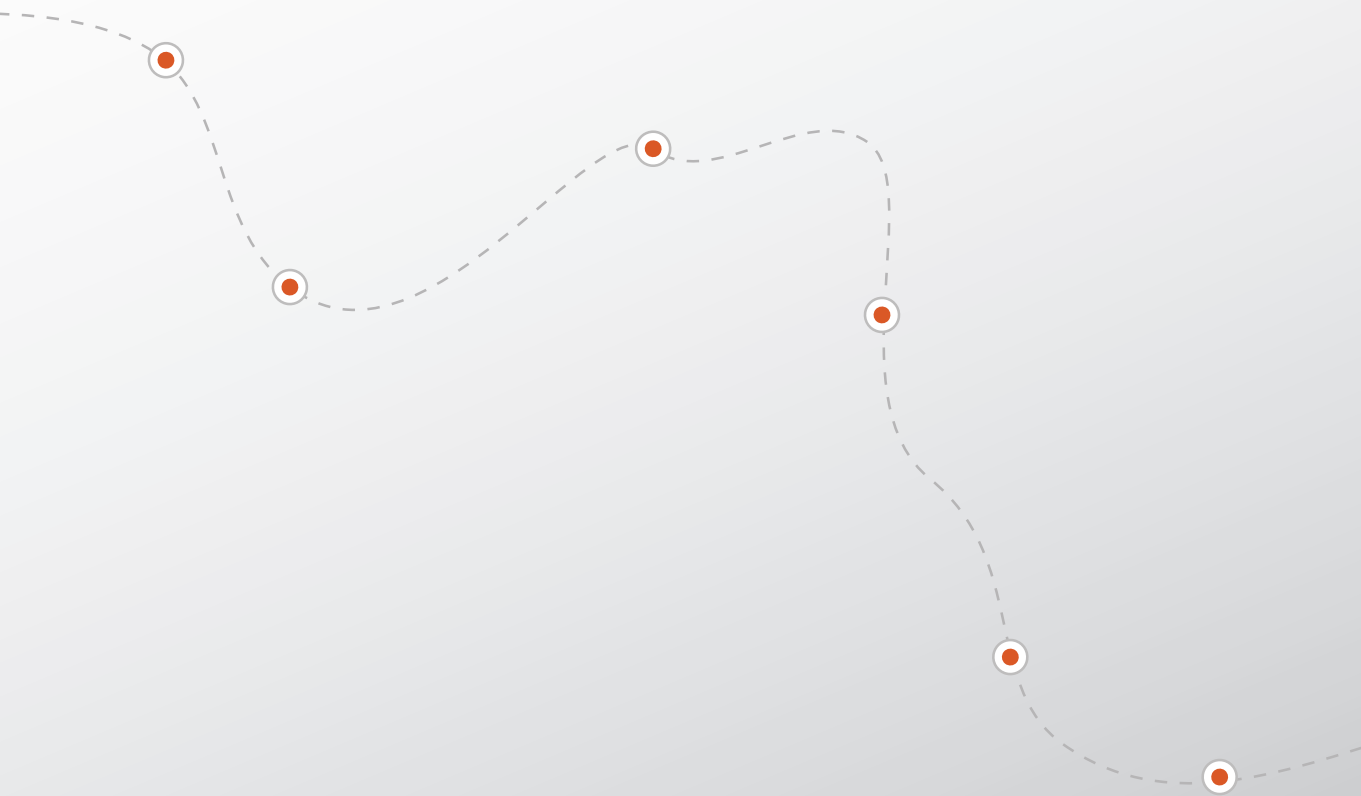




DIREITOS HUMANOS E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE



Sumário

O sistema interamericano de direitos humanos e o controle de convencionalidade difuso _____ **4**

Tábua de siglas e abreviaturas _____ **5**

1. A concretização dos direitos humanos: diretriz estratégica do Poder Judiciário _____ **6**

2. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o compromisso com a implementação dos direitos humanos _____ **8**

3. Conhecendo o sistema interamericano de direitos humanos _____ **9**

3.1 A construção da teoria do controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos _____ **12**

3.2 O controle de convencionalidade difuso no sistema interamericano de direitos humanos _____ **17**

3.2.1 Conhecimento sobre os standards proferidos pela CorteIDH _____ **17**

3.2.2 Uma análise cuidadosa dos fatos compositivos da causa posta a julgamento e a atividade comparativa com os fatos estruturantes do standard interamericano de direitos humanos _____ **19**

3.2.3 A distinção entre os fatos não impede que a autoridade judiciária nacional realize, por conta própria, a análise sobre a adequação da ordem interna em face do sistema interamericano de direitos humanos _____ **21**

Figura1 _____ **22**

O sistema interamericano de direitos humanos e o controle de convencionalidade difuso

“É dever dos órgãos do poder público – e notadamente dos juízes e dos Tribunais – respeitar e promover a efetivação dos direitos humanos”.

(Celso de Mello)

Tábua de siglas e abreviaturas

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CF – Constituição Federal

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CorteIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

EC – Emenda Constitucional

EPM – Escola Paulista da Magistratura

SIDH – Sistema Interamericano de Direitos Humanos

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

UMF/CNJ - Unidade de Monitoramento e de Fiscalização das Decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos do Conselho Nacional de Justiça

UMF/TJSP - Unidade de Monitoramento e de Fiscalização das Decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo



1. A concretização dos direitos humanos: diretriz estratégica do Poder Judiciário

A redemocratização do Estado brasileiro, consagrada pela Constituição Federal de 1988, descortinou um movimento virtuoso de ratificação de inúmeros documentos internacionais de direitos humanos¹. O movimento, que bebe na fonte da afirmação da dignidade humana como princípio fundamental do constitucionalismo brasileiro, permitiu uma nova relação dialógica entre o Estado brasileiro e a normativa internacional, em especial aquela dedicada à consagração dos direitos humanos. Não são outras as razões que justificam a inserção da cláusula de abertura dos direitos fundamentais (art. 5º, §2º da CF) e a possibilidade de integração daquele rol pela normativa internacional em matéria de direitos humanos.²

1 Dentre os quais a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Decreto 678 de 06 de novembro de 1992.

2 Diante das controvérsias existentes sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional n. 45/2004, incluindo o §3.º no art. 5.º com a seguinte redação: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”. Se, por um lado, a medida resolveu a polêmica em relação aos casos futuros, por outro, não solucionou a dúvida quanto ao posicionamento dos tratados de direitos humanos já incorporados ao sistema jurídico nacional, que não haviam sido aprovados mediante o procedimento complexo descrito. Surgiram interpretações diversas sobre qual seria a hierarquia e a força normativa dessas convenções internacionais. Enquanto parte significativa da doutrina compreende que todos os tratados de direitos humanos ostentam hierarquia constitucional, o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal foi o de que tais convenções, se incorporadas antes da EC n. 45/2004, possuem hierarquia supralegal, mas infraconstitucional. Independentemente dos significativos avanços dados pela afirmação da supralegalidade dos tratados (Recursos Extraordinários n. 466.343-SP e n. 349.703/RS e dos Habeas Corpus n. 92.566-SP e n. 87.585-TO, em dezembro de 2008), a posição majoritária da doutrina reconhece que os Tratados de Direitos Humanos, anteriores à EC45 já gozavam de status constitucional por força da própria norma dada pelo parágrafo segundo do art. 5 da CF. Nesse sentido, a exigência do processo legislativo mais qualificado, além de não desqualificar a equiparação que já havia sido feita pelo legislador constituinte, somente seria exigível para as futuras internalizações. Nesse sentido: PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora (Orgs.). Reforma do judiciário analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005, p. 72; SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do controle de convencionalidade em face dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. In: LOPES, Ana Maria D’Ávila; PAREDES, Felipe Paredes; LAZARTE, Renata Bregaglio (Orgs.) Tendências jurisprudenciais da corte interamericana de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 110.

Os compromissos constitucionais do Estado brasileiro não se restringem ao plano internacional. Projetam-se, igualmente, no plano interno. Afinal, a agenda de compromissos com os direitos humanos não se limita à ratificação dos tratados internacionais. Medidas compatíveis devem ser igualmente adotadas no plano interno. Assim, uma vez reconhecido o primado dos direitos humanos, a interpretação judicial, destinada à solução de conflitos, deve ser alimentada pelo ideal maior do respeito e da concretização daqueles direitos. Até mesmo porque, em tempos de inserção dos Estados nacionais nos ambientes de aderência às obrigações internacionais, o descumprimento dos compromissos em direitos humanos pode implicar responsabilização internacional do Estado brasileiro.³

Foi em meio a esse cenário que, em novembro de 2015, por ocasião do 9º Encontro Nacional do Poder Judiciário, aprovou-se a diretriz estratégica de compromisso de todos os tribunais brasileiros em dar concretude *“aos direitos previstos em tratados, convenções e demais instrumentos internacionais sobre a proteção dos direitos humanos”*.

Na mesma linha, em janeiro de 2021, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou a Unidade de Monitoramento e de Fiscalização das Decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (UMF/CNJ), inaugurando, assim, uma estrutura especializada no diálogo institucional com aquele sistema⁴. A iniciativa, absolutamente pioneira, empresta decisiva contribuição à implementação das decisões do sistema interamericano, bem como ao fortalecimento de uma cultura jurídica orientada para proteção dos direitos humanos.

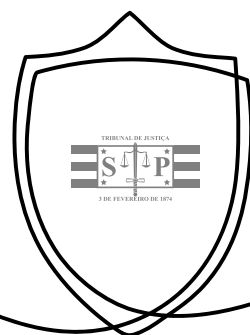
Em janeiro de 2022, o CNJ editou a Recomendação 123 pela qual orientou todos os órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observar os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, assim como o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH). Estabeleceu, ainda, a priorização do julgamento dos processos em tramitação relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos determinadas por aquela Corte em condenações envolvendo o Estado brasileiro e que estejam pendentes de cumprimento integral. Por fim, porém não menos relevante, as juízas e os juízes foram conclamados a exercerem

3 ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Ciudad de México, v. 45. n. 135, 2012. p. 1170

4 A criação da Unidade de Monitoramento e Fiscalização das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (UMF/CNJ) foi aprovada pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) durante a 323ª Sessão Ordinária, realizada em 15 de dezembro de 2021, sendo regulamentada pela Resolução CNJ n. 364, de 12 de janeiro de 2021.

o “controle de convencionalidade”, incumbindo-lhes, dessa forma, a compatibilização das decisões internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro, de modo a aplicar a norma mais benéfica à promoção dos direitos humanos, resultando num maior equilíbrio normativo, impactado pela internacionalização cada vez mais crescente.⁵

2. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o compromisso com a implementação dos direitos humanos



O Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos, em vigor desde março de 2022, foi idealizado pela UMF/CNJ. Cuida-se de um acordo-compromisso firmado pelas distintas instâncias do Poder Judiciário voltado à implementação de medidas variadas para a concretização dos direitos humanos na tarefa diária de realização de Justiça. Em abril de 2022, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP) e a Escola Paulista da Magistratura (EPM), por ocasião do primeiro curso de capacitação de juízes e demais atores de justiça em controle de convencionalidade,⁶ firmaram o termo de adesão ao Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos.

No dia 21 de fevereiro de 2024, o TJ/SP, por meio da Portaria nº 10.380/24, criou a Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (UMF/TJSP). A iniciativa, pioneira entre os tribunais estaduais do país, busca promover a conscientização sobre direitos humanos, ao mesmo tempo em que pretende conferir visibilidade às recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e à supervisão do efetivo cumprimento das decisões do Sistema Interamericano no âmbito paulista.

⁵ Conforme anota Mazzuoli, “Nesse sentido, entende-se que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para este deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno.” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a.46, n. 181, jan./mar.2009, p. 128/129).

⁶ Disponível pela plataforma youtube: https://www.youtube.com/playlist?list=PLa640FVOEaOgXSLDYgYFFM_gU_DZuqDNs.

Entre as atribuições da UMF/TJSP estão o monitoramento de processos em curso no TJSP abrangidos pelos efeitos da CortelDH e da CIDH, a consultoria técnica e apoio logístico às varas e câmaras do TJSP, o fomento das ações de mediação e conciliação e a estruturação de planos de ação para o célere cumprimento das determinações da CIDH. A unidade também será a responsável pela realização de cursos pela Escola Paulista da Magistratura (EPM), pelo contato com a UMF/CNJ, pelo monitoramento das informações enviadas para a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário (DataJud), entre outras ações.



3. Conhecendo o sistema interamericano de direitos humanos

A proclamação da Declaração dos Direitos Humanos, em dezembro de 1948, foi o evento síntese de consolidação da comunidade internacional em direção à afirmação dos valores universais compositivos da dignidade humana. A partir de então, descortinaram-se várias iniciativas, seja no plano global, seja no plano regional, dirigidas à edificação de um aparato normativo e institucional de fiscalização e monitoramento dos direitos humanos.

Além de integrar o sistema global de proteção aos direitos humanos da ONU, o Brasil é parte do sistema interamericano (SIDH), tendo rati-

ficado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) em 1992 e reconhecido a jurisdição contenciosa da Corte IDH em 1998. Conforme observa Leonardo Aguiar⁷:

É preciso reconhecer que a adesão – soberana, voluntária e legítima – do Brasil ao Sistema Interamericano de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos confere à Corte IDH a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese do feixe de normas que compõem o Sistema Interamericano de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos.

O sistema interamericano, a exemplo do modelo europeu, desenvolveu uma estrutura institucional dirigida à fiscalização e ao monitoramento da agenda de direitos humanos pelos respectivos Estados Partes. Nesse sentido, cabe à CIDH receber as notícias de violações de direitos humanos no espaço interamericano e, por consequência, examinar a admissibilidade dos casos que serão submetidos a julgamento pela Corte IDH.

A Corte IDH detém competências consultiva e contenciosa. Pela primeira, interpreta a Convenção Americana e os tratados de direitos humanos vigentes para os Estados interamericanos. No âmbito contencioso, resolve as controvérsias que envolvem os Estados partes e que tenham por objeto a alegação de descumprimento das obrigações internacionais relacionadas com os direitos humanos.

Como se sabe, a Corte IDH não julga responsabilidades individuais, mas sim a responsabilidade do Estado nacional pelo descumprimento das obrigações internacionalmente assumidas no exercício da missão de proteção e de promoção dos direitos humanos. Quando assim o faz, a Corte pode declarar a inconveniência de decisões domésticas, de ações ou omissões governamentais e/ou de leis nacionais, impondo ao Estado a obrigação de readequação de seu aparato legal e/ou de políticas públicas, sem prejuízo das medidas de reparação.⁸

7 AGUIAR, Leonardo Augusto de Almeida. Imprescritibilidade do crime de redução à condição análoga à de escravo: a influência da decisão da Corte IDH no direito interno brasileiro. Revista CEJ, Brasília, Ano XXVII, n. 85, p. 118-135, jan./jun. 2023, p. 123.

8 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparações e Custas. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C Nº 7 25. Um dos princípios de Direito internacional, que a jurisprudência considerou «inclusive uma concepção geral de direito», é que toda violação de uma obrigação internacio-

O sistema interamericano funda-se na supremacia do valor fonte da dignidade humana que direciona o agir dos Estados nacionais e de suas autoridades em todos os níveis e dimensões. Assim, ao aderir ao sistema interamericano, o Estado se compromete com o padrão regional de direitos humanos consagrado por seu arcabouço normativo e interpretado pelo órgão jurisdicional instituído para este específico fim.⁹ Trata-se de uma obrigação internacional de respeitabilidade e de implementação das adequações necessárias ao do aparato legal frente à normativa internacional em matéria de direitos humanos. Mais do que isto, os Estados Partes se comprometem a cumprir as decisões que forem proferidas pela CorteIDH nos casos em que figurarem como partes da demanda internacional.¹⁰

Tais obrigações suscitam o denominado “controle de convencionalidade” o qual supõe uma atividade de compatibilização e adequação da ordem doméstica ao sistema interamericano de direitos humanos.¹¹

Essa tarefa de compatibilização é efetuada pela própria CorteIDH no exercício de sua competência originária por ocasião do julgamento dos casos que são levados ao seu conhecimento. Este controle, contudo, é realizado de forma subsidiária e incidente, apenas e tão somente, quando os próprios Estados falham no cumprimento de suas obrigações em matéria de direitos humanos. Assim, o controle de convencionalidade primário recai sobre as autoridades nacionais. Cuida-se de uma obrigação de assento internacional de interpretar qualquer norma nacional em conformidade com o corpus juris interamericano em matéria de direitos humanos.¹²

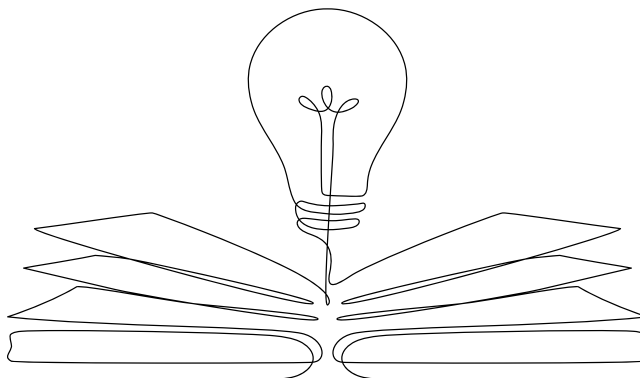
nal que tenha provocado um dano comporta o dever de repará-lo adequadamente. A indenização, por sua vez, constitui a forma mais usual de fazê-lo (Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment N.º 8, 1927, P.C.I.J., Series A, N.º 9, p. 21 e Factory at Chorzów, Merits, Judgment N.º 13, 1928, P.C.I.J., Series A, N.º 17, p. 29; Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, p. 184). 26. A reparação do dano ocasionado pela infração de uma obrigação internacional consiste na restituição (restitutio in integrum), o que inclui o restabelecimento da situação anterior e a reparação das consequências que a infração provocou, além do pagamento de uma indenização como compensação pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, inclusive o dano moral.

9 ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; ZILLI, Marcos. O controle de convencionalidade difuso e a estruturação de um modelo de precedentes no sistema interamericano de direitos humanos. Distinguishing: limites e tensões. Leituras a partir da criminalização do desacato. p. 610.

10 Conforme disposto no art. 68.1 da Convenção Americana.

11 A expressão “controle de convencionalidade” foi utilizada pela primeira vez pelo membro da CorteIDH, Juiz García Ramírez, em seu voto separado referente ao caso Myrna Mack Chang v. Guatemala. Importante observar que o controle de convencionalidade abordado pela presente cartilha submete-se ao recorte que é dado pelo sistema interamericano de direitos humanos, até mesmo porque, em termos gerais, o controle de convencionalidade tem um sentido mais amplo ligado à necessidade e à observância dos instrumentos internacionais do qual o Estado brasileiro seja parte.

12 MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Controle de Convencionalidade. Brasília: CNJ, 2016, p. 13.



3.1 A construção da teoria do controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos

A teoria do controle de convencionalidade é produto da atividade jurisprudencial da própria Corte IDH. De fato, por ocasião do julgamento do caso *Almonacid Arrellano y otros v. Chile* em 2006, o órgão manifestou o entendimento de que a ratificação da CADH por um Estado fixa, igualmente, obrigações aos juízes nacionais de modo que “o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”¹³.

Ainda em 2006, no caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, a CortelDH acrescentou que o controle de convencionalidade deve ser exercido *ex officio* pelos órgãos do Poder Judiciário e, portanto, independentemente de provocação das partes.¹⁴ Em 2010, no caso *Cabrera García y Montiel Flores v. México*, a Corte consignou que o controle de convencionalidade há de ser desempenhado por “juízes e órgãos vinculados à admi-

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

14 Nesse sentido: “128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.”

nistração de justiça em todos os níveis”. Aliás, no mesmo caso, dispôs que os juízes nacionais devem realizar um exame de compatibilidade das normas de Direito interno com as convenções internacionais, tendo como norte não apenas o tratado, mas também a interpretação que lhe é dada pela CortelDH que, nesse ponto, se posiciona como intérprete última da Convenção Americana.¹⁵

Em 2011, em mais um caso paradigmático - caso *Gelman vs. Uruguai*, a Corte IDH passou a entender que todos os órgãos do Estado – e não somente o Poder Judiciário – devem ser responsáveis pelo exercício do controle de convencionalidade das leis. Assim, deliberou que todos os órgãos do Estado devem se submeter à autoridade dos tratados de direitos humanos, cabendo aos juízes e órgãos vinculados à administração da Justiça em todos os níveis exercer *ex officio* o controle de convencionalidade das normas internas relativamente a essas convenções, no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais pertinentes.¹⁶

Assim, na condição de intérprete última da CADH, a CortelDH eleva os seus julgamentos ao mais alto patamar de revelação da pauta mínima regional de direitos humanos.¹⁷ Assim, no caso por ela julgado a sentença reveste-se de autoridade da coisa julgada internacional, vinculando as partes que tomaram parte da demanda internacional. Este é o efeito natural e automático do julgamento. Mas não é só. A decisão tem eficácia *erga omnes*, vinculando todos os Estados que, embora não tenham participado da relação processual internacional, a ela se submetem em face da adesão ao sistema interamericano de direitos humanos.¹⁸

15 Nesse sentido: “225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”

16 Nesse sentido: “193. Quando um Estado é parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim, razão pela qual os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça, em todos os níveis, possuem a obrigação de exercer ex officio um “controle de convencionalidade” entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e da normativa processual correspondente. Nesta tarefa devem considerar não apenas o tratado, mas também sua interpretação realizada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana”.

17 ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; ZILLI, Marcos. O controle de convencionalidade difuso e a estruturação de um modelo de precedentes no sistema interamericano de direitos humanos. Distinguishing: limites e tensões. Leituras a partir da criminalização do desacato. In: BORGES, Ademar; VERANO, Cristiano; Siciliano, Benedito (Orgs.) Homenagem ao Ministro Rogério Schietti. 10 anos de STJ. Ribeirão Preto: Migalhas, 2023, p. 609/627, p.614,

18 Nesse sentido, assinala Eduardo Ferrer Mac-Gregor: “En el primer supuesto se produce una eficacia inter partes, que consiste en la obligación del Estado de cumplir con todo lo establecido en la sentencia interamericana de manera pronta, íntegra y efectiva. Existe una vinculación total y absoluta de los contenidos y efectos del fallo, que se deriva como obligación de los artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana.. En el segundo se produce

Ou seja, a partir do momento em que o Estado adere à CADH e aceita a competência contenciosa da CortelDH, assume a obrigação de que todas as autoridades nacionais apliquem, não apenas a norma convencional, mas também a “norma convencional interpretada” como standard mínimo de cumprimento e de efetivação dos direitos humanos.¹⁹ Este controle de convencionalidade realizado em nível nacional²⁰ pode se dar de forma concentrada ou difusa. Nesse ponto, são esclarecedoras as palavras de Torelly:

Nesse desenvolvimento, o controle de convencionalidade se diferencia radicalmente da bem mais estrita obrigação de cumprir com as determinações contidas em uma decisão internacional. Ele ganha efeito *erga omnes*, vinculando partes (inclusive Estados Membros) não representadas na causa que origina o precedente judicial, podendo ocorrer de maneira concentrada ou difusa, e torna-se uma etapa corrente de qualquer processamento de feitos judiciais domésticos. A fronteira entre doméstico e internacional se desfaz em parte, sendo constituído um espaço de legalidade transnacional. De acordo com a percepção da Corte Interamericana, este espaço transnacional possui um centro de coordenação hierárquica: a própria Corte. Ainda, o direito internacional dos direitos humanos posiciona-se, discursivamente, em posição análoga ao direito constitucional doméstico porém, na prática judicial da Corte, é considerado hierarquicamente superior, subordinando inclusive a vontade soberana popular.²¹

una eficacia erga omnes hacia todos los Estados Parte de la Convención, en la medida en que todas las autoridades nacionales quedan vinculadas a la efectividad convencional y, consecuentemente, al criterio interpretativo establecido por la Corte IDH, en tanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional, derivada de la obligación de los Estados de respeto, garantía y adecuación (normativa e interpretativa) que establecen los artículos 1º y 2º de la Convención Americana; y de ahí la lógica de que la sentencia sea notificada no sólo “a las partes en el caso” sino también “transmitido a los Estados partes en la Convención” en términos del artículo 69 del Pacto de San José” (Eficacia de la sentencia interamericana y la coza juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata). Estudios Constitucionales, v. 11, n. 2, 2013, p. 641-694, p. 657).

19 Nesse sentido, pontua Eduardo Ferrer Mac-Gregor: “La proyección de la eficacia interpretativa de la sentencia hacia todos los Estados Parte que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y particularmente en aquellos que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH, consiste en la obligación por todas las autoridades nacionales de aplicar no sólo la norma convencional sino la “norma convencional interpretada” (res interpretata); es decir, el criterio interpretativo que como estándar mínimo aplicó el Tribunal Interamericano al Pacto de San José y, en general al corpus juris interamericano, materia de su competencia, para resolver la controversia”. (op. cit., p. 662)

20 Conforme adverte Sidney Guerra: “Ocorre o controle de convencionalidade em sede nacional quando o juiz interno aplica a Convenção ou outro tratado ao invés de utilizar o direito interno, mediante um exame de confrontação normativo (material) em um caso concreto e elabora uma sentença judicial que proteja os direitos da pessoa humana.” (Controle de convencionalidade. Revista Jurídica, vol. 01, nº. 46, Curitiba, 2017. p.1-21, p. 11).

21 TORELLY, Marcelo. Controle de Convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos? Rev. Direito e Práx. 8 (1), mar. 2017.

Assim, o controle de convencionalidade opera-se em dupla dimensão. A primeira é realizada pela própria Corte na condição de intérprete última da Convenção Americana. Trata-se de controle concentrado operado no plano da jurisdição internacional. É também denominado de controle autêntico ou definitivo.²² Cuida-se, como se disse, de atuação jurisdicional subsidiária uma vez revelada a inoperância dos órgãos internos na promoção e defesa dos direitos humanos. A segunda é operada pelos próprios juízes nacionais que, nessa perspectiva, são, também, juízes interamericanos. A eles a Corte outorgou competência/responsabilidade na integração/harmonização da ordem interna à luz das lentes do sistema interamericano de direitos humanos.²³ Nessa perspectiva, trata-se de um controle preliminar e provisório.²⁴ Como pontuam Piovesan e Borges:²⁵

Consagra-se a este modo, o Controle de convencionalidade no Sistema Interamericano, exercido pela Corte Interamericana, com jurisdição internacional vinculante aos Estados-partes, e também pelas jurisdições internas, praticado por juízes nacionais empoderados como juízes descentralizados do sistema interamericano na defesa dos direitos humanos, no âmbito doméstico. Ambos inaplicarão normas e/ou interpretações de direito interno colidentes com o bloco de convencionalidade, buscando sempre a concretização dos princípios da progressividade e favor persona.

A atividade realiza-se em via de mão dupla. Em seus julgamentos, a CorteIDH consolida diretrizes interpretativas sobre a pauta mínima dos direitos humanos no sistema interamericano. Quando assim procede fixa um standard vinculatório a todos os Estados. As autoridades nacionais, por sua vez, devem observância àqueles standards e, nessa tarefa, procedem à adequação

22 RAMOS, André de Carvalho; GAMA, Marina Faraco Lacerda. Controle de Convencionalidade, Teoria do Duplo Controle e o Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos. Revista Direitos Culturais | Santo Ângelo, v. 17, n. 41, p. 283-297, jan./abr. 2022, p. 291.

23 Conforme assinala Humberto Alcalá os juízes nacionais são os juízes naturais da Convenção Americana, pois estão na linha de frente de sua interpretação e aplicação. (El origen, fundamento, concepto y contenido del control de convencionalidad interno que deben concretar los estados partes de la Convencion Ameticana sobre Derechos Humanos y la jurisprudência de Chile. In: LEAL, Monica Clarissa; ALVES, Felipe D. (Org.). Diálogos continentais sobre controle de convencionalidade. Curitiba: Prismas, 2017, p. 37).

24 RAMOS, André de Carvalho; GAMA, Marina Faraco Lacerda, Op. cit., p. 291.

25 BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do ius constitutionale commune. Rev. direitos fundamentais e democracia, v. 24, n. 3, p. 5-26, set./dez. 2019, p. 13.

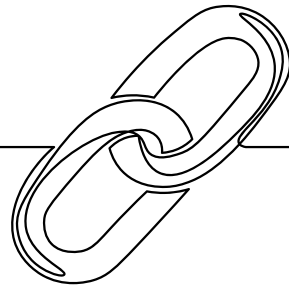
da ordem interna em um movimento de harmonização jurídica *pro personae*. Mas, quando assim procedem podem, eventualmente, detectar singularidades que distanciam o caso que a elas foi submetido a julgamento daquele compositivo do arcabouço jurisprudencial da CorteIDH. Aqui podem ampliar o sentido e o alcance do julgado internacional de modo a nele incluir os novos fatos. Podem, por outro lado, entender que os fatos se distanciam e, dessa forma, afastar a aplicação do standard internacional. Seja de uma forma ou de outra, o sistema ganha em dinamismo e revela uma tendência inata ao constante diálogo entre jurisdições em direção à construção do *ius constitutionale comune* na América Latina. Nos dizeres de Piovesan e Borges:

O *Ius Constitutionale Commune* na América Latina representa uma abordagem transformadora, que em termos de direito positivo, baseia-se na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nas garantidas concordantes das constituições nacionais e em suas cláusulas abertas, bem como, nas respectivas, jurisprudência nacional e internacional, e cujos objetivos são: promover a proteção dos direitos humanos, da democracia e do Estado de direito; fortalecer o Sistema Interamericano; e construir uma nova cultura jurídica que seja aberta e reafirmadora de standards mínimos de um direito constitucional comum latino-americano.

Ou seja, a hermenêutica convencional é produto de uma atividade coletiva na qual múltiplos atores emprestam a sua colaboração. Trata-se de uma sociedade aberta de intérpretes da norma convencional, conforme lição de Rodrigo Mudrovitsch:²⁶

Essa sociedade aberta é composta por uma multiplicidade de agentes: os indivíduos que ajuízam demandas em seus países de origem requerendo a proteção de seus direitos como fundamento na Convenção Americana, os Tribunais pátrios que desenvolvem sua interpretação própria das obrigações ali contidas, a Comissão Interamericana, ao exercer o seu mandato de defesa e monitoramento dos direitos humanos no continente, os peticionários que recorrem ao Sistema Interamericano.

26 O Caso Garibaldi vs. Brasil: considerações sobre o status jurídico das obrigações do Estado brasileiro à luz da Convenção Americana sobre direitos humanos. In. BORGES, Ademar; VERANO, Cristiano; Siciliano, Benedito (Orgs.) Homenagem ao Ministro Rogério Schietti. 10 anos de STJ. Ribeirão Preto: Migalhas, 2023, p. 714/728, p. 721.



3.2 O controle de convencionalidade difuso no sistema interamericano de direitos humanos

3.2.1 Conhecimento sobre os standards proferidos pela CortelDH

A expectativa que recai sobre a autoridade judiciária nacional no exercício de competência compartilhada no sistema interamericano - de ofício e de forma difusa -, pressupõe uma contínua e constante capacitação da juíza ou do juiz acerca do próprio arcabouço decisório do sistema interamericano de direitos humanos, ou seja, das sentenças, das medidas provisórias e das opiniões consultivas²⁷ proferidas pela Corte IDH, bem como das recomendações e das medidas cautelares expedidas pela CIDH.²⁸

O conhecimento do *corpus iuris* interamericano e especialmente dos standards decisórios é pressuposto fundamental para a operacionalização do controle de convencionalidade. A identificação desses standards não é tarefa simples, até mesmo porque a CortelDH, em suas sentenças, não destaca capítulos próprios com tal identificação. Tal circunstância, contudo, não inviabiliza a identificação dos standards. Afinal, a CortelDH, em suas sentenças, sempre proclama o seu entendimento hermenêutico sobre o sentido e alcance das disposições da CADH. São justamente estas proclamações que indicam o standard a ser observado pelas autoridades nacionais no exercício do controle de convencionalidade difuso.

Tome-se como exemplo o direito de toda pessoa presa de ser levada, sem demora, à presença de um juiz ou tribunal competente, consagrado pelo art. 7.5 da CADH. No paradigmático caso *Tibi vs. Equador*, a CortelDH, ao inter-

²⁷ Os pareceres consultivos da Corte IDH têm um papel fundamental na realização do controle de convencionalidade, pois auxiliam na propagação e na aplicação das normas convencionais protetivas, “refutando o caráter meramente programático”, e impedem (ou, ao menos, dificultam) que o Estado signatário edite leis incompatíveis com o texto convencional.

²⁸ Veja-se, a propósito, a Resolução 262/2023 do CNMP que foi mais abrangente, se comparada com a Recomendação 123 do CNJ, ao identificar o *corpus iuris* do sistema interamericano de direitos humanos.

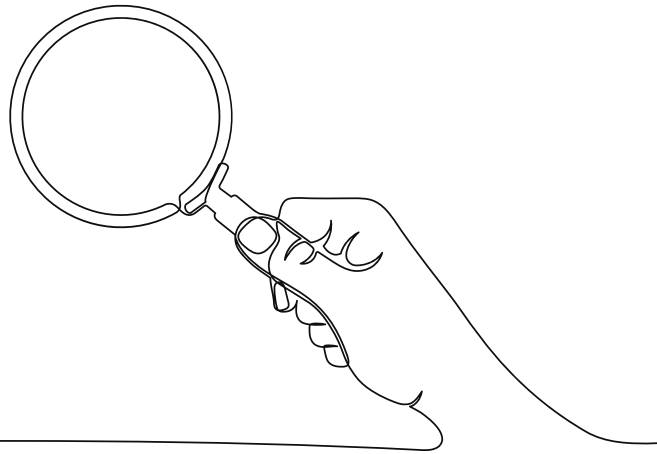
prestar o sentido e alcance do dispositivo, consignou que o direito do preso de ser conduzido à presença da autoridade judicial não restaria preenchido com o mero encaminhamento de informes escritos acerca da prisão. É o que se infere da leitura do parágrafo 118 daquela sentença:

Este Tribunal estima necesario realizar algunas precisiones sobre este punto. En primer lugar, los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente, como lo alegó el Estado, no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente.

O sobredito standard, reiterado em outros casos,²⁹ como se sabe, foi essencial para que um movimento de harmonização da legislação processual penal brasileira se materializasse, inicialmente no âmbito da comunicação da prisão em flagrante para, em seguida, alcançar o cumprimento de toda e qualquer ordem de prisão. A implementação e regulamentação da chamada audiência de custódia foi, portanto, um claro movimento em direção à efetividade do controle de convencionalidade no âmbito do direito de apresentação do preso à autoridade judiciária competente.

Logo, o conhecimento dos standards da CortelDH é premissa essencial para a operacionalização do controle difuso de convencionalidade. Este conhecimento amplia os horizontes cognitivos da juíza ou do juiz, permitindo-lhe identificar, com maior facilidade, as eventuais implicações e reverberações dos direitos humanos nas questões controvertidas que orbitem em torno da causa que lhe é posta a julgamento.

29 Casos: Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador e Bayarri Vs. Argentina.



3.2.2 Uma análise cuidadosa dos fatos compositivos da causa posta a julgamento e a atividade comparativa com os fatos estruturantes do standard interamericano de direitos humanos

Nesse trabalho de diagnóstico, a juíza ou juiz devem realizar atenta análise sobre os fatos compositivos da causa que lhe é levada a julgamento para, então compará-los com os fatos que sustentaram a proclamação do standard pela CortelDH. Essa atividade comparativa pode identificar semelhanças ou distanciamentos. Na primeira hipótese, a similitude torna obrigatória a aplicação do standard. Nesse cenário, a juíza ou o juiz afasta a vigência da ordem nacional diante de sua incompatibilidade com os precedentes julgados pela CortelDH. A dúvida surge quando o exame indicar distanciamento entre os fatos.

Talvez o caso mais emblemático ilustrativo desse dilema tenha sido aquele em que a jurisprudência nacional afirmou a adequação convencional da tipificação penal do crime de desacato pela legislação brasileira.³⁰ No caso específico do julgamento do HC 379.269/MS pelo STJ, o entendimento majoritário desenvolveu exercício de raciocínio sobre o controle de convencionalidade.

Com efeito, após reconhecerem a ausência de obrigação direta do Estado brasileiro decorrente da inexistência de sentença em que o país tivesse figurado como parte, envolvendo a tipificação interna do crime de desacato, os Ministros debruçaram-se sobre a jurisprudência da CortelDH e, dessa forma, fizeram análise sobre os fatos que compuseram o pano de fundo daqueles precedentes. Assim, concluíram que os casos *Kimel vs. Argentina*, *Herrera*

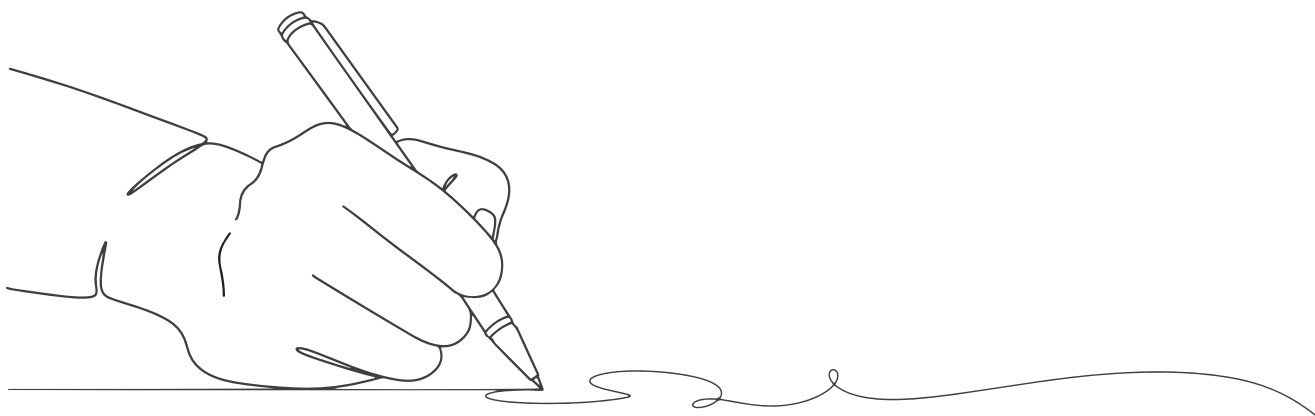
³⁰ Tanto pelo STJ, com destaque para o julgamento do HC 379.269/MS, como pelo STF, com o julgamento da ADPF 496/DF

Ulloa vs. Costa Rica e *Palmara Iribarne vs. Chile* envolveram condenações criminais proferidas pelas jurisdições nacionais em razão da publicação de livros e artigos de jornal cujos autores manifestavam críticas, mais ou menos contundentes, às autoridades públicas no exercício de suas funções. Entendeu-se, assim, que naqueles casos, o uso do Direito Penal expressava exercício abusivo e desproporcional do Estado no enfrentamento de questões que tocavam diretamente o exercício legítimo da liberdade de expressão.

Ao voltarem o olhar para o caso que estava sendo julgado, os Ministros entenderam que as suas circunstâncias não poderiam ser equiparadas aos precedentes do sistema interamericano. Isso porque a situação envolvia abordagem policial na qual o então acusado proferira xingamentos aos agentes policiais que efetuavam a sua prisão em flagrante, bem como à instituição que eles representavam. Dessa forma, entenderam os Ministros que a questão não envolvia o exercício de liberdade de expressão, mas sim ofensa direta aos agentes públicos que, na hipótese, exerciam, de forma, legítima e legal, a função pública.

Independentemente do acerto ou desacerto do diagnóstico, o raciocínio empreendido pelo entendimento majoritário, quando do julgamento do HC 379.269 do STJ, revela um percurso lógico interessante a ser trilhado pelas juízas e pelos juízes no exercício do controle de convencionalidade, qual seja, a análise mais detida acerca dos fatos constitutivos do standard interamericano e aqueles compositivos da causa que será por eles julgada.

No caso específico da tipificação do desacato pela legislação brasileira, muito embora a questão esteja aparentemente pacificada no âmbito interno, não se encontra definida pelo sistema interamericano de direitos humanos. Nada impede que a CorteIDH seja instada a se debruçar sobre a questão tomando por base justamente as decisões internas do Brasil que, na técnica do *distinguishing*, consideraram que os fatos aqui julgados não contrariavam os precedentes até então formados pelo sistema interamericano. Quando assim o fizer, a CorteIDH poderá ampliar o seu entendimento e considerar inconvenção a lei penal nacional sobre desacato ou então afirmar a adequação convencional daquela mesma lei. Tal observação apenas reforça as características que cercam os diferentes níveis do controle de convencionalidade. Aquele realizado em nível nacional assume contornos de provisoriedade, enquanto o internacional reveste-se de dimensão permanente, até mesmo porque a CorteIDH é a intérprete última da CADH.



3.2.3 A distinção entre os fatos não impede que a autoridade judiciária nacional realize, por conta própria, a análise sobre a adequação da ordem interna em face do sistema interamericano de direitos humanos

O reconhecimento da diversidade dos fatos com o conseqüente afastamento dos precedentes, não desincumbe a juíza ou o juiz da tarefa de realizar, em primeira mão por assim dizer, o controle de convencionalidade sobre a ordem jurídica interna.

Mais uma vez, o roteiro desenvolvido pelo STJ quando do julgamento do HC 379.269/MS suscita interessantes conclusões. Naquele caso, os Ministros entenderam como válido e convencional o tratamento jurídico diferenciado do funcionário público, seja na condição de agente, seja na condição de vítima, justamente em razão dos deveres funcionais e responsabilidades que carrega por representar os interesses superiores da Administração Pública. Na sequência, chamaram a atenção para o bem jurídico tutelado pela norma penal, o qual não corresponderia à honra pessoal do servidor público, mas sim, à dignidade e o prestígio da função pública. Nesse aspecto, considerou-se que a questão não envolvia qualquer prejuízo à liberdade de expressão por não revelar mera crítica à atuação do servidor, mas sim o desprestígio ao exercício da própria função.

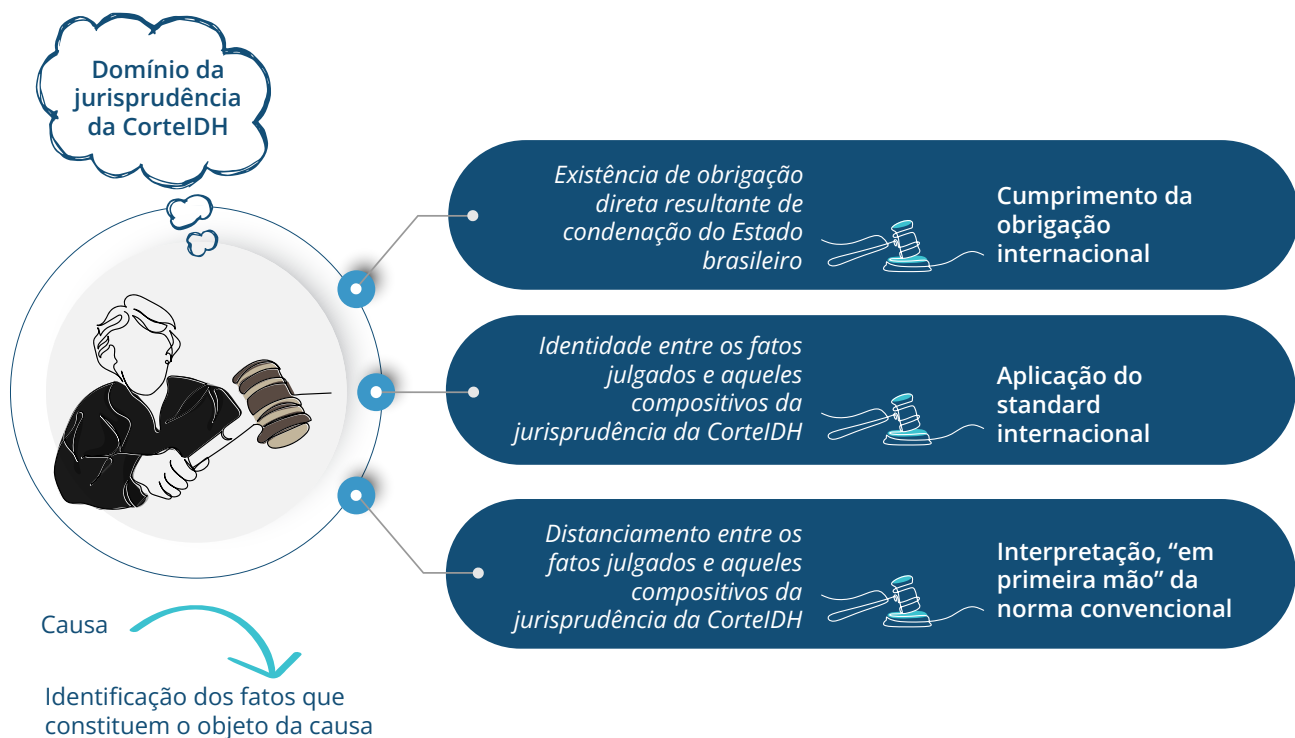
A questão, como se disse, não se encontra totalmente fechada o que é próprio do exercício do controle de convencionalidade de matriz nacional, diante da possibilidade sempre aberta de nova rodada de enfrentamento por parte da CortelDH.

De qualquer modo, o raciocínio desenvolvido traz uma importante colaboração para revelar os possíveis percursos que podem ser traçados pela

autoridade judiciária nacional na realização do controle de convencionalidade difuso e que podem ser assim sintetizados:

- a. domínio contínuo e permanente da jurisprudência da CorteIDH;
- b. identificação dos fatos que compõe a causa de pedir que lhe é levada a julgamento;
- c. consideração sobre a existência de alguma obrigação direta imposta ao Estado brasileiro decorrente de alguma sentença contra ele imposta pela CorteIDH;
- d. avaliação sobre a subsunção do caso posto a julgamento a algum dos standards hermenêuticos proclamados pela CorteIDH;
- e. aplicação do standard interamericano no caso de identidade de fatos;
- f. interpretação direta dos dispositivos convencionais ao caso posto a julgamento caso reconhecida a ausência ou inaplicabilidade dos standards interamericanos.

Figura1



Biênio 2024/2025

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Des. Fernando Antonio Torres Garcia
Presidente

Des. Ricardo Cintra Torres de Carvalho
Presidente da Seção de Direito Público

Des. Artur Cesar Beretta da Silveira
Vice-Presidente

Des. Heraldo de Oliveira Silva
Presidente da Seção de Direito Privado

Des. Francisco Eduardo Loureiro
Corregedor-Geral da Justiça

Des. Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho
Presidente da Seção de Direito Criminal

Des. José Carlos Gonçalves Xavier de Aquino
Decano

ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA

Des. Gilson Delgado Miranda
Diretor

Des. Ricardo Cunha Chimenti
Vice-Diretor

COMPOSIÇÃO DO UMF/TJSP – Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Desa. Flora Maria Nesi Tossi Silva
Coordenadora

Juiz Leonardo Grecco

Des. Marcos Alexandre Coelho Zilli

Juíza Mônica Gonzaga Arnoni

Juíza Camila de Jesus Mello Gonçalves

Juíza Paula Fernanda de Souza Vasconcelos Navarro

Juíza Karina Ferraro Amarante Innocencio

