitos processuais previstos nas convenções internacionais de direitos humanos. A determinação de seu conteúdo, consequentemente, depende do estudo específico de cada desses direitos humanos processuais.

Além disso, é possível afirmar também que o âmbito de proteção do devido processo convencional não é idêntico àquele do devido processo legal ou constitucional. Embora exista uma zona de interseção entre seus âmbitos de proteção, há também âmbitos de proteção autônomos, ora mais, ora menos amplos, que não decorrem necessariamente da textualidade de suas previsões.

Se as normas são produtos da interpretação, o respeito ao direito só existe se houver respeito à interpretação atribuída ao direito pelos órgãos institucionalmente criados para tanto. Diante disso, no controle de convencionalidade, os órgãos jurisdicionais nacionais devem seguir, como parâmetro, a interpretação conferida aos direitos humanos pelas cortes internacionais, criadas, no plano internacional, para justamente atribuir sentidos ao texto das convenções internacionais, para além de resolver casos concretos.

Levar em consideração os precedentes das cortes internacionais é levar a sério os próprios direitos humanos processuais, segundo a compreensão que se tem deles no plano internacional. Atuar de forma diferente é fazer pouco caso da importância do controle de convencionalidade nacional, banalizar o acesso às cortes internacionais, em especial à CIDH, e, por fim, dar espaço à responsabilização do Brasil no plano internacional por violação a direitos humanos processuais.

O passo seguinte a esta conclusão, quanto ao reconhecimento e à importância do devido processo convencional, é a necessidade de realização de uma ampla *filtragem convencional*, para se verificar a compatibilidade material entre o ordenamento processual interno e as disposições internacionais de direitos humanos processuais e a jurisprudência da CIDH.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. O que é devido processo legal? **Revista de Processo**, n. 163, set. 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. **Revista Iberoamericana de Derecho Processal**, n. 1, jan.- jun. 2015.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COKE, Edward. **The Second Part of Institutes of the Land**. Londres: E. and R. Brooke, 1797, p. 50. Disponível em: <https://books.google.com.br/>.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

FONSÊCA, Vitor. Os tratados de direitos humanos como fontes do direito processual civil. **Revista de Processo**, n. 194, abr. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FREIRE, Alonso. Importação de ideias constitucionais. **Jota**. Disponível em: <http://jota.info/jota-mundo-importacao-de-ideias-constitucionais>. Publicado em 17/11/2015. Acesso em 02/02/2016.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela de direitos mediante procedimento comum. *Vol. 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, n. 181, jan./mar. 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Repertório IOB de Jurisprudência**, n. 23, jan. 1994.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RODRIGUES, Marco Antonio. **A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil**. Rio de Janeiro: GZ editora, 2014.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, Ticiano Alves e. O benefício da justiça gratuita no Novo Código de Processo Civil. In: BURIL, Lucas; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada: parte geral**. vol. 1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2014.