

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito e Ciências do Estado
Programa de Pós-Graduação

Lucas Ribeiro Rodrigues

**O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO MODELO CONVENCIONAL DE
PROCESSO PENAL: a reforma da sentença absolutória em segunda instância à luz dos
precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

Belo Horizonte

2024

Lucas Ribeiro Rodrigues

**O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO MODELO CONVENCIONAL DE
PROCESSO PENAL: a reforma da sentença absolutória em segunda instância à luz dos
precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito e Ciências do Estado, da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Direitos humanos e Estado Democrático de Direito: fundamentação, participação e efetividade

Projeto Coletivo: A construção democrática das decisões judiciais. Garantias judiciais como direitos humanos

Área de estudo: O modelo constitucional de processo penal

Orientador: Prof. Dr. Felipe Martins Pinto

Belo Horizonte

2024

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Queiroz - CRB-6/2233.

R696d Rodrigues, Lucas Ribeiro
O duplo grau de jurisdição no modelo convencional de processo penal [manuscrito]: a reforma da sentença absolutória em segunda instância à luz dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Lucas Ribeiro Rodrigues. - 2024.
171 f.
Orientador: Felipe Martins Pinto.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.
Bibliografia: f. 158-171.
1. Processo penal - Teses. 2. Sentenças (Processo penal) - Teses. 3. Jurisdição - Teses. I. Pinto, Felipe Martins. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 343.1



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

UFMG

ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DO ALUNO LUCAS RIBEIRO RODRIGUES

Realizou-se, no dia 18 de março de 2024, às 14:00 horas, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO MODELO CONVENCIONAL DE PROCESSO PENAL: a reforma da sentença absolutória em segunda instância à luz dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, apresentada por LUCAS RIBEIRO RODRIGUES, número de registro 2022652040, graduado no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Felipe Martins Pinto - Orientador (UFMG), Prof(a). Leonardo Augusto Marinho Marques (UFMG), Prof(a). Rafael Santos Soares (PUCMG).

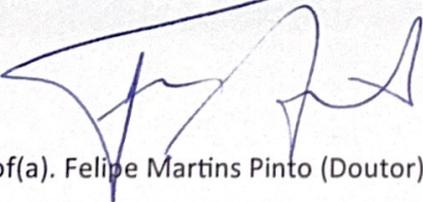
A Comissão considerou a dissertação:

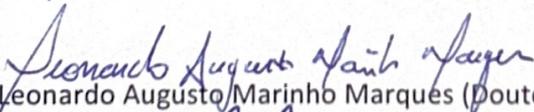
) Aprovada, tendo obtido a nota 100 (cem)

) Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 18 de março de 2024.


Prof(a). Felipe Martins Pinto (Doutor) Nota: 100 (cem)


Prof(a). Leonardo Augusto Marinho Marques (Doutor) Nota: 100 (cem)


Prof(a). Rafael Santos Soares (Doutor) Nota: 100 (cem)

AGRADECIMENTOS

Ao Autor e Consumador da minha fé, “porque o Senhor é bom, o seu amor dura para sempre, e, de geração em geração, a sua fidelidade” (Sl. 100:5).

À minha mãe, Eliana, por todo sacrifício, exemplo e força. Ao meu pai, Jorge, pelo incentivo e apoio. Às minhas irmãs e irmãos, Ana, Fernanda, Vinicius e Leonardo, pela torcida e encorajamento.

À minha esposa, Marianne, pelo amor, cuidado e por me motivar diariamente. Suas palavras me deram paz e foco nos momentos difíceis.

À minha filha, Olívia, por me proporcionar um título incomparavelmente maior que o de mestre.

Ao Professor Felipe Martins Pinto, cuja orientação, sempre respeitosa, franca e entusiasmada, não se limitou apenas à pesquisa, não faltando momentos de escuta, compreensão e empatia.

Aos membros da banca examinadora, pelas críticas e contributos para o aperfeiçoamento deste trabalho.

Aos amigos e companheiros de pesquisa da Vetusta Casa de Afonso Pena, pela convivência e pelo diálogo aberto, respeitoso e plural.

Ao Des. Nelson e colegas da 2ª Câmara Criminal do TJMG, por me proporcionarem não só um espaço sadio de trabalho, mas um ambiente crítico, humano e sensível às mazelas do processo penal.

Aos amigos e irmãos de fé, pela comunhão durante nossa caminhada peregrina nesta terra.

À Universidade Federal de Minas Gerais e ao povo brasileiro, aos quais retorno a pesquisa como alento democrático e humano em face de um processo penal ainda autoritário.

*As autoridades têm olheiras
e estudada voz para os comunicados: garantiremos
a melhor solução entre as
partes.*

Quais partes? as pudendas?

Destas Deus já cuidou recobrando de pelos.

Meu filho era bonzinho.

Nunca ia suicidar conforme disse o polícia.

*Pus a mão na cabeça dele, estava toda quebrada,
mataram de pancada o meu filhinho.*

*As testemunhas sumiram,
perderam os dentes, a língua,
perderam a memória.*

Eu perdi o menino.¹

*Se não fosse a esperança de que me aguardas com
a mesa posta*

o que seria de mim eu não sei.²

¹ PRADO, Adélia. O Falso. Poesia reunida. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 228.

² PRADO, Adélia. O Homem Humano. Poesia reunida. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 223.

RESUMO

Este trabalho investiga se a reforma de sentença absolutória em segunda instância infringe os padrões convencionais mínimos estabelecidos pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) para a garantia do duplo grau de jurisdição. Utilizando uma abordagem metodológica jurídica-dogmática, a pesquisa parte do marco teórico do modelo constitucional de processo penal. Adota-se uma abordagem hipotético-dedutiva e jurídico-compreensiva, buscando compreender como a reforma da sentença absolutória em segundo grau viola os padrões convencionais mínimos do duplo grau de jurisdição. Dividido em quatro seções, apresenta-se, primeiro, um panorama do que se define como modelo constitucional de processo penal, entendendo-o também como necessariamente convencional; no segundo capítulo, expõe-se a construção histórica e jurídica do controle de convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e seu desenvolvimento no Brasil; em seguida, faz-se análise do duplo grau de jurisdição, compreendendo-o como garantia do acusado, e, por fim, a partir do exame de precedentes da Corte IDH, conclui-se que a exigência de recurso ordinário para impugnação de acórdão que reforma sentença absolutória em segundo grau é um problema a ser resolvido no âmbito do sistema recursal brasileiro, cuja operacionalização desafia futuras investigações científicas.

Palavras-chave: Modelo convencional de processo penal; controle de convencionalidade; duplo grau de jurisdição; reforma de sentença absolutória.

RESUMEN

Este trabajo investiga si la reforma de una sentencia absolutoria en segunda instancia infringe los estándares convencionales mínimos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para la garantía del doble conformidad judicial. Utilizando una abordaje metodológica jurídica-dogmática, la investigación parte del marco teórico del modelo constitucional de proceso penal. Se adopta un enfoque hipotético-deductivo y jurídico-comprensivo, buscando comprender cómo la reforma de la sentencia absolutoria en segunda instancia viola los estándares convencionales mínimos del doble conformidad judicial. Dividido en cuatro secciones, se presenta, primero, un panorama de lo que se define como modelo constitucional de proceso penal, entendido también como necesariamente convencional; en el segundo capítulo, se expone la construcción histórica y jurídica del control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su desarrollo en Brasil; luego, se realiza un análisis del doble conformidad judicial, comprendiéndolo como garantía del acusado, y, finalmente, a partir del examen de precedentes de la Corte IDH, se concluye que la exigencia de recurso ordinario para impugnar un fallo que reforma una sentencia absolutoria en segunda instancia es un problema a ser resuelto en el ámbito del sistema de recursos brasileño, cuya operacionalización desafía futuras investigaciones científicas.

Palabras clave: Modelo convencional de proceso penal; control de convencionalidad; doble conformidad judicial; reforma de sentencia absolutoria.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

- ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
- ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
- ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
- AgRg – Agravo Regimental
- AP – Ação Penal
- art. – artigo
- arts. – artigos
- CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos
- CDH – Comitê de Direitos Humanos
- CEDH – Convenção Europeia de Direitos Humanos
- CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos
- CNJ – Conselho Nacional da Justiça
- Corte IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos
- CP – Código Penal
- CPP – Código de Processo Penal
- CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
- CVDT – Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados
- HC – Habeas Corpus
- inc. – inciso
- OEA – Organização dos Estados Americanos
- ONU – Organização das Nações Unidas
- p. ex. – por exemplo
- PIDCP – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos
- RE – Recurso Extraordinário
- Resp – Recurso Especial
- RHC – Recurso Ordinário em Habeas Corpus
- STF – Supremo Tribunal Federal
- STJ – Superior Tribunal de Justiça
- TEDH – Tribunal Europeu de Direitos humanos

ED – Embargos de Declaração

EI – Embargos Infringentes

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 O MODELO CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL DE PROCESSO PENAL .	21
1.1 O modelo constitucional de processo penal.....	21
1.2 Para além do marco principiológico constitucional: contributos pela conformação convencional do modelo de processo penal democrático	35
2 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO E SEU DESENVOLVIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO.....	48
2.1 Formação histórica do sistema interamericano de direitos humanos	48
2.2 O controle de convencionalidade no sistema interamericano	54
2.2.1 <i>Conceito</i>	57
2.2.2 <i>Fundamentos normativos</i>	59
2.2.3 <i>Evolução jurisprudencial do controle de convencionalidade na Corte IDH</i>	62
2.2.4 <i>As finalidades do controle de convencionalidade</i>	70
2.2.5 <i>A força vinculante da jurisprudência da Corte IDH</i>	72
2.3 A proteção dos Direitos humanos no direito brasileiro	77
2.3.1 <i>Incorporação e hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil</i>	78
2.3.1.1 Processo de incorporação dos tratados de direitos humanos no Brasil	78
2.3.1.2 Hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil	82
3 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO PROCESSO PENAL.....	93
3.1 Conceito	94
3.2 Fundamentos teóricos	98
3.3 Normatividade constitucional inexistente, implícita ou explícita?	100
3.4 Natureza jurídica: direito ou garantia?	109
3.5 Titularidade: uma garantia de quem?	113

4 REFLEXO HUMANIZANTE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: A REFORMA DE SENTENÇA ABSOLUTÓRIA EM SEGUNDA INSTÂNCIA E O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	118
4.1 O duplo grau de jurisdição na jurisprudência da Corte IDH.....	119
4.1.1 Precedentes anteriores ao Caso Mohamed vs. Argentina	120
4.1.1.1 Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru	120
4.1.1.2 Caso Herrera Ulhoa vs. Costa Rica	122
4.1.1.3 Caso Barreto Leiva vs. Venezuela.....	125
4.1.2 Caso Mohamed vs. Argentina	127
4.1.3 Precedentes posteriores ao Caso Mohamed vs. Argentina	136
4.1.3.1 Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname	136
4.1.3.2 Caso Norín Catrimán e outros vs. Chile	139
4.1.3.3 Caso Zegarra Marín e outros vs. Peru	141
4.1.4 Síntese dos padrões convencionais mínimos estabelecidos pela Corte IDH ao duplo grau de jurisdição	144
4.2 O duplo grau de jurisdição e a exigência de recurso ordinário para impugnação de acórdão que reforma sentença absolutória em segundo grau: um problema a ser resolvido no sistema recursal brasileiro.....	145
CONCLUSÕES.....	149
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	158

INTRODUÇÃO

Em sessões realizadas em abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela improcedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153/DF³, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que objetivava, a partir de interpretação conforme do art. 1º, § 1º, da Lei 6.683/79 (Lei da Anistia), a exclusão do termo “‘crimes conexos’ da norma referente àqueles praticados por agentes públicos responsáveis por homicídios, desaparecimentos forçados, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor”⁴, entendendo que esse sentido normativo não havia sido recepcionado pela Constituição da República de 1988.

Coincidentemente, naquele mesmo ano, em 24 de novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) proferiu sentença sobre o Caso Gomes Lund e outros (‘Guerrilha do Araguaia’) vs. Brasil⁵, responsabilizando o estado brasileiro pelas violações ocorridas na região do Araguaia durante o regime militar. Dentre muitas, a Corte IDH enfrentou questão interessante, consistente na exceção preliminar sustentada pelo Brasil de suposta violação à “*regra da quarta instância*”, o que foi rejeitado com base no fundamento de que não havia qualquer hierarquia entre o STF e a Corte IDH, e sim o que deveria existir era uma relação de diálogo, complementaridade e reciprocidade. Os fundamentos da sentença são bem sintetizados por Caio Paiva e Thimotie Aragon Heemann:

A exceção alegada pelo Estado brasileiro não foi acolhida pela Corte IDH, sob o argumento de que não há qualquer hierarquia entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte. O que deve haver é uma relação de diálogo, complementaridade e reciprocidade, mas jamais de hierarquia. Assim, a própria Corte IDH não possui o intuito de revisar as decisões das cortes internas, mas apenas de realizar o controle de convencionalidade da Lei de Anistia brasileira em face da CADH, pouco importando a decisão do STF na ADPF 153, que é enxergada pela Corte IDH como mero fato. Desse modo, a Corte IDH não pode ser rotulada como uma "quarta instância" perante a hierarquia do Judiciário, seja ele brasileiro ou de outro Estado-membro da CADH. [...].

Ainda nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos humanos reiterou que "o esclarecimento quanto à violação ou não, pelo Estado, de suas obrigações internacionais, em virtude da atuação de seus órgãos judiciais, pode levar este Tribunal a examinar os respectivos processos internos, inclusive, eventualmente, as decisões de tribunais superiores, para estabelecer sua compatibilidade com a

³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 153/DF**. Relator(a): Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 29-04-2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216-01 PP-00011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 23 set. 2023.

⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo Constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Pergamum, 2013, p. 395.

⁵ OEA. Corte IDH. **Caso Gomes Lund e outros (‘Guerrilha do Araguaia’) vs. Brasil**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº. 219. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 23 set. 2023.

Convenção Americana, o que inclui, eventualmente, as decisões de tribunais superiores. [...] Portanto, é possível afirmar que a Corte IDH não admite a teoria da quarta instância.⁶

Ainda no mérito do Caso Gomes Lund e outros (‘Guerrilha do Araguaia’) vs. Brasil, a Corte IDH entendeu que o Poder Judiciário de um Estado-Parte estava obrigado internacionalmente a exercer o controle de convencionalidade entre as normas internas, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e a interpretação conferida ao tratado pela própria Corte Interamericana:

176. Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, **quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também 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 finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.**⁷ (destacamos)

Nas palavras de Valerio Mazzuoli:

Em suma, o que fez a Corte nesse caso foi controlar a convencionalidade (de modo complementar, secundário) da Lei de Anistia brasileira em substituição ao Judiciário nacional, que deveria ter controlado a convencionalidade dessa lei em primeira mão (em face da Convenção Americana) e não o fez. Como já vimos, cabe em primeiro lugar ao Estado controlar a convencionalidade (interna) das leis, devendo a Corte Interamericana tomar para si a competência de controle (internacional) em caso de inação do Estado ou de julgamento insuficiente, eis que a sua jurisdição é complementar e coadjuvante do Judiciário nacional em matéria de direitos humanos. Foi exatamente o que ocorreu no Caso Gomes Lund perante a Corte Interamericana, em que o tribunal internacional reconheceu não ter o Brasil controlado (como deveria) a convencionalidade da Lei de Anistia, tomando para si a competência (final) de controle.⁸

Curiosamente, na contramão do que foi decidido pela Corte IDH, o Ministro Cezar Peluso, à época Presidente do STF, que, frise-se, junto ao Ministro Ricardo Lewandowski,

⁶ PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. 3ª ed. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 384-385.

⁷ OEA. Corte IDH. **Caso Gomes Lund e outros (‘Guerrilha do Araguaia’) vs. Brasil**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº. 219. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 23 set. 2023.

⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 184.

proferiu voto vencido, concedeu entrevista na qual enfatizou que, no âmbito interno, haveria de prevalecer a decisão proferida na ADPF nº 153/DF⁹:

- O Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos humanos por não ter punido responsáveis por mortes na Guerrilha do Araguaia. Para o STF, os crimes estão anistiados. Como o sr. avalia isso?
- Há algumas coisas que são indiscutíveis. Primeiro: a Corte Interamericana não é instância revisora do STF. Eles não têm competência nem função de rever as decisões do STF. Nossa decisão no plano interno continua tão válida quanto antes. Morreu o assunto.
- Como compatibilizar as decisões?
- Se o presidente da República resolver indenizar as famílias (de mortos durante a Guerrilha do Araguaia), não há problema. Mas se abrirem um processo contra qualquer um que o STF considerou anistiado, o tribunal mata o processo na hora.¹⁰

A lamentável e reducionista manifestação do então Presidente do STF denuncia um problema que, mesmo após pouco mais de uma década de retrocessos¹¹ e de tímidos avanços¹², persiste nas decisões judiciais, a saber, o desconhecimento ou a desconsideração (ou uma tímida consideração, especialmente quando conveniente a reforçar decisão) dos tratados de direitos humanos incorporados à ordem jurídica interna como paradigmas de controle das normas domésticas brasileiras.

Disso ressaí a importância da pesquisa, sobretudo no âmbito processual penal, o qual, numa perspectiva democrática e constitucional, desempenha o papel limitador do poder

⁹ Frise-se que a decisão proferida nos autos de ADPF nº 153 ainda não transitou em julgado. Passados mais de 10 anos, aguarda-se ainda o julgamento pelo STF dos embargos de declarações opostos, estando pendentes de apreciação, dentre outras, as alegações do embargante de omissões decorrentes da inobservância de princípios fundamentais do direito internacional, de precedentes da Corte IDH e da situação da permanência para os crimes de ocultação de cadáver. Posteriormente, foi ajuizada a ADPF nº 320 pelo Partido Socialismo e Liberdade PSOL, que se encontra apensada à ADPF nº 153 e pendente de julgamento.

¹⁰ RECONDO, Felipe. GALLUCCI, Mariângela. César Peluso: Somos o único país que tem quatro instâncias recursais. **O Estado de S. Paulo**. 27 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral/cesar-peluso-somos-o-unico-pais-que-tem-quatro-instancias-recursais,658805>. Acesso em: 23 set. 2023.

¹¹ Cite-se, por oportuno, o retrocesso na leitura equivocada do STF sobre o princípio da presunção de inocência no HC nº 126.292 ao cancelar verdadeira execução antecipada de pena após decisão em segunda instância, lançando mão, inclusive, de interpretações, no mínimo perversas, das normativas internacionais, subvertendo-as para legitimar a tese. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292**. Relator(a): Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17-02-2016, processo eletrônico DJe-100 divulg 16-05-2016 public 17-05-2016 RTJ VOL-00238-01 PP-00118). Em momento posterior, a questão foi corretamente revista nas ADC's 43, 44 e 54, quando, por maioria, foi assentada a constitucionalidade do art. 283, do CPP, na redação dada pela Lei 12.403/2011.

¹² Como exemplo de avanço, mesmo que intermediário, o estabelecimento da teoria do duplo estatuto pelo STF no julgamento do RE nº 466.343 (caso da prisão do depositário infiel). Segundo a tese vencedora do voto de lavra do Ministro Gilmar Mendes, os tratados de direitos humanos que não forem aprovados nos termos do art. 5º, § 3º, da CRFB/88, estão abaixo da Constituição, porém acima da legislação ordinária (supralegalidade), podendo haver tanto tratados com hierarquia normativa equivalente à emenda constitucional quanto tratados com hierarquia normativa de supralegais. Por ocasião do julgamento, o Ministro Celso de Mello ficou vencido quanto ao reconhecimento do caráter materialmente constitucional dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos internalizados pelo Brasil. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 466.343-1/SP**, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03-12-2008, DJ 04-06-2009, p. 101)

punitivo estatal. Ao se propor a dupla proteção dos direitos humanos na esfera processual penal, não só mediante o controle de constitucionalidade ou de recepção da norma pré-constitucional, mas também pelo controle de convencionalidade, pretende-se reforçar a base humana como limite intransponível ao poder punitivo estatal.

Do ponto de vista normativo, é importante destacar que a aproximação do mecanismo de controle de convencionalidade ao modelo constitucional de processo penal atende às disposições dos tratados e convenções internacionais internalizados.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), promulgada pelo Decreto nº 7.030/2009, prevê, em seus arts. 26 e 27¹³, a obrigatoriedade de cumprimento de todo tratado em vigor e o dever de agir de boa-fé pela satisfação dos objetos perseguidos pela norma internacional (*pacta sunt servanda*), bem como a impossibilidade, salvo exceção do art. 46, de inadimplemento justificado em disposições de direito interno.

A CADH (promulgada pelo Decreto nº 678/92), por sua vez, nos arts. 1º, 2º e 29¹⁴, exige que os Estados-Partes respeitem os direitos previstos no Pacto de São José da Costa Rica e garantam o exercício livre e completo a toda pessoa sujeita à sua jurisdição, para o que devem ser adotadas medidas legislativas ou de outra natureza a fim de tornarem efetivos os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção, incluindo-se a obrigação de todos os órgãos dos Estados-Partes a interpretá-la sempre no sentido de ampliação do gozo desses direitos e liberdades.¹⁵

¹³ Artigo 26 - *Pacta sunt servanda*. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé. Artigo 27 - Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

¹⁴ Artigo 1 - Obrigação de Respeitar os Direitos. 1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. Artigo 2 - Dever de Adotar Disposições de Direito Interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outras natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. Artigo 29 - Normas de Interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

¹⁵ Nesse sentido, pertinentes as conclusões da Corte Interamericana na Opinião Consultiva nº 14/94: [...] 1. Que a expedição de uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado ao ratificar ou aderir à Convenção, constitui uma violação desta, e a hipótese dessa violação afetar direitos e liberdades protegidos, relativos a indivíduos determinados, gera a responsabilidade internacional de tal Estado. 2. Que o cumprimento por parte de agentes ou funcionários do Estado de uma lei manifestamente violadora da Convenção gera

O art. 8.2.h da CADH prevê como uma das garantias mínimas de toda pessoa: “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. O art. 14.5 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) estabelece que: "Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”.

No plano constitucional, igualmente, a pesquisa encontra respaldo normativo, uma vez que República Federativa do Brasil, que se constitui em Estado Democrático de Direito, tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88¹⁶), bem como considera a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios orientadores das relações internacionais (art. 4º, II, da CRFB/88¹⁷).

No âmbito infraconstitucional, o art. 1º, I, do Código de Processo Penal (CPP)¹⁸, prevê que o processo penal será regido, em todo o território nacional, por tal código, ressalvados os tratados, convenções e regras de direito internacional.

E, nesse mesmo esforço, em janeiro de 2022, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Recomendação nº 123¹⁹, orientando que os órgãos do Poder Judiciário brasileiro observassem os tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte IDH. No ano anterior, o CNJ instituiu a Unidade de Monitoramento e Fiscalização de Decisões e Deliberações da Corte IDH, mediante Resolução nº 364²⁰, de 12 de janeiro de 2021.

Nessa direção, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão paradigmática no AgRg no RHC nº 136.961/RJ (Caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho), sob relatoria do Min. Reynaldo Soares da Fonseca, asseverou que os juízes nacionais “devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o

responsabilidade internacional para tal Estado. No caso em que o ato de cumprimento constitua *per se* um crime internacional, gera também a responsabilidade internacional dos agentes ou funcionários que executaram o ato. (OEA. Corte IDH. **Opinião Consultiva nº 14**, de 09 de dezembro de 1994. Série A, nº. 14. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_esp.pdf. Acesso em: 23 set. 2023)

¹⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

¹⁷ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos;

¹⁸ Art. 1º O processo penal rege-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados: I - os tratados, as convenções e regras de direito internacional;

¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 123**, de 7 de janeiro de 2022. Ministro Luiz Fux. Brasília, DF. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1519352022011161dda007f35ef.pdf>. Acesso em 1 nov. 2023.

²⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 364**, de 12 de janeiro de 2021. Ministro Luiz Fux. Brasília, DF. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3659>. Acesso em: 1 nov. 2023.

Direito Internacional dos Direitos Humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais.”²¹.

Nesse cenário constitucional, convencional, legal e jurisprudencial problematizado, insere-se justificadamente este trabalho, o qual tenciona verificar quais são os padrões convencionais mínimos estabelecidos nos precedentes da Corte IDH a respeito da garantia do duplo grau de jurisdição, a partir do recorte investigativo da pesquisa que é a reforma da sentença absolutória em segunda instância.

A pesquisa resiste a quem aponta o sistema recursal penal brasileiro como causador de morosidade e impunidade, bem como às propostas de suposta racionalização de recursos defensivos, antecipação do trânsito em julgado, execução antecipada de pena e demais que, sob o manto da luta contra a impunidade, restringem o exercício de direitos humanos.

Com isto, indica-se o seguinte problema que norteou a presente pesquisa: a reforma de sentença absolutória em segunda instância viola os padrões convencionais mínimos estabelecidos pela jurisprudência da Corte IDH para a garantia do duplo grau de jurisdição?

Como hipótese, tem-se que, no marco do modelo convencional de processo penal, os padrões convencionais mínimos estabelecidos pela jurisprudência da Corte IDH para a garantia do duplo grau de jurisdição são infringidos quando há reforma de sentença absolutória em segunda instância, pois os meios impugnativos cabíveis contra o acórdão condenatório impedem ou limitam o reexame amplo dos fatos, das provas e de todas as teses jurídicas.

Metodologicamente, a pesquisa tem como marco teórico, os estudos realizados por Felipe Martins Pinto²² a respeito do modelo constitucional de processo penal na obra “Introdução Crítica ao Processo Penal”, agregando-se as contribuições dos trabalhos realizados na área de estudo “O modelo constitucional de processo penal”, dentro do projeto coletivo “A construção democrática das decisões judiciais. Garantias judiciais como direitos humanos”, na linha de pesquisa de “Direitos humanos e Estado Democrático de Direito: fundamentação, participação e efetividade” do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

Ainda a respeito dos métodos da pesquisa, adota-se a vertente metodológica jurídica-dogmática²³, mediante a utilização de elementos internos ao ordenamento jurídico para a verificação da hipótese proposta, assim como a investigação doutrinária com vistas à compreensão do controle de convencionalidade a partir das inter-relações entre os parâmetros

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RHC nº 136.961/RJ**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Julgado em 15/6/2021, DJe de 21/6/2021.

²² PINTO, Felipe Martins. **Introdução crítica ao processo penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

²³ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Almedina, 2020, p. 66.

convencionais, sobretudo a CADH e os precedentes da Corte IDH, e as normas constitucionais e infraconstitucionais.

O raciocínio desenvolvido na investigação é do tipo hipotético-dedutivo²⁴, partindo-se das premissas levantadas durante a pesquisa preliminar, a fim de (i) se verificar a consistência da hipótese desde já apresentada e de (ii) possibilitar a apresentação de premissas para futura operacionalização do problema identificado em análise da realidade.

O tipo de investigação é jurídico-compreensivo (ou jurídico-interpretativo)²⁵, para que, a partir de pesquisa qualitativa por amostragem intencional ou não-probabilística dos precedentes da Corte IDH, o problema jurídico proposto seja decomposto analiticamente em seus diversos aspectos, a fim de se compreender como a reforma de sentença absolutória em segunda instância infringe os padrões convencionais mínimos estabelecidos pela jurisprudência da Corte IDH para a garantia do duplo grau de jurisdição. Emprega-se, ainda, o tipo jurídico-comparativo²⁶, por meio do qual se busca compreender as similitudes e as diferenças das normas processuais penais internas com as interpretações emitidas pela Corte IDH acerca da garantia do duplo grau de jurisdição. Ademais, utiliza-se o tipo jurídico-propositivo²⁷, pois, com os questionamentos em torno do instituto jurídico (duplo grau de jurisdição), a investigação se prestará como base a eventuais mudanças no sistema recursal penal.

O objetivo geral apresentado é identificar, a partir dos *standards* mínimos fixados na jurisprudência da Corte IDH em relação à garantia do duplo grau de jurisdição, os padrões convencionais violados pelo sistema recursal brasileiro quando há reforma de sentença absolutória em segundo grau. Para tanto, divide-se o trabalho em quatro seções, cada qual correspondente a um objetivo específico do trabalho.

Assim, no primeiro capítulo, apresenta-se uma sistematização das compreensões em torno do que se entende por modelo constitucional de processo penal, especialmente no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Discorre-se, ainda, que o modelo permanece em evolução e, mediante diálogo interdisciplinar com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, projeta-se não apenas sua adequação convencional, como também a interação das bases constitucionais e convencionais próprias como instrumento de expansão dos efeitos humanizantes sobre o processo penal.

²⁴ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Almedina, 2020, p. 71-72.

²⁵ *Ibid.*, p. 84.

²⁶ *Ibid.*, p. 83-84.

²⁷ *Ibid.*, p. 85.

No segundo capítulo, a revisão bibliográfica enfoca a construção histórica e jurídica do controle de convencionalidade no sistema interamericano e seu desenvolvimento no direito brasileiro, expondo seu conceito, seus fundamentos normativos, sua evolução jurisprudencial, suas finalidades e, por fim, defendendo a força vinculante dos precedentes da Corte IDH. Em seguida, a análise passa à perspectiva nacional, examinando como se dá a proteção dos direitos humanos no direito brasileiro, desde a incorporação na ordem jurídica doméstica, até a hierarquia normativa dos tratados e convenções de direitos humanos no Brasil.

No terceiro capítulo, a atenção se volta ao duplo grau de jurisdição, apresentando seu conceito e conteúdo, bem como seus fundamentos teóricos, a celeuma acerca de sua previsão normativa, defendendo, em contínuo, se tratar de uma garantia titularizada pelo acusado que se vê condenado em primeira decisão.

Realizada a revisão teórica bibliográfica e jurisprudencial nos capítulos anteriores, na quarta parte do trabalho, não obstante todos os debates a respeito da observância do duplo grau em situações processuais diversas²⁸, a pesquisa reduz o objeto de análise à hipótese de condenação em segunda instância no bojo de recurso contra sentença absolutória, examinando, num primeiro plano, o desenvolvimento do duplo grau de jurisdição na jurisprudência da Corte IDH, para, posteriormente, sintetizar os padrões convencionais mínimos estabelecidos pela Corte IDH ao duplo grau de jurisdição.

Por fim, como parte do quarto capítulo, conclui-se que a exigência de recurso ordinário para impugnação de acórdão que reforma sentença absolutória é um problema a ser resolvido no âmbito do sistema recursal brasileiro, a fim de que se concretize plenamente a garantia do duplo grau de jurisdição na hipótese demarcada. De todo modo, não é o propósito desta dissertação operacionalizar as possíveis adequações necessárias ao sistema de recursos processuais penais, prorrogando-se este desafio para investigações científicas ulteriores.

²⁸ Embora relevantes optou-se por não trazer ao debate as hipóteses relativas às condenações nos processos de competência originária dos tribunais, do tribunal do júri e procedimentos infracionais, uma vez que envolveriam um alargamento teórico, normativo e jurisprudencial que ultrapassariam os limites da pesquisa de mestrado.

1 O MODELO CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL DE PROCESSO PENAL

Antes de serem apresentadas algumas proposições sobre o que se denomina no presente trabalho de “modelo convencional de processo penal”, importante sistematizar, mesmo que de forma breve, o estado da arte construído especialmente a partir das pesquisas realizadas na área de estudo “O modelo constitucional de processo penal”, dentro do projeto coletivo “A construção democrática das decisões judiciais. Garantias judiciais como direitos humanos”, na linha de pesquisa de “Direitos humanos e Estado Democrático de Direito: fundamentação, participação e efetividade” do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

Antecipa-se ao leitor que não há qualquer tentativa de desconstrução ou rompimento ao modelo, mesmo porque a tutela dos direitos e garantias fundamentais no âmbito do processo penal nada mais é do que a proteção de direitos humanos positivados na normativa interna. A ideia, no entanto, é de se promover uma abordagem de aperfeiçoamento do modelo de processo penal, que, assim como a democracia, está inserido num processo inconcluso de reafirmação e construção.

1.1 O modelo constitucional de processo penal

Embora popularmente seja primeira correlação elaborada diante de uma indagação, o conceito de democracia não se restringe apenas ao mero exercício dos direitos políticos, sobretudo do direito ao sufrágio²⁹. Sem embargo da importância dos direitos de votar e de ser votado, com a superação dos modelos de Estado Liberal e de Estado Social, após segunda guerra, inseriu-se o “elemento ‘democrático’ na caracterização do que foi denominado Estado Democrático de Direito”³⁰. A inclusão do termo “democrático”, portanto, deve significar mais que a mera participação popular mediante o sufrágio, já que os direitos políticos, ainda que não universalizados como nos tempos atuais, historicamente estão enquadrados como direitos de

²⁹ PINTO, Felipe Martins. **Introdução crítica ao processo penal**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 143.

³⁰ CAMPAGNANI, Arnaldo Lares. **A motivação sobre a valoração da prova testemunhal pela perspectiva de adequação ao dever de fundamentação das decisões judiciais no modelo constitucional de processo penal**. Orientador: Felipe Martins Pinto. 149f.. Dissertação de mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2019, p. 45.

primeira geração (ou dimensão), conforme a classificação de Vasak³¹, como frutos da herança liberal do século XIX, numa perspectiva de limitação do agir estatal pelo império da lei³².

Foi no período pós-guerra, depois das experiências traumáticas de regimes totalitários, que se percebeu a insuficiência do mero formalismo legal do Estado Liberal³³ e da materialização de alguns direitos prestacionais do Estado Social. O Estado Democrático de Direito, que não se trata de uma simbiose dos dois paradigmas anteriores, promove uma nova concepção a partir do respeito, antes, aos direitos humanos, como descrevem a Carta da ONU de 1945³⁴ e a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948³⁵ em seus preâmbulos, e da procedimentalização de todo processo decisório estatal, com participação dos atingidos, como mecanismo de legitimação democrática do exercício de poder pelo Estado³⁶. À vista disso, “a

³¹ Sobre a evolução histórica dos direitos humanos, o jurista tcheco-francês, Karel Vasak, no ano de 1979, em aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, inspirado nos ideais da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade –, classificou os direitos humanos em três gerações: os direitos de primeira geração, que envolviam os direitos de liberdade (civis e políticos); os direitos de segunda geração, que englobavam os direitos de igualdade (sociais, culturais e econômicos); e os direitos de terceira geração, consistindo nos direitos de fraternidade ou solidariedade (transindividuais) (cf. VASAK, Karel. *For the Third Generation of Human Rights: The Right of Solidarity*. Inaugural Lecture. Tenth Study Session. International Institute of Human Rights. jul. 1979. In: **The international dimension of human rights**. Paris: Unesco, 1982. v. I e II). Antes disso, em 1977, Vasak já fazia menções a gerações de direitos humanos (cf. VASAK, Karel. *A 30-year Struggle: The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights*. The Unesco Courier. Southern Africa at grips with racismo, Paris, p. 29, nov. 1977. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0007/000748/074816eo.pdf#nameddest=48063>. Acesso em: 26 ago. 2023). A classificação dos direitos humanos em gerações é objeto de críticas pela doutrina (cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 31; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 52; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Pergamum, 2013, p. 181-187).

³² Como bem ensina Ferrajoli: “Na tradição liberal o Estado de direito foi concebido como limitado somente por vedações legais, em garantia dos direitos do indivíduo de não ser privado de bens pré-políticos da vida e da liberdade (além da propriedade). As garantias liberais ou negativas consistem unicamente nos deveres públicos negativos ou de não fazer – de deixar viver e de deixar fazer – que têm por argumento prestações negativas ou não prestações.” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 793-794)

³³ Conforme Arendt, um governo totalitário “não opera sem a orientação de uma lei, nem é arbitrário, pois afirma obedecer rigorosa e inequivocamente àquelas leis da Natureza ou da História que sempre acreditamos serem a origem de todas as leis.” (ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 2007, p. 513)

³⁴ “Nós, os povos das nações unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano [...]” (BRASIL. **Decreto nº 19.841**, de 22 de outubro de 1945)

³⁵ “Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, [...]” (ONU, Assembleia Geral das Nações Unidas. **Resolução nº 217 A III**, de 10 de dezembro 1948)

³⁶ Segundo Habermas, a concepção de democracia é elaborada a partir de uma dimensão procedimental, centrado no discurso e na deliberação. Para que uma decisão política seja legítima, é essencial que seja resultado de uma discussão pública abrangente, na qual os participantes possam analisar cuidadosamente e racionalmente os diversos argumentos apresentados antes de tomar uma decisão. Compreender a ideia democrática envolve, assim, examinar as interconexões entre discurso, democracia e direito. Conforme o princípio do discurso, as normas que buscam validade devem contar com o consentimento de todos os afetados potenciais; o princípio da

legitimação se dá pela participação efetiva na construção dos atos de poder e, ademais, exige a modulação pelos direitos humanos, que os atos não poderão mais infringir.”³⁷.

Conforme os ensinamentos de Canotilho, o princípio democrático é complexo, porque não se resume apenas a uma dimensão representativa, sendo composto também por uma dimensão participativa, consistente na “estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões [...]”³⁸.

Com esse mesmo raciocínio e não menos brilhante, Geraldo Prado afirma que, como obra dinâmica e inacabada, a democracia se desenvolve “não só com a garantia dos direitos individuais mas também com a dos direitos sociais, atenuando-se a marginalização e tornando possível a participação pública responsável [...]”³⁹. Essa participação acontece em dois sentidos: “na gestão de todas as atividades concernentes ao governo e à sociedade, inclusive na produção legítima do direito regulador das relações sociais”⁴⁰; e “no exercício do controle externo legítimo da atividade processual”⁴¹.

Nesse sentido, se, por um lado, deve existir um sistema político de representação, geralmente majoritário, deve haver, por outro, garantias de participação de todos os possíveis cidadãos afetados, especialmente das minorias que também compõem o povo. Dessa forma, como pontua Canotilho, não se pode definir como povo somente os titulares do direito ao sufrágio, “sendo certo que na grandeza pluralística de povo cabem outros elementos individuais não enquadráveis no povo eleitor”⁴². Então, conclui o autor português que

democracia, por sua vez, garante a formação racional da opinião e da vontade política, por meio da institucionalização de um sistema de direitos que garante a igualdade de participação de todos no processo de elaboração das normas legais. Isso é alcançado por meio da institucionalização de um sistema de direitos que assegure a igual participação de todos no processo de formulação jurídica. Assim, o papel crucial do direito está em sua capacidade de institucionalizar procedimentos que garantam os princípios fundamentais da teoria discursiva (e democrática). Diante disso, fala-se em uma teoria procedimental na qual a legitimidade das normas jurídicas é avaliada com base na racionalidade do processo democrático de elaboração da legislação. A legitimidade dos resultados depende, desse modo, do uso apropriado de um procedimento necessariamente discursivo, deliberativo e, assim, democrático. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 146, 221 e 290)

³⁷ CAMPAGNANI, Arnaldo Lares. **A motivação sobre a valoração da prova testemunhal pela perspectiva de adequação ao dever de fundamentação das decisões judiciais no modelo constitucional de processo penal**. Orientador: Felipe Martins Pinto. 149f.. Dissertação de mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2019, p. 47.

³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 20. reimpr. Coimbra: Almedina, 2017, p. 288.

³⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 67-68.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 68.

⁴¹ *Ibid.*, p. 68.

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 76.

O povo político diferencia-se do *povo maioritário*. Em termos mais rigorosos: o povo maioritário pertence ao povo político mas não o esgota. O facto de as decisões políticas serem, na generalidade dos casos, tomadas por maioria e valerem como decisão do povo, não deve fazer esquecer-nos que as *minorias* que votaram contra, se abstiveram ou não compareceram ao sufrágio continuam a ser “povo político”. Povo político será também o “povo impolítico”, isto é, os grupos de indivíduos situados nas margens da “modernidade periférica” e reduzidos a meros corpos do sistema de diferenciação funcional da sociedade (Ralph Christensen).

Em conclusão: só o *povo real* – concebido como *comunidade aberta de sujeitos constituintes* que entre si “contratualizam”, “pactam” e consentem o modo de governo da cidade -, tem o poder de disposição e conformação da ordem político-social.⁴³

Numa crítica mais acentuada, Norberto Bobbio sustenta que a democracia moderna não pode ser definida como o “poder do povo”, e sim

[...] como o poder dos indivíduos tomados um a um, de todos os indivíduos que compõem uma sociedade regida por algumas regras essenciais, entre as quais uma fundamental, a que atribui a cada um, do mesmo modo como a todos os outros, o direito da participar livremente na tomada das decisões coletivas, ou seja, das decisões que obrigam toda a coletividade.

A democracia moderna repousa na soberania não do povo, mas dos cidadãos. O povo é uma abstração, que foi frequentemente utilizada para encobrir realidades muito diversas. Foi dito que, depois do nazismo, a palavra *Volk* tornou-se impronunciável. [...] À medida que a democracia real se foi desenvolvendo, a palavra “povo” tornou-se cada vez mais vazia e retórica, [...].⁴⁴

É justamente a participação dos cidadãos que, somada à articulação com os direitos humanos, legitima e controla a ação estatal no paradigma do Estado Democrático de Direito, de acordo com Karl Loewenstein:

La clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores supremos del poder. Siendo la naturaleza humana como es, no cabe esperar que el detentador o los detentadores del poder sean capaces, por autolimitación voluntaria, de liberar a los destinatarios del poder y a sí mismos del trágico abuso del poder. Instituciones para controlar el poder no nacen ni operan por sí solas, sino que deberían ser creadas ordenadamente e incorporadas conscientemente en el proceso del poder.⁴⁵

Essa democracia participativa, vale dizer, não está constricta às deliberações dos poderes legislativo e executivo. O poder judiciário, igualmente, está inserido na estrutura democrática e, por isso, seus atos também dependem da participação dos cidadãos, com enfoque nos afetados

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 20. reimpr. Coimbra: Almedina, 2017, p. 76.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2004, p. 109.

⁴⁵ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 149.

pelas decisões, para que sejam legítimos. Disso ressaltou a importância do processo, que, por inteligência do art. 1º, § único, da CRFB/88, é o espaço procedimentalizado⁴⁶ para que as decisões proferidas por juízes, que não são eleitos pelo povo, sejam democraticamente legitimadas, mediante a participação dos destinatários que serão afetados.

Assim, o processo penal, em vista de um Estado Democrático de Direito, deve ser demarcado por contornos que confirmam efetividade ao sistema constitucional⁴⁷, de modo a se conformar como “uma estrutura protetiva, democrática e balizada pelos direitos humanos”⁴⁸. Por consequência da supremacia constitucional, direitos e garantias fundamentais, ao positivarem internamente diversos direitos humanos, não podem ser reduzidos ou suprimidos pelo poder estatal, a quem não cabe decidir por uma aplicação deficiente ao indivíduo⁴⁹. No contexto do processo penal, o conjunto de direitos e garantias, como o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência, a imparcialidade e o dever de fundamentação do juiz, funciona como uma verdadeira proteção para o acusado em relação ao poder punitivo estatal.⁵⁰

Com isso, reconhece-se que

[...] a Constituição estabelece um verdadeiro ‘Modelo Constitucional do Processo’, estruturante do Direito Processual, que não pode ser desconsiderado, sob pena de

⁴⁶ “[...] a racionalidade procedimental, que já emigrou para o direito positivo, constitui a única dimensão na qual é possível assegurar ao direito positivo um momento de indisponibilidade e uma estrutura subtraída a intervenções contingentes.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral - Tanner Lectures 1986*. In: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2., p. 246)

⁴⁷ Sobre processo constitucional e o desenvolvimento do modelo constitucional de processo, são relevantes os estudos de José Alfredo de Oliveira Baracho, para o qual a relação entre processo e constituição foi capitaneada por FIX-ZAMUDIO (cf. FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Constitución e processo civil en Latinoamérica**. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974). (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 13). Para Flaviane de Magalhães Barros, a noção de modelo constitucional de processo, cuja proposição inicial foi feita para o processo civil italiano, foi desenhada por Andolina e Vignera (cf. ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997), consistindo num esquema geral de processo caracterizado pela expansividade, “que garante a idoneidade para que a norma processual possa ser expandida para microssistemas”; pela variabilidade “como a possibilidade de a norma processual especializar-se e assumir forma diversa em função de característica específica de um determinado microssistema”; e pela perfectibilidade “como a capacidade de o modelo constitucional aperfeiçoar-se e definir novos institutos por meio do processo legislativo, mas sempre de acordo com o esquema geral.” (BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 14-15)

⁴⁸ BRENER, Paula; PINTO, Felipe Martins. A eficácia do contraditório no Processo Penal: atuação e legitimação para além da legalidade. In: **Revista CNJ**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 37–50, 2019. DOI: 10.54829/revistacnj.v3i1.30, p. 40. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/30>. Acesso em: 14 ago. 2023.

⁴⁹ MACHADO, Francisco Nogueira. **Interpretação constitucionalmente adequada do ônus probatório no processo penal à luz da presunção de inocência**. 118 f., enc. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2016, p. 23.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 24

inconstitucionalidade e até mesmo de descaracterização do instituto do processo enquanto tal.⁵¹

Além do efeito limitador à atuação estatal, de proibição de intervenção ou de dever de abstenção, os direitos e garantias assumem papel dirigente, impondo ao Estado obrigações prestacionais positivas⁵² no sentido de se assegurar a materialização dos direitos e garantias aos cidadãos acusados no processo penal.

Como resultado da proteção pela ordem jurídica constitucional, os elementos informativos do processo penal decorrem dos princípios, direitos e garantias fundamentais do próprio Estado Democrático de Direito. Nesse sentido,

é necessário voltar os olhos para os signos que informam o processo penal e que decorrem da natureza jurídica do Estado, fruto dos princípios e regras fundamentais escolhidos como alicerce jurídico do próprio Estado, seus pilares de soerguimento, para, dessa maneira, identificar-se quais as decorrências advirão para os jurisdicionados como resultado da proteção à ordem jurídica.

[...]

O Estado brasileiro, após a ruptura com o modelo de corte ditatorial, reinaugurou um período democrático, consubstanciado na Constituição da República de 1988.

A condição de Estado Democrático de Direito deflagra decorrências diretas e incisivas para o exercício do Poder Jurisdicional, primordialmente na esfera criminal, estabelecendo, atrás de uma epistemologia garantista, os signos através dos quais se construirá a verdade no processo, signos estes que preconizam a participação equânime das partes em contraditório na construção do provimento e o reconhecimento de limites bem definidos para a intervenção nos direitos das pessoas.⁵³

Há, portanto, uma associação estreita entre processo e democracia, de tal forma que só haverá processo legítimo se promovida, mediante contraditório, a participação de eventual afetado pela decisão. Sobre essa relação da qual resulta o processo democrático, afirma Felipe Martins Pinto que:

A democracia deve estar presente na realização de todos os atos dos Poderes constituídos do Estado e não há como se delimitar previamente, *numerus clausus*, os meios de participação do povo na realização dos atos de Poder.

Apesar da pessoa, livremente, poder participar ou interferir na efetivação dos atos oficiais que bem entender e como bem entender, a Administração Pública, em todos os seus estratos, é obrigada a oportunizar a participação daqueles que sofrerão, em

⁵¹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional**. Belo Horizonte: Pergamum, 2013, p. 236.

⁵² Para Márcio Luís de Oliveira, os princípios realizam funções comunicantes essenciais no sistema jurídico, havendo uma dupla dimensão a ser considerada: na dimensão sistêmico-funcional negativa, “o princípio estabelece premissas e diretrizes limitadoras (vedações) para o sistema jurídico”; e, na dimensão sistêmico-funcional positiva, “o princípio, por meio de suas premissas e diretrizes, estimula o aprimoramento do sistema jurídico”. (OLIVEIRA, Márcio Luís de. **A Constituição juridicamente adequada: transformações do constitucionalismo e a atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 201)

⁵³ PINTO, Felipe Martins. **Introdução crítica ao processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 134-135.

suas esferas de direito, as potenciais consequências de cada ato de Poder, *v.g.*, o proprietário e o condutor do veículo que for autuado pelos órgãos de fiscalização de trânsito; a vítima e o acusado em processo criminal etc.

Diante do raciocínio acima delineado, começa a descortinar o papel primordial do processo para a democracia, uma vez que o processo é o instrumento indispensável para o Estado sancionar direitos da pessoa.

A partir do pressuposto de que o procedimento é uma sequência de “atos previstos e valorados pelas normas” e de que processo é uma espécie do gênero procedimento em que a construção do “provimento final” observa a instrução em contraditório entre as partes, sujeitos que sofrerão os efeitos da decisão, sempre que o ato oficial do Estado impuser um risco a um interesse da pessoa, ele terá a oportunidade de participar da construção do ato de Poder, o que se dará através do processo.

Talvez possa causar espécie o fato de que a principal atribuição do processo não foi vinculada à condição de meio para acesso aos direitos, mas tal atitude é reflexo da abertura de possibilidades pelas quais o particular pode pleitear os seus interesses, inclusive, mas não exclusivamente pelo processo.⁵⁴

Logo, é possível se estabelecer um juízo de correspondência entre o processo penal e o quão democrático é um Estado. São esses os ensinamentos de Sérgio Araújo:

[...] se encontrarmos um processo criminal iníquo, com procedimentos arbitrários, prepotentes, é evidente que estaremos em face de um Estado ditatorial, déspota. Se, ao contrário, o processo for constituído por um procedimento que tenha em mira salvaguardar da maneira mais completa possível a dignidade da pessoa humana, estaremos em face de um Estado democrático.⁵⁵⁶

Essa perspectiva de que o processo penal se trata de um microcosmo democrático do Estado de Direito também é defendida por Rui Cunha Martins, para o qual o Estado Democrático de Direito

será, de facto, tanto mais democrático e de direito, consoante os mecanismos destinados a assegurar os seus princípios basilares apresentem, pela sua parte, um grau tão mínimo quanto possível de contaminação.⁵⁷

E, ainda, prossegue o autor ao dizer que, assumindo os riscos de arbitrariedades no campo processual, importam a permanente vigilância dos atos procedimentais e a constituição

⁵⁴ PINTO, Felipe Martins. **Introdução crítica ao processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 146-147.

⁵⁵ ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. **Teoria Geral do Processo Penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 19 *apud* PINTO, Felipe Martins. **Introdução crítica ao processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 71.

⁵⁶ Nesse mesmo sentido, Claus Roxin afirma que “o Direito processual penal é o sismógrafo da Constituição do Estado!” (ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. 1ª ed. Trad. Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p. 10). Tradução livre. No original: “*el Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado!*”; Hassemer pontua que o processo penal é verdadeiro direito constitucional aplicado (HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. 2ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 72); Goldschmidt assevera que o processo penal indica, como um termômetro, o grau de cultura democrática de um Estado (GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Bosch, 1935, p. 67).

⁵⁷ MARTINS, Rui Cunha. Matéria probatória, lesão epistêmica e historicidade processual. *In*: J. F. C. *et al.* (Org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade**. 1ª ed. Coimbra: Boletim da Faculdade de Coimbra. Ad Honorem – 8. *Stvdia Ivridica* 109, vol. 2, p. 515-524, 2017, p. 517.

de mecanismos de garantias em respeito à dignidade da pessoa humana, notadamente do acusado, valor que antecede e está acima ao da verdade no processo:

Em suma. Tudo o que vem de ser dito não parece deixar grandes dúvidas quanto à tensão constitutiva que rasga axiológica e epistemicamente qualquer ato processual penal, nem quanto às derivas ostensivas e arbitrárias nele residentes em potência, características essas que, por outro lado, ajudam a fundamentar e a aceitar quer a vigilância permanente a essas inclinações indesejáveis e ilegais para fora do arco democrático-constitucional, quer a inevitabilidade da introdução compensatória de uma série de aparelhos garantistas nesse mesmo dispositivo processual, tendo por objetivo primacial o respeito pela dignidade do acusado, valor tanto anterior quanto superior ao da busca da verdade no quadro do processo.⁵⁸

É por esse motivo que, para além da classificação dicotômica entre inquisitivo e acusatório⁵⁹, Rui Cunha Martins assinala que o processo penal precisa ser democrático, defendendo a democraticidade como princípio reitor do sistema:

Em bom rigor, o sistema processual de inspiração democrático-constitucional só pode conceber um e um só ‘princípio unificador’: a democraticidade; tal como só pode conceder um e um só modelo sistêmico: o modelo democrático. Dizer ‘democrático’ é dizer contrário de ‘inquisitivo’, é dizer o contrário de ‘misto’ e é dizer mais do que ‘acusatório’. Inquisitivo, o sistema não pode legalmente ser; misto também não se vê como (porque se é misto haverá uma parte, pelo menos, que fere a legalidade); acusatório, pode ser, porque se trata de um modelo abarcável pelo arco de legitimidade. Mas só o poderá ser à condição: a de que esse modelo acusatório, o modelo tem que ser democrático. A opção por um modelo de tipo acusatório não é senão a via escolhida para assegurar algo de mais fundamental do que ele próprio: a sua bandeira é a da democracia e ele é o modo instrumental de a garantir. Pouca virtude existirá em preservar um modelo, ainda que dito acusatório e revestido, por isso, de uma prévia pressuposição de legalidade, se ele comportar elementos

⁵⁸ MARTINS, Rui Cunha. Matéria probatória, lesão epistêmica e historicidade processual. *In: J. F. C. et al. (Org.). Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. 1ª ed. Coimbra: Boletim da Faculdade de Coimbra. Ad Honorem – 8. *Stvdia Ivridica* 109, vol. 2, p. 515-524, 2017, p. 522.

⁵⁹ Para Alexandre Morais da Rosa, o debate em torno do dilema acusatório-inquisitório, na atualidade, é infrutífero, defendendo, conforme os ensinamentos de Montero Aroca, que “não há sentido em invocar conceitos do passado para dar sentido ao presente, no contexto dos sistemas processuais penais, justamente porque a estrutura do pensar se modificou”, e que persistir nessa discussão inócua “somente ajuda a obscurecer, confundir e impedir a leitura constitucionalmente adequada dos lugares e funções do e no processo penal” (ROSA, Alexandre Morais da. A superação dos Sistemas Inquisitório e Acusatório com Exigência do Devido Processo Legal Substancial. *In: MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo. Processo penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 11). No mesmo sentido, Frederico Valdez Pereira, citando obras de Lorena Bachmaier Winter, Silvia Buzzelli e Giulio Ubertis, sustenta que “a percepção de que assentar o debate acerca dos problemas do processo penal na caracterização dos modelos acusatório/inquisitório perdeu muito de sua utilidade, ao menos do ponto de vista científico, ainda que se possa manter em aberto as visões ideológicas e referências históricas relacionadas a esses dois esquemas” (PEREIRA, Frederico Valdez. **Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo**. 1ª ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021, p. 32-33). Conclui Frederico Valdez Pereira, ainda, que ao “deixar de lado a tentativa de definir um modelo adequado de processo com base na antítese conceitual acusatório/inquisitório, o critério utilizado a partir da afirmação de princípios mínimos da jurisdição certamente restringe as opções possíveis para o legislador, fazendo com que ninguém possa se submeter legitimamente à potestade estatal a não ser pela efetiva celebração de um processo justo.” (PEREIRA, Frederico Valdez. **Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo**. 1ª ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021, p. 37)

suscetíveis de ferir o vínculo geral do sistema (o tal ‘princípio unificador’: a democraticidade, ainda quando esses elementos podem até não ser suficientes para negar, em termo técnicos, o caráter acusatório desse modelo. Não é o modelo acusatório enquanto tal que o sistema processual democrático tem que salvar, é a democraticidade que o rege.⁶⁰

Dessa forma, o modelo de processo penal constitucional e democrático assume o papel de garantia da dignidade da pessoa humana e de espaço de participação democrática⁶¹, e não de instrumento que objetiva finalidades que fujam à juridicidade:

na verdade, o *jus puniendi* somente consistirá em mecanismo de proteção da sociedade se, no desenvolvimento processual, forem respeitados os direitos e garantias individuais, sob pena de se constituir, a pretexto de tutelar a sociedade, um instrumento de acossamento e arbítrio.⁶²

Assim, a legitimidade do processo penal está vinculada à estrita observância dos direitos e garantias fundamentais, cuja força normativa⁶³ se extrai do próprio texto constitucional e se irradia sobre toda a legislação infraconstitucional⁶⁴, limitando o poder punitivo estatal⁶⁵. Como bem alerta Jorge Reis Novais, “por majoritários que sejam os poderes constituídos não podem pôr em causa aquilo que a Constituição reconhece como direito fundamental”⁶⁶. Consequentemente, o processo penal constitucional deve informar e conformar o poder punitivo estatal para que seja exercido democraticamente.

Por tais razões, não há espaço, neste modelo, para as teorias da relação jurídica⁶⁷ e da instrumentalidade do processo^{68,69}, que o vincula a escopos metajurídicos (econômicos, sociais,

⁶⁰ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 73.

⁶¹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 41.

⁶² PINTO, Felipe Martins. **Introdução crítica ao processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 151.

⁶³ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p.19.

⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 48.

⁶⁵ De acordo com Francisco Nogueira Machado, “o catálogo de direitos fundamentais presente no processo penal – a exemplo do contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, terceiro imparcial – funciona como verdadeira armadilha protetiva do imputado diante do Estado-Acusador. O réu ou investigado na persecução penal detém direitos fundamentais como trunfos frente ao Estado.” (MACHADO, Francisco Nogueira. **Interpretação constitucionalmente adequada do ônus probatório no processo penal à luz da presunção de inocência**. 118 f., enc. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2016, p. 24)

⁶⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 36.

⁶⁷ BÜLOW, Oskar von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Campinas: LZN, 2005.

⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁶⁹ Para aprofundamento nas críticas à instrumentalidade do processo, cf. LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, FCH/Fumec, 2008.

políticos e jurídicos), como “instrumento a serviço da paz social”⁷⁰, e confere à jurisdição a função ou poder estatal de materializar as intenções do processo e solucionar, ainda que sem concordância dos destinatários, os conflitos existentes por meios de decisões imperativas. A respeito desta incompatibilidade, Leonardo Augusto Marinho Marques assevera que:

[...] não há como buscar fundamentação constitucional para o processo sem abandonar a matriz da relação jurídica e a lógica da instrumentalidade. A conhecida técnica processual que confere primazia ao juízo na relação jurídica e transforma o processo em instrumento por meio do qual ele decide, solitariamente, conforme sua convicção pessoal, não se enquadra na realidade democrática.⁷¹

Por outro lado, sob influência da obra de Elio Fazzalari⁷², revisitada por Aroldo Plínio Gonçalves⁷³, processo, nos limites do Estado Democrático de Direito, deve entendido como “uma espécie do gênero procedimento em que a construção do provimento final observa a instrução em contraditório entre as partes, sujeitos que sofrerão os efeitos da decisão”⁷⁴.

O procedimento se apresenta como uma sequência de normas, atos e posições subjetivas⁷⁵, ou seja, não se esgota com o cumprimento de apenas um ato, mas “requer toda uma série de atos e uma série de normas que os disciplinam, em conexão entre elas, regendo a sequência de seu desenvolvimento”⁷⁶, coordenadamente, de modo que a validade do ato anterior é pressuposto para a realização do subsequente, assim sucedendo até o esgotamento do procedimento com o provimento final, cuja validade e eficácia também ficam condicionadas ao correto desenvolvimento do procedimento.

O processo, nos ensinamentos de Fazzalari, se distingue do procedimento pela presença do contraditório, que

[...] consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de

⁷⁰ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 50; CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**: tomo 1. Campinas: Bookseller, 2004, p. 71-72.

⁷¹ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 43-55, 2016, p. 48-49.

⁷² FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. par. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

⁷³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

⁷⁴ PINTO, Felipe Martins. **Introdução crítica ao processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 146-147.

⁷⁵ FAZZALARI, Elio. *op. cit.*, p. 113-114.

⁷⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *op. cit.*, p. 93.

escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados.⁷⁷

O protagonismo do contraditório, por óbvio, não se limita apenas à figura do elemento especificador e definidor do processo. Como bem destaca Arnaldo Campagnani, “com a centralidade atribuída à noção de contraditório, levou-se a democracia para dentro do processo”⁷⁸, de modo que “se faz necessário que o contraditório seja pleno e efetivo, que todos os atos do procedimento sejam marcados pelo contraditório e que a estruturação do procedimento seja direcionada à concretização do contraditório.”⁷⁹.

Para Fazzalari, em superação à concepção clássica, formalista e estática do contraditório⁸⁰, que se limitava aos direitos de informação e reação, o contraditório é a garantia “da participação das partes, em simétrica igualdade, no processo”⁸¹. Por simétrica paridade de armas, entende-se que é a “igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei”⁸². O contraditório, portanto, assume uma perspectiva material, com efetiva participação dos afetados pelo provimento final, numa estrutura dialética de procedimento, passando a ser entendido também pela ótica da influência e não surpresa⁸³. Muito além desse debate dialético com a finalidade de construir a decisão, o contraditório “representa, verdadeiramente, uma linha hermenêutica de condução de toda a instrução processual”⁸⁴.

No processo penal, é de se frisar, a paridade de armas é, a princípio, assimétrica, pois se desenvolve entre desiguais: de um lado, o Estado com todo o aparato disponível; de outro, o indivíduo acusado, com seus estigmas e as injustiças epistêmicas que o circundam, correndo risco de ter sua liberdade privada. Essa desigualdade é própria do processo penal, que o distingue dos outros microssistemas processuais e que exige um enfoque protetivo próprio, como, por exemplo, sua regência também pelo princípio da presunção de inocência e a limitação

⁷⁷ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. par. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 119-120.

⁷⁸ CAMPAGNANI, Arnaldo Lares. **A motivação sobre a valoração da prova testemunhal pela perspectiva de adequação ao dever de fundamentação das decisões judiciais no modelo constitucional de processo penal**. Orientador: Felipe Martins Pinto. 149f.. Dissertação de mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2019, p. 53-54.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 56.

⁸⁰ Embora não se desconsidere a importância do reconhecimento formal como etapa antecedente e essencial à materialização.

⁸¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 108.

⁸² *Ibid.*, p. 109.

⁸³ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 224-231.

⁸⁴ PINTO, Felipe Martins. **Introdução crítica ao processo penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 164.

do poder punitivo estatal pela legalidade e pelos direitos humanos do acusado. Assumindo-se que o processo penal se desenvolve entre desiguais, impõe-se “uma articulação do contraditório muito mais ampla nesse modelo de processo”⁸⁵, pois “é a viga mestra que permite confronto equânime entre as partes”⁸⁶.

Em torno da legitimidade de atuação no processo, Fazzalari aponta duas figuras principais no processo: o “autor”, que editará o provimento final, estranho aos interesses discutidos no processo, e os “contraditores”, os destinatários que poderão ser afetados pelo ato final⁸⁷. Assim, o que torna o processo único dentre os muitos procedimentos não é a concentração de jurisdição nas mãos solitárias do julgador, e sim a participação em contraditório dos potenciais destinatários da decisão. Não há, ademais, uma relação de subordinação com magistrado, todos são tidos como sujeitos processuais numa relação de coordenação entre eles. Embora o juiz não atue como contraditor, como um interessado, ele é um terceiro garantidor, o qual deve estar “vinculado ao arcabouço normativo estatal, inclusive e especialmente aos direitos e garantias individuais”⁸⁸.

Prossegue, ainda, Felipe Martins Pinto:

Inserido no atual modelo de processo, em sintonia com os preceitos do Estado Democrático de Direito, o juiz, como terceiro em relação aos efeitos do provimento, não participa em contraditório com as partes, ele não integra o jogo do dizer e do contradizer. Mas a sua importância é fundamental para a segura aplicação do arcabouço jurídico e, especialmente para garantir, assegurar e fazer observar os princípios constitucionais aplicáveis ao processo, impedindo qualquer violação aos mesmos.⁸⁹

Dito isso, conclui-se que o juiz não é destinatário do contraditório. A qualidade de destinatário do provimento final, mesmo que potencialmente, é o parâmetro que assegura a participação no processo em contraditório⁹⁰.

Logo, apenas o acusado é quem pode ser afetado pelo provimento final, de maneira que, no processo penal, o contraditório se aplica exclusivamente ao réu, uma vez que "as

⁸⁵ BRENER, Paula; PINTO, Felipe Martins. A legitimação pelo contraditório no processo penal: para além de um silogismo dialético. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 162. ano 27. p. 171-215. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2019, p. 197. Os autores, em articulação crítica e vanguardista, a partir das bases teóricas de Fazzalari, propõem responder quem é o destinatário do direito fundamental do contraditório e apresentam uma perspectiva inovadora de alcance da eficácia do contraditório no processo penal no marco do Estado Democrático de Direito.

⁸⁶ PINTO, Felipe Martins. **Introdução crítica ao processo penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 159.

⁸⁷ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. par. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 121-124v.

⁸⁸ PINTO, Felipe Martins. **Introdução crítica ao processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 75.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 66.

⁹⁰ PINTO, Felipe Martins. **Introdução crítica ao processo penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 161-162.

prerrogativas de contraditor não são adequadas ao Ministério Público"⁹¹. A redação do art. 5º, LV, da CRFB/88⁹², permite tal conclusão, pois, “enquanto no processo judicial ou administrativo há litigantes – e, portanto, lide –, no processo penal há apenas a figura do acusado de forma isolada enquanto indivíduo que responde ao processo perante o Estado”⁹³. Portanto, o próprio texto constitucional reafirma que, no processo penal, não existem interesses opostos e resistidos, mas há o acusado, que está diretamente envolvido por ser parte interessada na preservação de sua liberdade, e o Ministério Público, que atua como representante da sociedade, desempenhando seu papel nas balizas da legalidade de “promoção da justiça”, sem, porém, uma pretensão estatal de direito à punição a todo custo⁹⁴.

Em virtude da adoção do modelo constitucional e garantista de processo penal, a Constituição da República de 1988 incumbiu ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis⁹⁵. É a partir desse encargo constitucional que o Ministério Público deve promover, privativamente, a ação penal pública, segundo o art. 129, I, da CRFB/88.

Por conseguinte, quando o Ministério Público promove uma ação penal pública, atua com base no princípio da legalidade, e não de um interesse pessoal em disputa. Sua atuação é definida pelos estritos termos da lei, de forma que deve oferecer e sustentar a acusação enquanto existirem motivos legais para isso. Se não houver amparo legal ou este não mais subsistir, deve, por imperativo legal, requerer o arquivamento ou eventual absolvição⁹⁶. Sem previsão legal para agir, não é apropriado se amparar no contraditório para justificar sua participação para além das balizas legais. Isso não apenas violaria o princípio da legalidade, mas também porque o próprio fundamento do contraditório, que é a potencialidade de ser afetado pela decisão, não se aplica ao Ministério Público⁹⁷. Nesse sentido,

⁹¹ PINTO, Felipe Martins. **Introdução crítica ao processo penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 161-171.

⁹² “LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988.)

⁹³ BRENER, Paula; PINTO, Felipe Martins. A legitimação pelo contraditório no processo penal: para além de um silogismo dialético. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 162. ano 27. p. 171-215. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2019, p. 181.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 182.

⁹⁵ “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de out. de 1988.)

⁹⁶ PINTO, Felipe Martins. *op. cit.*, p. 161-172.

⁹⁷ CAMPAGNANI, Arnaldo Lares. **A motivação sobre a valoração da prova testemunhal pela perspectiva de adequação ao dever de fundamentação das decisões judiciais no modelo constitucional de processo penal**. Orientador: Felipe Martins Pinto. 149f.. Dissertação de mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2019, p. 66.

o que se torna evidente nesse ponto é que no momento em que atua no processo o Ministério Público não é titular de um interesse que possa ser afetado pelo provimento. Representa a vontade da sociedade que é a justiça penal, e essa Justiça não é outra coisa senão o resultado de um processo realizado conforme a legalidade, o devido processo. Seja o resultado uma condenação ou uma absolvição, realizado o processo conforme os ditames legais, será esse o resultado que satisfaz a vontade da sociedade, na forma da Constituição.⁹⁸

A par disso, pode-se dizer que, no processo penal, apenas o acusado age em contraditório. Essa afirmação, evidentemente, não é fruto direto do trabalho de Fazzalari⁹⁹¹⁰⁰, que se preocupou, antes, com o campo da técnica processual. Todavia, a base da teoria fazzalariana, ao promover uma efetiva participação dos afetados na formação do provimento mediante procedimento legítimo, permite lançar novos aportes teóricos, especialmente a partir da força normativa dos princípios constitucionais, de forma a aprimorar a democratização no processo.

Traçados os contornos gerais de um modelo em constante evolução, sobretudo no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, pretende-se, no tópico seguinte, mediante diálogo interdisciplinar com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, introduzir uma proposta que permita não só a harmonização convencional do modelo estudado,

⁹⁸ BRENER, Paula; PINTO, Felipe Martins. A legitimação pelo contraditório no processo penal: para além de um silogismo dialético. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 162. ano 27. p. 171-215. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2019, p. 184.

⁹⁹ FAZZALARI, na célebre obra “Instituições de Direito Processual”, procurou aplicar sua teoria a diversos microssistemas processuais. No entanto, ao abordar essa aplicação no contexto do processo penal, o autor italiano enfrentou dificuldades ao adaptar a teoria da legitimação pelo contraditório. De início, enquadrando corretamente o acusado como destinatário de eventual condenação requerida. Mais adiante, na tentativa de ajustar a teoria à atuação do Ministério Público, o jurista italiano argumentou que o Ministério Público seria afetado no processo com o surgimento de obrigações para exercer suas funções, necessitando agir para deflagrar a ação penal, desenvolver a atividade probatória no curso do processo e executar a condenação penal. Confirma-se: “Assim, o ‘imputado’ – legitimado como tal a toda uma série de atividade no processo, na qual consiste a sua defesa – é o destinatário da eventual condenação requerida. Acusador, isto é, autor no processo penal, é em regra o ‘ministério público’ (magistrado não judicante, como dissemos), órgão do Estado, isto é, a pessoa jurídica em cuja esfera a condenação é destinada a incidir, no sentido de criar-lhe obrigações a serem seguidas. [...] Tal função compreende quer o exercício da ‘ação penal’, quer o desenvolvimento da atividade acusatória no curso do processo jurisdicional penal, quer a atividade de execução da condenação penal [...]” (FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. par. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 408-409).

¹⁰⁰ Para Aroldo Plínio Gonçalves: “No processo penal, os interessados no ato final são o acusado e o Estado, que atua como parte, através do Ministério Público. Entre eles o contraditório se desenvolve. As questões suscitadas em torno do argumento de que o Estado é também o autor do ato final resolvem-se pela essência do contraditório. Essa essência, exige, como diz Fazzalari, que do processo participem pelo menos dois sujeitos, um interessado e o outro contra-interessado, um dos quais receberá os efeitos favoráveis e o outro os efeitos desfavoráveis do ato final”. (GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 111). A partir dessa visão, podem ser feitos dois questionamentos: o Ministério Público, no marco da Constituição da República de 1988, é um “interessado” unicamente na condenação do réu? Qual efeito, seja ele favorável ou desfavorável do ato final, recai sobre a esfera jurídica do Ministério Público? O dilema nessa perspectiva de Aroldo Plínio Gonçalves reside no fato de que a atuação do Ministério Público não decorre de uma violação em sua esfera de direitos. Aliás, o Ministério Público não é titular de direitos fundamentais.

mas também a interação das bases principiológicas constitucionais e convencionais como mecanismo ampliativo dos efeitos humanizantes sobre o processo penal.

1.2 Para além do marco principiológico constitucional: contributos pela conformação convencional do modelo de processo penal democrático

O processo penal, como visto, a partir da promulgação da Constituição da República de 1988 e inserido no contexto de um Estado Democrático de Direito, é demarcado por contornos que confirmam efetividade à principiologia constitucional e, ao que se propõe neste trabalho, também à normatividade convencional.

A interrelação entre democracia e direitos humanos há muito é tratada pela Corte IDH em suas manifestações, promovendo-se, segundo o preâmbulo da CADH, o propósito dos Estados de “consolidar neste Continente, **dentro do quadro das instituições democráticas, um regime** de liberdade pessoal e de justiça social, **fundado no respeito dos direitos essenciais do homem**”¹⁰¹. Na Opinião Consultiva nº 8, emitida ainda no ano de 1987, a Corte IDH articulou existir uma tríade entre democracia, Estado de Direito e direitos humanos, entendendo que

o conceito de direitos e liberdades e, por fim, de suas garantias, é também inseparável do sistema de valores e princípios que o inspira. Em uma sociedade democrática os direitos e liberdades inerentes à pessoa, suas garantias e o Estado de Direito constituem uma tríade, em que cada um dos seus componentes se define, complete e adquire sentido em função dos outros.¹⁰²

Mais recentemente, no ano de 2021, por meio da Opinião Consultiva nº 28, a Corte IDH, reiterando entendimento consolidado, ressaltou que a mera existência de um regime democrático não garante, isoladamente, o respeito ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. A Corte IDH ainda frisou que a legitimidade democrática de certos fatos ou atos está limitada também pelas normas e obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos reconhecidos em tratados como a CADH, de tal sorte que a existência de um verdadeiro regime

¹⁰¹ OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, 1969.

¹⁰² No original: “El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros.” (OEA. Corte IDH. **Opinião Consultiva nº 8**, de 30 de janeiro de 1987. Série A, nº. 8, § 26. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf. Acesso em: 4 nov. 2023)

democrático é determinada por suas características tanto formais quanto substanciais¹⁰³. Noutro sentido, o princípio democrático inspira, irradia e guia a aplicação da própria CADH, comportando-se tanto como um princípio orientador, quanto como um mecanismo interpretativo. Como princípio orientador, molda a forma de organização política escolhida pelos estados americanos para alcançar os valores que o sistema deseja promover e proteger, incluindo a plena vigência dos direitos humanos. Como mecanismo interpretativo, fornece uma orientação clara para sua observância por meio da separação de poderes e do funcionamento adequado das instituições democráticas dos Estados-Partes no contexto do Estado de Direito¹⁰⁴.

Destrinchando essa interconexão entre direitos humanos e democracia a partir dos trabalhos preparatórios da II Conferência Mundial de Direitos Humanos em Viena, ocorrida no mês de junho de 1993, Cançado Trindade defendia que a democracia seria a melhor garantia institucional de respeito aos direitos humanos, explicando que

[...] no transcurso do processo preparatório da Conferência de Viena se identificaram os seguintes elementos, considerados essenciais da democracia: existência de instituições que garantam a observância dos direitos humanos e o Estado de Direito; Poder Executivo periodicamente eleito, em eleições independentes com rotação no poder, e respeito pela vontade popular como base da legitimidade do governo; Poder Legislativo periodicamente eleito, e pluralista; Poder Judiciário independente, capaz de controlar a legalidade dos atos legislativos e administrativos (inclusive para assegurar a vigência dos direitos básicos); a separação dos Poderes, com o Executivo apto a prestar contas ao Legislativo e sujeito ao controle jurisdicional; existência de instituições adicionais de controle (e.g., ombudsman, defensor do povo, funções adicionais do Ministério Público, etc.); o pluralismo ideológico; a liberdade de associação (especialmente dos trabalhadores); a satisfação das necessidades humanas básicas (alimentação, moradia, vestuário, educação, trabalho) na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais; a fiscalização e exigência de responsabilidade das autoridades; a assistência judiciária para assegurar o acesso de todos à justiça (prevalência das garantias do devido processo, e proteção judicial); a liberdade de imprensa; o respeito pelos direitos das minorias (inclusive diferentes religiões, e povos indígenas), com mecanismos que garantam sua participação política, e medidas especiais de assistência.

¹⁰³ No original: “La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana⁴¹. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales.” (OEA. Corte IDH. **Opinião Consultiva nº 28**, de 07 de junho de 2021. Série A, nº. 28, § 56. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_28_esp.pdf. Acesso em: 4 nov. 2023)

¹⁰⁴ No original: “Por tanto, el principio democrático inspira, irradia y guía la aplicación de la Convención Americana de forma transversal. Constituye tanto un principio rector como una pauta interpretativa. Como principio rector, articula la forma de organización política elegida por los Estados americanos para alcanzar los valores que el sistema quiere promover y proteger, entre los cuales se encuentra la plena vigencia de los derechos humanos⁵⁸. Como pauta interpretativa, brinda una clara orientación para su observancia a través de la división de poderes y el funcionamiento propicio de las instituciones democráticas de los Estados parte en el marco del Estado de Derecho.” (OEA. Corte IDH. **Opinião Consultiva nº 28**, de 07 de junho de 2021. Série A, nº. 28, § 56. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_28_esp.pdf. Acesso em: 4 de nov. 2023)

8. A democracia, assim entendida, relaciona-se naturalmente com a totalidade dos direitos humanos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

[...] Impõe-se, pois, uma interpretação necessariamente restritiva das limitações permissíveis (e expressamente previstas) ao exercício dos direitos humanos consagrados, para o que também contribui a interrelação da democracia com os direitos humanos. Tal interpretação restritiva, que conta hoje com reconhecimento judicial' (cf. infra), afigura-se, na verdade, como um corolário do caráter predominantemente teleológico da interpretação dos tratados de direitos humanos, com ênfase na garantia dos direitos protegidos. As referidas limitações devem ser avaliadas com base no critério de uma "sociedade democrática". Deste modo, a cláusula democrática se converte em um componente da aplicação correta das obrigações convencionais

[...]

13. A salvaguarda da democracia se encontra íntima indissoluvelmente ligada à proteção dos direitos humanos. Com efeito, a relação entre a democracia e os direitos humanos tem experimentado uma notória evolução nos continentes americano e europeu nos últimos anos [...]. Talvez nunca como na atualidade a democracia constitucional seja tida cada vez mais como a melhor garantia institucional de respeito aos direitos humanos (ao invés de um simples modelo "ocidental" importado). Democracia direitos humanos e mostram-se, em suma, indissociáveis.¹⁰⁵

A par desse olhar, a universalização dos direitos humanos teve o mérito de universalizar, igualmente, a democracia substantiva, conferindo legitimidade ao indivíduo para que este exija a efetivação de todos os seus direitos¹⁰⁶. Como bem a pontuado por Fernando Jayme:

Esta afirmativa significa que, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, há uma reviravolta nas relações internacionais, regida doravante pelo princípio democrático e, considerando que democracia só existe no sentido material, como nos ensina Piovesan, "não há democracia sem o exercício dos direitos e liberdades fundamentais. A democracia exige o efetivo e pleno exercício de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais".

[...]

A democracia é, portanto, o pressuposto essencial dos direitos humanos, uma vez que estes, efetivamente, deixam de vigorar em regime não democrático. Nela reside a maior garantia para o pleno respeito dos direitos humanos, porque, onde não há um ambiente democrático, sufocam-se os direitos humanos, conforme lição de Espiell: "No hay democracia sin pleno respeto a los derechos humanos y no puede haber pleno respeto de los derechos humanos fuera de la democracia".¹⁰⁷

E mais, numa visão holística ou integral dos direitos humanos e do Estado Democrático de Direito, que vai além da interação entre democracia e direitos políticos, Cançado Trindade entendia ser imprescindível um poder judiciário independente, eficiente e acessível, especialmente aos grupos vulnerabilizados:

O fortalecimento do direito de participação política há de se fazer acompanhar da necessária construção de um Poder Judiciário verdadeiramente independente e

¹⁰⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. 2. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 205; 208-209.

¹⁰⁶ JAYME, Fernando Gonzaga. **Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 23.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 23-25.

eficiente, ademais de acessível a todos os segmentos da população. Há de contar também com a educação em direitos humanos dos agentes da lei e das forças policiais e militares, e com a proteção redobrada dos grupos vulneráveis e dos segmentos mais pobres da população na busca da instauração e consolidação da democracia real. O Estado de Direito, contrapondo-se aos autoritarismos e à *raison d'État*, fundamenta-se na observância fiel e plena dos direitos humanos, ao buscar a realização do bem comum.¹⁰⁸

Avançando sobre essa interação, o processo, nas palavras de Fernando Jayme, ocupa a posição de

[...] instrumento de garantia da democracia, ao criar, assegurar, ampliar e efetivar direitos. É através do devido processo legal que se determinam o conteúdo e o alcance dos direitos humanos, unifica-se a interpretação da Convenção Americana e concretizam-se os direitos nela declarados.¹⁰⁹

Dessa forma, o Estado Democrático de Direito, fundamentado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88), tem o dever de respeito, efetivação e prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, da CRFB/88). Além disso, devem ser garantidos aos indivíduos meios de proteção a direitos eventualmente violados, dentre eles, o processo.

No entanto, a prática processual penal no Brasil, de modo geral, continua presa à legislação ordinária, inflada por leis emergenciais, simbólicas e ultrapassadas¹¹⁰. Aplicam-se disposições legais de um Código de Processo Penal de 1941, retalhado por reformas pontuais insuficientes, retratando uma completa ausência de referências constitucional e convencional não só dos legisladores, como também dos aplicadores do Direito. Assim, a ideia de uma codificação nacional autossuficiente e autorreferenciada não subsiste e, mesmo que receba importantes ajustes pelos reflexos de controle mediante os direitos e garantias constitucionais, importa ainda expandir os parâmetros de filtragem às normativas internacionais de direitos humanos¹¹¹.

No que diz respeito aos direitos humanos, não se pode perder de vista que os tratados e as convenções são “instrumentos vivos, que acompanham a evolução dos tempos e do meio social em que se exercem os direitos protegidos”¹¹². Tal conclusão decorre da historicidade que

¹⁰⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. 2. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 237-238.

¹⁰⁹ JAYME, Fernando Gonzaga. **Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 134.

¹¹⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 12.

¹¹¹ PEREIRA, Frederico Valdez. **Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo**. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 65.

¹¹² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. 2. 1 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 26.

os caracteriza, de modo que os direitos humanos devem ser compreendidos dentro de um permanente processo histórico de construção progressiva. Como bem assinala Márcio Luís de Oliveira¹¹³, a historicidade se embasa em duas premissas: a) constante processo de evolução para ampliação, com surgimento de novos direitos humanos, inexistindo um rol taxativo, o que caracteriza sua abertura ou não tipicidade ou inexauribilidade, resguardada pelo art. 5º, § 2º, da CRFB/88¹¹⁴ e pelo art. 29.c, da CADH¹¹⁵; b) constante processo de evolução para adaptação, isto é, os direitos humanos já existentes “passam por processos de transformação e de adequação aos novos contextos sociais e jurídicos vivenciados pelos povos”¹¹⁶.

Quanto à segunda premissa, pode-se dizer que ela implica verdadeira abertura cognitiva (ou semântica) por meio da qual se permite atualizar, expandir o conteúdo do direito humano, poroso e permeável a novas concepções que aumentem seu grau de proteção, seja mediante

¹¹³ OLIVEIRA, Márcio Luís de. **A Constituição juridicamente adequada: transformações do constitucionalismo e a atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 267.

¹¹⁴ Art. 5º, § 2º - 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.

¹¹⁵ Art. 29 - Normas de Interpretação: Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;

¹¹⁶ OLIVEIRA, Márcio Luís de. *op. cit.*, p. 267.

diálogo de fontes¹¹⁷, entre cortes¹¹⁸ ou mesmo por uma interpretação¹¹⁹ *pro persona* ou *pro homine*¹²⁰.

Assim, uma vez integrado ao sistema normativo, o conteúdo do direito humano não permanece estático, mas aberto a novas propostas que aumentem seu alcance protetivo (como,

¹¹⁷ A teoria do diálogo das fontes, concebida na Alemanha por Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg, foi apresentada pela primeira vez em 1995, na cidade de Haia, nos Países Baixos, cuja proposta inicial era de uma interação entre as diretivas da comunidade europeia e as leis internas de cada país. Posteriormente, Claudia Lima Marques, doutora pela Universidade de Heidelberg e professora titular da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), importou a tese para o contexto nacional brasileiro, especialmente no âmbito do Direito Privado. A essência dessa teoria reside na perspectiva unitária do sistema jurídico, segundo a qual as normas jurídicas não se excluem, mas, pelo contrário, se complementam, fazendo-se necessária a coordenação das normas pelo intérprete diante de plúrimas fontes jurídico-normativas. Nas palavras de Claudia Lima Marques: “‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato - solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)”. (MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 90); cf. MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

¹¹⁸ Conforme Marcelo Neves, em regra, as “pontes de transição” entre ordens jurídicas se desenvolvem entre juízes e tribunais, o que acarreta “relações de observação mútua, no contexto da qual se desenvolvem formas de aprendizado e intercâmbio”, numa verdadeira conversação transversal que perpassa fronteiras, a despeito de potencial conflito de entendimentos. (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editoras WMF Martins Fontes, 2009, p. 117). Essa perspectiva dialógica possibilita cooperações, aprendizados e reflexões recíprocas na solução de um mesmo problema por tribunais locais, internacionais ou supranacionais, o que não é incomum, inclusive concomitantemente. Tal interação é imprescindível para que os tribunais domésticos e internacionais atuem, em comunhão de esforços, para que a proteção dos direitos humanos se perfectibilize. A respeito, ainda, desse diálogo entre cortes, cf. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. What do we mean when we talk about judicial dialogue: reflections on a judge of the Inter-American Court of Human Rights. **Harvard Human Rights Journal**, 30, 2017, p. 89-128.

¹¹⁹ A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT) estabelece uma diretriz geral para a interpretação de tratados. De acordo com o art. 31.1, todo tratado deve ser interpretado: de boa-fé; segundo o sentido comum atribuível aos seus termos (interpretação gramatical ou semântica); considerando o seu contexto (interpretação sistemática); e à luz de seu objetivo e finalidade (interpretação teleológica). O art. 32 CVDT, por sua vez, dispõe sobre meios suplementares de interpretação, tais como o uso de trabalhos preparatórios do tratado e circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação regra geral do art. 31 ou de esclarecer esse sentido quando o resultado interpretativo for ambíguo ou obscuro, ou conduzir a um efeito manifestamente absurdo ou desarrazoado. Sem prejuízo dessa diretriz geral estabelecida pela CVDT, a doutrina e a jurisprudência internacional desenvolveram outros princípios para a interpretação de tratados de direitos humanos, dentre eles o princípio *pro homine* ou *pro persona*. Tal princípio decorre do regime objetivo ou unilateral dos tratados internacionais de direitos humanos, nos quais não impera a lógica da reciprocidade entre estados, e sim a máxima proteção dos direitos da pessoa humana. Dessa forma, o princípio *pro homine* indica que a interpretação dos tratados de direitos humanos deve sempre ter como escopo a proteção da pessoa, destinatária da proteção internacional dos direitos humanos, repudiando, conseqüentemente, interpretações restritivas em prol do estado. Disso decorre a lógica da primazia da norma mais favorável, independentemente se doméstica ou internacional, bem como também a ideia da máxima efetividade ou efeito útil, segundo a qual, se diante de duas ou mais interpretações sobre determinada norma, o intérprete deve prestigiar a que mais proteja e efetive o direito humano em questão.

¹²⁰ Conforme definição de Mónica Pinto, o princípio *pro persona* é “[...] um critério hermenêutico que informa todo o direito dos direitos humanos, em virtude do qual se deve prestigiar a norma mais ampla, ou a interpretação mais extensiva, quando se trata de reconhecer direitos protegidos e, inversamente, a norma ou a interpretação mais restrita quando se trata de estabelecer restrições permanentes ao exercício dos direitos ou sua suspensão extraordinária”. (PINTO, Mónica. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. In: **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, p. 163. Tradução livre.)

exemplo, o contraditório que teve acrescido ao seu conteúdo a ideia de influência e de não surpresa)¹²¹. Essa abertura, no entanto, não comporta retrocessos (supressão ou restrição)¹²², impondo-se respeito “ao acervo jurídico que já foi conquistado pela sociedade”¹²³.

Não é sem motivo, portanto, que as normas dos tratados e convenções de direitos humanos são, em regra, cláusulas abertas, porque inseridas nesse movimento de humanização histórico, não havendo espaço para uma “concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal”¹²⁴.

Nesse contexto, “o quadro legal composto de garantias, valores e postulados que disciplinam o exercício da atividade jurisdicional se articula a partir do diálogo entre as fontes legislativas nacionais e as fontes internacionais”¹²⁵. Sendo assim, em vista de uma normatividade plúrima, é imperativa uma abordagem interativa e coordenada entre normas domésticas e internacionais¹²⁶.

¹²¹ Outra interessante perspectiva ampliadora do conteúdo do contraditório é a defendida por BRENER e PINTO de que este “confere uma abertura epistemológica para o permanente incremento de sua atuação para além da legalidade”. (BRENER, Paula; PINTO, Felipe Martins. A eficácia do contraditório no Processo Penal: atuação e legitimação para além da legalidade. *In: Revista CNJ*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 37–50, 2019. DOI: 10.54829/revistacnj.v3i1.30, p. 37. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/30>. Acesso em: 14 ago. 2023)

¹²² Uma das especificidades dos direitos humanos, segundo André de Carvalho Ramos, é a proibição do retrocesso, também conhecida como “efeito cliquet”, princípio do não retorno da concretização ou princípio da proibição da evolução reacionária, consistindo na vedação à supressão de grau de proteção já atingido sobre determinado direito humano, seja pela exclusão normativa, seja pelo amesquinamento prestacional, permitindo-se apenas aprimoramentos e avanços. Embora vinculada geralmente aos direitos sociais, a vedação ao retrocesso abrange todos os direitos humanos, até porque são indivisíveis e interdependentes. (RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 109-110) Conforme Ingo Sarlet, a vedação ao retrocesso encontra guarida nos seguintes dispositivos constitucionais: a) Estado Democrático de Direito (1º, *caput*, da CRFB/88); b) dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88); c) aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CRFB/88); d) proteção da confiança e segurança jurídica (art. 1º, *caput*, e art. 5º, XXXVI, da CRFB/88); e) cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da CRFB/88). (SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *In: Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, São Paulo, n. 4, p. 241-271, jul./dez. 2004). Na síntese do Min. Carlos Ayres Britto: “[...] quando uma lei ordinária vem para proteger um tema tratado pela Constituição como direito fundamental, essa lei se torna bifronte ou de dupla natureza. Ela é ordinária formalmente, porém é constitucional materialmente, daí a teoria da proibição de retrocesso. Quando se versa tutelarmente um direito fundamental, mediante lei ordinária, faz-se uma viagem legislativa sem volta porque já não se admite retrocesso”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 466.343-1/SP**, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03-12-2008, DJ 04-06-2009, p. 101)

¹²³ OLIVEIRA, Márcio Luís de. **A Constituição juridicamente adequada: transformações do constitucionalismo e a atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 274.

¹²⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

¹²⁵ PEREIRA, Frederico Valdez. **Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo**. 1ª ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021, p. 65.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 66.

No marco do processo penal constitucional e, necessariamente, convencional, as normas processuais domésticas devem ser filtradas e integradas com as disposições da CADH e as interpretações dadas pela Corte IDH. Consagra-se, nas palavras de Nereu Giacomolli,

[...] uma nova ordem processual, constitucional e internacionalmente comprometida, como fontes supremas, primeiras e irrenunciáveis da proteção da dignidade do ser humano, inclusive do excluído da sociedade de bem-estar, o maior incluído no sistema criminal através do processo penal.¹²⁷

Faz-se necessária, portanto, uma constante releitura constitucional e convencional das normas como forma de sustentação de um processo penal cuja dinamicidade evolua progressivamente em direção a uma maior proteção do acusado, assegurando e expandindo os limites do poder punitivo estatal, sem possibilidade de retrocessos mediante interpretações oportunistas que restrinjam, em nome de qualquer fim metajurídico, direitos humanos de quem sofrerá os efeitos da decisão final. Como bem assinala Nereu Giacomolli,

A partir daí, faz-se mister uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos. Por isso, há que se falar em processo penal constitucional, convencional e humanitário, ou seja, do devido processo.

[...] O talhamento também passa pela revolução hermenêutica, pela ruína dos pilares que sustentam uma ordem legal autoritária, anacrônica, degenerativa, punitivista e incrementadora da violência estatal.¹²⁸

Vale ressaltar que essa integração com o Direito Internacional dos Direitos Humanos não compromete a soberania estatal, mesmo porque esta não é absoluta. A proposta de um sistema protetivo de direitos humanos se dá em esferas assecuratórias distintas, concomitantes e complementares. Aliás, pode-se dizer que a soberania estatal é reafirmada quando são observados os compromissos internacionais convencionados. A República Federativa do Brasil, que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88) e é regida nas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, da CRFB/88), ao promulgar a CADH, mediante o Decreto nº 678/92, comprometeu-se a respeitar os direitos e garantias nela reconhecidos (art. 1.1 da CADH), incumbindo-lhe o dever de adotar disposições de direito interno (art. 2 da CADH) quantas forem necessárias para efetivar tais direitos e garantias consagrados no Pacto de San José da Costa Rica.

¹²⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 13.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 12.

Ao firmar um tratado internacional de direitos humanos, o Brasil tem o dever positivo de adaptar toda a normatividade doméstica e o dever negativo de não editar leis contrárias ao acordado. No campo criminal, o art. 1º, I, do CPP, estabelece, explicitamente, que o processo penal se rege, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados “os tratados, as convenções e regras de direito internacional”. Tal disposição vai ao encontro do previsto no art. 5º, § 2º, da CRFB/88, segundo o qual 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”, consolidando uma “perspectiva hermenêutica e integradora do nosso ordenamento jurídico”¹²⁹ com o plano internacional de proteção dos direitos humanos e, perante o sistema regional interamericano, com a jurisprudência da Corte IDH.

Sob essa ótica, um modelo de processo penal que se propõe democrático deve ser sistematizado em torno tanto dos princípios constitucionais, quanto das normativas internacionais de direitos humanos, o que não é uma tarefa difícil aos operadores do Direito. O desafio, no entanto, reside em como proporcionar uma interação harmônica entre as ordens jurídicas domésticas e internacionais.¹³⁰

A partir da articulação entre as obrigações de respeitar e garantir os direitos protegidos pela CADH (art. 1.1) e de adequar o direito interno à normativa internacional (art. 2º), Cançado Trindade propõe o que se denomina de “hermenêutica integradora”, consistindo na interrelação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. As duas ordens jurídicas estão em constante interação, de modo que as medidas domésticas de implementação dos direitos humanos, especialmente legislativas, são de total importância para o futuro da própria proteção internacional dos direitos humanos.¹³¹

De todo modo, para que ocorra essa integração hermenêutica entre a constitucionalização e a “convencionalização” do processo penal, é imprescindível uma mudança de cultura dos intérpretes e pesquisadores que tentam sistematizar um modelo conforme. Como assinala Frederico Valdez Pereira,

[a] estrutura, as reformas e os temas relevantes do direito processual devem ser estudados a partir da interação entre os princípios e valores compartilhados constitucional e convencionalmente, inclusive, conforme adverte Trocker, permitindo

¹²⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 19.

¹³⁰ PEREIRA, Frederico Valdez. **Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo**. 1ª ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021, p. 37.

¹³¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 149.

o diálogo com a jurisprudência no terreno da legitimidade constitucional e convencional verificada em concreto.¹³²

Neste aspecto, pode-se dizer, como ponto de partida, que as normativas internacionais de direitos humanos estabelecem direitos e garantias processuais mínimos a serem observados pelos estados¹³³. Nesse sentido, o art. 14 do PIDCP¹³⁴ e o art. 8º da CADH¹³⁵ ditam um padrão

¹³² PEREIRA, Frederico Valdez. **Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo**. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 39.

¹³³ *Ibid.*, p. 38; p. 62.

¹³⁴ ARTIGO 14. 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de carácter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou o processo diga respeito à controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores. 2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: a) De ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada; b) De dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha; c) De ser julgado sem dilações indevidas; d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex-offício gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo; e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação; f) De ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento; g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada. 4. O processo aplicável a jovens que não sejam maiores nos termos da legislação penal levará em conta a idade dos mesmos e a importância de promover sua reintegração social. 5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei. 6. Se uma sentença condenatória passada em julgado for posteriormente anulada ou se um indulto for concedido, pela ocorrência ou descoberta de fatos novos que provem cabalmente a existência de erro judicial, a pessoa que sofreu a pena decorrente dessa condenação deverá ser indenizada, de acordo com a lei, a menos que fique provado que se lhe pode imputar, total ou parcialmente, a não-revelação dos fatos desconhecidos em tempo útil. 7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país.

¹³⁵ ARTIGO 8 - Garantias Judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos. g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma

mínimo de devido processo penal. Diz-se mínimo, pois não é exaustivo, já que o espectro de proteção pode ser alargado pelas legislações internas dos estados, bem como pelas interpretações dos tribunais, sejam as cortes domésticas ou internacionais.

O propósito desta articulação, como pode se perceber, não é promover um simples exame de correlação entre a base principiológica constitucional e convencional a respeito do processo penal, direcionando-se para uma conclusão meramente retórica de que todas as garantias judiciais previstas, por exemplo, no art. 8º da CADH, foram consagradas pela CRFB/88 e que, por isso, o modelo constitucional de processo penal seria convencional. Longe disso, a trilha da pesquisa é da máxima efetividade dos direitos humanos mediante a interação entre as ordens jurídicas nacionais e internacionais. Busca-se, assim, “a superação de tendência autorreferenciada dos ordenamentos jurídicos nacionais”¹³⁶, compreendendo que “as ordens jurídicas nacionais devem se abrir às normas e decisões convencionais na interpretação e aplicação do direito”¹³⁷.

A respeito desta coexistência de ordens jurídicas interativas, tomando como referência a ideia de interconstitucionalidade¹³⁸ desenvolvida¹³⁹ por Canotilho no contexto europeu, Rui Cunha Martins observa que há uma simultaneidade de paradigmas, e não uma sucessão paradigmática. Dessa maneira, os objetos, conceitos e mecanismos anteriores não são superados, mas se relacionam com os que chegam numa relação de simultaneidade¹⁴⁰.

Proposta semelhante, e não menos relevante, é a do transconstitucionalismo de Marcelo Neves. Como desdobramento da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann¹⁴¹, Marcelo Neves, em superação ao conceito de acoplamento estrutural¹⁴² entre sistemas funcionais, propõe,

natureza. 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

¹³⁶ PEREIRA, Frederico Valdez. **Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo**. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 40.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 40.

¹³⁸ Sobre a temática da interconstitucionalidade, cf. SEVERO ROCHA, L.; TONET, F. A interconstitucionalidade como produção jurídica descentralizada dentro das novas observações estatais. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 115, 27 nov. 2017.

¹³⁹ Diz-se desenvolvida, porque pensada inicialmente por Francisco Lucas Pires (cf. PIRES, Francisco Lucas. **Introdução do Direito Constitucional Europeu**. Coleção Monografias. Coimbra: Editora Almedina, 1997).

¹⁴⁰ MARTINS, Rui Cunha. Interconstitucionalidade e historicidade. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Iuridica 104**. Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. José Joaquim Gomes Canotilho. Coimbra: Editora Coimbra, 2002, p. 500.

¹⁴¹ Sobre a "Teoria dos Sistemas", cf. LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: lineamientos para una teoría general**. México: Universidad Iberoamericana, 1984; LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. **Teoria de la sociedade**. Guadalajara, Jalisco, México: Universidad de Guadalajara, 1993; LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**, Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983; TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Tradução de José Engrácia Nunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

¹⁴² Nas palavras de Marcelo Neves, “esse acoplamento serviria à promoção e filtragem de influências e instigações recíprocas entre sistemas autônomos diversos, de maneira duradoura, estável e concentrada, vinculando-os no

recorrendo à definição de racionalidade transversal¹⁴³ de Welsch, a ideia do transconstitucionalismo. Em suma, o transconstitucionalismo

não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida ou *ultima ratio*. Rejeita tanto o estatualismo quanto o internacionalismo, o supranacionalismo, o transnacionalismo e o localismo como espaço de solução privilegiado dos problemas constitucionais. Aponta, antes, para a necessidade de construção de “pontes de transição”, da promoção de “conversações constitucionais”, do fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre as diversas ordens jurídicas: estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais. O modelo transconstitucional rompe com o dilema “monismo/pluralismo”. A pluralidade de ordens jurídicas implica, na perspectiva do transconstitucionalismo, a relação complementar entre identidade e alteridade. As ordens envolvidas na solução do problema constitucional específico, no plano de sua própria autofundamentação, reconstróem continuamente sua identidade mediante o entrelaçamento transconstitucional com a(s) outra(s): a identidade é rearticulada a partir da alteridade. Daí por que, em vez da busca de uma *Constituição hercúlea*, o transconstitucionalismo aponta para a necessidade de enfretamento dos *problemas-hidra constitucionais* mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial.¹⁴⁴

Portanto, pode-se afirmar, parafraseando Rui Cunha Martins¹⁴⁵, que não se trata aqui de uma substituição do modelo constitucional por um modelo convencional de processo penal, e sim de uma aposição, uma coexistência reciprocamente contributiva, conjugando os princípios e garantias fundamentais aos influxos advindos da tutela internacional dos direitos humanos. Afinal, como bem pontuou Cançado Trindade, “o direito internacional e o direito interno conformam um todo harmônico: apontam na mesma direção, desvendando o propósito comum de proteção da pessoa humana.”¹⁴⁶ As normas, sejam elas domésticas ou internacionais, formam um “ordenamento jurídico de proteção”¹⁴⁷ em constante interação com fins de proteção dos seres humanos.

plano de suas respectivas estruturas, sem que nenhum desses sistemas perca a sua respectiva autonomia. Os acoplamentos estruturais são filtros que excluem certas influências e facilitam outras. Há uma relação simultânea de independência e de dependência entre os sistemas acoplados estruturalmente. As estruturas de um sistema passam a ser, mediante os acoplamentos estruturais, relevantes e mesmo indispensáveis à reprodução das estruturas de um outro sistema e vice-versa.” (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editoras WMF Martins Fontes, 2009, p. 35); cf. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Herder, 1998, p. 508-509.

¹⁴³ Segundo Marcelo Neves, a racionalidade transversal importa um grau de aprendizado recíproco e intercâmbio construtivo e criativo entre sistemas com fins de aperfeiçoamento. (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editoras WMF Martins Fontes, 2009, p. 50 e p. 115)

¹⁴⁴ NEVES, Marcelo. (Não) **Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões**. São Paulo: Lua Nova, 93: 201-232, 2014, p. 208.

¹⁴⁵ MARTINS, Rui Cunha. Interconstitucionalidade e Historicidade. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Iuridica 104**. Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. José Joaquim Gomes Canotilho. Coimbra: Editora Coimbra, 2002, p. 500.

¹⁴⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. 1. 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 506.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 506.

A partir dessa base normativa multinível, vale, assim, compreender como o controle de convencionalidade se enquadra na consolidação e aprimoramento do modelo de processo penal democrático, contribuindo para a expansão das balizas à atuação legítima do poder punitivo estatal.

Adiante, o presente estudo, ainda mediante revisão bibliográfica, apresentará, de forma breve, a teorização do controle de convencionalidade no sistema interamericano e seu desenvolvimento no direito brasileiro.

2 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO E SEU DESENVOLVIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

Como intuíto à temática do controle de convencionalidade e seus desdobramentos no direito brasileiro, ocorre fazer breves apontamentos da formação histórica do próprio sistema interamericano de direitos humanos, a fim de que a compreensão não se restrinja apenas a conceitos e aplicações do próprio instituto.

2.1 Formação histórica do sistema interamericano de direitos humanos

Com o término da Segunda Guerra Mundial e ainda assombrados pelas atrocidades cometidas pelo nazifascismo, a comunidade internacional mobilizou-se em torno da criação de um sistema global de proteção dos direitos humanos, composto por instrumentos e mecanismos que fossem, efetivamente, capazes de processar e responsabilizar internacionalmente os Estados por violações.

Admitida como um precedente histórico do Direito Internacional dos Direitos Humanos, notadamente em relação à relativização da soberania dos Estados, a Liga das Nações¹⁴⁸, criada após a Primeira Guerra Mundial, em 1920, teve sua existência marcada por fracassos significativos. Embora tenha sido estabelecida com o objetivo de promover a paz, a cooperação e segurança internacional¹⁴⁹, a Liga enfrentou desafios sérios e não conseguiu evitar a eclosão da Segunda Guerra Mundial. Sua estrutura frágil, a falta de adesão da nova potência mundial – Estado Unidos da América – entre os membros, a incapacidade de impor suas decisões de forma efetiva, o permanente colonialismo e o avanço da política antissemita de Hitler contribuíram para sua ineficácia. O fracasso da Liga das Nações serviu como um lembrete contundente da necessidade de uma institucionalização mais robusta e abrangente.

O início desse sistema, num primeiro momento global, também conhecido como sistema universal ou sistema onusiano, ocorreu em junho de 1945, durante a adoção da Carta das Nações Unidas, em São Francisco, nos Estados Unidos. Essa carta estabeleceu a Organização das Nações Unidas (ONU), uma organização internacional.

¹⁴⁸ Apontam-se, ainda, como antecedentes históricos que marcaram o processo de internacionalização dos direitos humanos o Direito Humanitário (ou o Direito Internacional da Guerra) e a Organização Internacional do Trabalho. Nesse sentido, cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 201-209.

¹⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 204.

Conquanto a Carta da ONU não tenha apresentado um conjunto específico de direitos humanos, o processo de internacionalização desses direitos teve início com sua elaboração como resposta à barbárie totalitarista, restabelecendo-os como referenciais éticos a serem respeitados, promovidos e defendidos. Tal iniciativa transmitiu, ainda, a mensagem de que a violação desses direitos não seria mais exclusivamente uma questão de jurisdição interna dos Estados, mas também um problema da comunidade internacional¹⁵⁰. Posteriormente, coube à extinta Comissão de Direito Humanos a Carta Internacional de Direitos Humanos, que consistiria em um tratado que abrangeria um catálogo de direitos humanos e os mecanismos de proteção. Após profundos debates e pressões, a Comissão resolveu elaborar uma declaração, sem força vinculante¹⁵¹, denominada Declaração Universal de Direitos humanos (DUDH) e aprovada em 1948 pela Assembleia Geral da ONU, postergando-se o projeto de tratado de direitos humanos para momento ulterior¹⁵².

Inserido nesse processo de institucionalização, além do sistema global, surgiram os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, compostos, essencialmente, por normas, órgãos e mecanismos.

Atualmente, existem três sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos de abrangência regional: o europeu, o africano e o interamericano.

O sistema global e os regionais coexistem e se complementam, não havendo qualquer delimitação de competências, tudo com o objetivo de garantir a máxima efetividade na proteção e promoção dos direitos humanos, aliando-se aos próprios sistemas nacionais de cada Estado.

Para fins de recorte metodológico e até mesmo em razão das balizas da pesquisa de mestrado, o presente trabalho prestará enfoque ao sistema interamericano de direitos humanos, ao qual se submete e integra a República Federativa do Brasil.

¹⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 210-211.

¹⁵¹ Não obstante tenha sido elaborada sob forma de resolução, a DUDH é compreendida como “interpretação autorizada da expressão ‘direitos humanos’, constante da Carta das Nações Unidas, apresentando, por esse motivo, força jurídica vinculante.” Há, ainda, quem defenda força jurídica vinculante da DUDH por “integrar o direito costumeiro internacional e/ou os princípios gerais de direito”. (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 238-239)

¹⁵² Já no contexto da Guerra Fria, diante do impasse entre blocos socialista e capitalista, a Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) solicitou ao Conselho Econômico e Social (ECOSOC) que orientasse a Comissão de Direitos Humanos (CDH) a criar dois Pactos distintos, um que abrangeria os direitos civis e políticos e outro os direitos econômicos, sociais e culturais, resultando no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ambos aprovados em 1966 e em vigor desde 1976. A conclusão da Carta Internacional de Direitos Humanos foi marcada pela criação dos mecanismos de proteção dos direitos humanos. Em 1966, foi estabelecido o Protocolo Facultativo ao PIDCP, seguido, em 2008, pelo Protocolo Facultativo ao PIDESC, conferindo aos Comitês respectivos a responsabilidade de monitorar a observância dos direitos humanos.

Segundo Cançado Trindade, a evolução do sistema interamericano de direitos humanos pode ser dividida em cinco etapas: a) antecedentes da criação; b) formação do sistema interamericano de proteção; c) institucionalização convencional do sistema; d) consolidação do sistema; e) fortalecimento do sistema interamericano de proteção¹⁵³.

A etapa inicial, relativa aos antecedentes da criação, conforme propõe Hanashiro¹⁵⁴, pode ser subdividida em três momentos: a) o primeiro, que teve início em 1826 com o Congresso do Panamá, marcando o primeiro de uma série de encontros regionais que buscavam discutir formas de cooperação entre os Estados americanos. Durante esse congresso, foi aprovado o Tratado de União Perpétua, Liga e Confederação, com o objetivo de unir a Grande Colômbia (formada por Colômbia, Equador, Panamá e Venezuela), México, América Central e Peru. O tratado abordava pontos como a criação de uma confederação para consolidação da paz e da defesa solidária dos direitos desses países, a defesa da independência política e integridade territorial dos Estados americanos, o princípio da democracia representativa como requisito para fazer parte da União, a codificação do direito internacional e o princípio da igualdade jurídica entre nacionais e estrangeiros de um Estado, bem como o compromisso de cooperar na abolição da escravatura. Apesar de não ter entrado em vigor, sendo ratificado apenas pela Grande Colômbia, este tratado é considerado um precursor importante do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. b) o segundo, iniciado em 1889, com uma série de conferências internacionais americanas realizadas a cada quatro anos em diferentes capitais do continente [I Conferência, Washington (1889-1890); II Conferência, Cidade do México (1901-1902); III Conferência, Rio de Janeiro (1906); IV Conferência, Buenos Aires (1910); V Conferência, Santiago (1923); VI Conferência, Havana (1928); VII Conferência, Montevideu (1933); e VIII Conferência, Lima (1938)]. Essas conferências, ao longo do tempo, foram paulatinamente construindo o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Além das conferências ordinárias programadas, os Estados americanos realizaram seis reuniões entre 1936 e 1947 para abordar questões relacionadas à guerra, paz e segurança, em decorrência da Segunda Guerra Mundial. A primeira conferência especializada foi a Conferência Interamericana para a Manutenção da Paz, realizada em Buenos Aires, no ano de 1936, na qual foi estabelecido um novo mecanismo denominado "consulta", destinado a responder a situações imprevistas e urgentes pelos Estados. c) o terceiro, com o término da Segunda Guerra Mundial e a realização da Conferência Interamericana de Chapultepec, sediada na Cidade do México em

¹⁵³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. 3. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 30-32.

¹⁵⁴ HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Portella. **O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fapesp, 2001, p. 25-29

1945. O objetivo dessa conferência era debater os "problemas da guerra e da paz", marcando assim o início do processo de institucionalização jurídica do sistema da OEA. Durante a conferência, foram aprovadas várias resoluções, incluindo aquelas relacionadas à proteção internacional dos direitos humanos. Uma das resoluções tratava da reorganização, consolidação e fortalecimento do sistema interamericano, fornecendo as bases concretas para a criação de uma organização de Estados americanos.

Em 1947, durante uma conferência especializada sobre segurança coletiva, realizada no Rio de Janeiro, os Estados americanos aprovaram o Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (TIAR), que formalizou e detalhou o mecanismo de consulta discutido e implementado anteriormente na Conferência de Buenos Aires em 1936.

Já no ano de 1948, enfim, na Nona Conferência Internacional Americana ocorrida em Bogotá, deu-se início, formalmente, ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Nessa conferência, foram aprovados diversos documentos importantes, destacando-se a Carta da Organização dos Estados Americanos (Carta da OEA) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH).

Entre 1948 e 1969, segundo a classificação de Cançado Trindade, compreende-se a segunda etapa da formação do sistema, caracterizada “pelo papel solitariamente primordial da Comissão Interamericana de Direitos humanos e pela expansão gradual das faculdades da mesma”¹⁵⁵.

A Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), tal como a Carta das Nações Unidas, apresentou disposições limitadas em relação aos direitos humanos, concentrando-se mais na criação e na estruturação da própria organização. No art. 3º, alínea 1, da Carta da OEA, há uma referência vaga, porém importante, aos direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo. Todavia, a Carta da OEA não especificou quais seriam esses direitos, tampouco mecanismos para promovê-los ou protegê-los.

Por sua vez, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH), apesar de sua grande importância para o sistema interamericano¹⁵⁶, servindo como marco normativo antes da elaboração da Convenção Americana sobre Direitos humanos em 1969, não

¹⁵⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. 3. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 31.

¹⁵⁶ Conforme Cançado Trindade, “[...] são as seguintes, resumidamente, as principais contribuições da Declaração Americana de 1948 ao desenvolvimento do sistema interamericano de proteção: a) a já mencionada concepção dos direitos humanos como inerentes à pessoa humana; b) a concepção integral dos direitos humanos (abarcando os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais); c) a base normativa vis-à-vis Estados não-Partes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos; d) a correlação entre direitos e deveres.”. (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. 3. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 34)

previu um mecanismo de proteção dos direitos humanos. Além disso, não foi adotada na forma de tratado, e sim mediante resolução, o que tornou a obrigatoriedade para os Estados membros da OEA menos efetiva¹⁵⁷¹⁵⁸.

Apesar da criação de outros tratados relativos aos direitos humanos no continente, o sistema interamericano só começou a funcionar efetivamente em 1959, quando foi estabelecida a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)¹⁵⁹ por meio da Resolução VIII da Quinta Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores. A CIDH foi criada sem base convencional e, inicialmente, tinha faculdades limitadas à promoção dos direitos humanos, o que incluía a formulação de recomendações gerais aos Estados membros da OEA, a elaboração de relatórios geográficos e, com a aprovação do governo correspondente, visitas *in loco*. Contudo, já em 1960, em sua primeira sessão, a CIDH interpretou que seu estatuto não lhe conferia competência para analisar petições individuais, não obstante pudesse considerá-las como informações durante a elaboração de informes sobre os países. Em 1965, após recomendações ao Conselho da OEA, as atribuições da CIDH foram ampliadas por meio de uma resolução da Segunda Conferência Interamericana Extraordinária, ocorrida no Rio de Janeiro, sendo-lhe concedida competência para receber petições ou comunicações individuais sobre violações de direitos humanos¹⁶⁰. Já em 1967, com a aprovação do Protocolo de Reformas

¹⁵⁷ “A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, por sua vez, frustrou as expectativas daqueles que esperavam que sua aprovação se fizesse sob a forma de convenção, o que lhe conferiria maior eficácia. No entanto, ressaltou-se em seus considerandos que a Declaração era apenas o marco inaugural do sistema de proteção dos direitos humanos. Destaca-se do seu texto que “os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele cidadão de determinado Estado, mas sim do fato de os direitos terem como base os atributos da pessoa humana”. Desta forma, evidenciou-se que o Estado não cria ou concede direitos, mas simplesmente reconhece a existência de direitos humanos, anteriores à sua formação e que têm na própria condição de ser humano sua origem. (JAYME, Fernando Gonzaga. **Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 65)

¹⁵⁸ Posteriormente, a CADH trouxe importante previsão, em seu art. 29, alínea “d”, que: “Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.”. A Corte IDH, por meio da Opinião Consulta nº 10, entendeu que a Declaração Americana consistia em interpretação autêntica do sentido e alcance do conceito de direitos humanos positivado na Carta da OEA; a Declaração é fonte de obrigações internacionais dos Estados-membros da OEA. (OEA. Corte IDH. **Opinião Consultiva nº 10**, de 14 de julho de 1989. Série A, nº. 10. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf. Acesso em: 30 dez. 2023)

¹⁵⁹ A CIDH é, junto com a Corte IDH, um dos órgãos de monitoramento, proteção e promoção dos direitos humanos. Diferentemente da Corte IDH, que integra exclusivamente a Convenção Americana de Direitos Humanos, a CIDH pertence à OEA e à CADH.

¹⁶⁰ Ainda segundo as lições de Cançado Trindade, “[...] os poderes da Comissão passaram a compreender, a par do sistema de relatórios (de tipos distintos, como relatórios de sessões, relatórios anuais e relatórios sobre determinados países), o exame de comunicações, visitas a Estados (com sua aquiescência), e preparo de estudos e seminários. Seus poderes, originalmente limitados, expandiram-se mediante um processo de interpretação liberal e extensiva; o fato de que seus membros atuavam em sua capacidade pessoal – e não como representantes dos respectivos Estados – certamente favoreceu a interpretação liberal e ampla do Estatuto e do Regulamento da Comissão.”. (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. 3. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 35-36)

à Carta da OEA (Protocolo de Buenos Aires), a CIDH foi incluída entre os órgãos permanentes da OEA, conferindo-lhe base convencional (art. 106 da Carta da OEA)¹⁶¹.

A terceira etapa da evolução histórica do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, ainda segundo a classificação de Cançado Trindade, ocorreu com a sua formalização por meio de um tratado, durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos humanos realizada em San José, na Costa Rica, em 1969. Nessa conferência, foi consolidada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica.

A intenção de se estabelecer um instrumento normativo de observância obrigatória que definisse um conjunto de direitos humanos e os meios de proteção desses direitos já existia quando do início do processo de formação do sistema interamericano. A partir de 1959, durante a Quinta Reunião de Ministros das Relações Exteriores, realizada em Santiago, no Chile, decidiu-se impulsionar a preparação de uma convenção sobre direitos humanos. Para tanto, o Conselho Interamericano de Jurisconsultos foi responsável por elaborar o projeto, o qual foi apresentado na Segunda Conferência Interamericana Extraordinária, realizada no Rio de Janeiro, em 1965. Nesta feita, o projeto e as observações apresentadas foram encaminhados ao Conselho da OEA e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos para estudo e posterior submissão aos Estados membros da Organização. Assim, em nova Conferência Especializada Interamericana realizada em 1969, em San José, Costa Rica, o texto final da Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi aprovado¹⁶².

Entretanto, a fase de institucionalização do sistema interamericano foi concluída somente em 1978, quando a Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁶³ entrou em vigor após o depósito do 11º instrumento de ratificação na Secretaria-Geral da OEA.

¹⁶¹ Com a adoção da CADH, em 1969, a CIDH, assim como a Corte IDH, foi enquadrada como órgão competente para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-Partes (art. 33.a da CADH), prescrevendo-se, ainda, sua organização, suas funções, sua competência e diretrizes procedimentais para processar uma petição ou comunicação na qual se alegue uma violação de direitos humanos (arts. 34 a 51 da CADH).

¹⁶² LEDESMA, Héctor Faúndez. **El Sistema interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales**. 3ª ed. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 54.

¹⁶³ “A especificidade da Convenção Americana de Direitos humanos caracteriza-se pela particularidade de seu objeto: a tutela dos direitos inerentes a todo ser humano, consignados em um tratado de caráter regional, decorrendo dessa condição sua transcendência territorial, de modo que a proteção por ela conferida não se esgota nem poderia esgotar-se no âmbito estatal.” (JAYME, Fernando Gonzaga. **Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 61)

Ainda seguindo com a organização evolutiva proposta por Cançado Trindade¹⁶⁴, a consolidação do sistema interamericano é inaugurada em 1982 com o desencadeamento da construção jurisprudencial da Corte IDH¹⁶⁵, tanto na função consultiva como contenciosa, bem como da ampliação do corpo normativo do sistema, com os preparativos do Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador).

Por último, a etapa do fortalecimento do sistema interamericano de proteção, já no início do século XXI, consiste, nas lições de Cançado Trindade¹⁶⁶, uma fase de aperfeiçoamento nos planos institucional, conjuntural, normativo e processual.

Com essa apertada síntese histórica, passa-se a enfrentar, no tópico seguinte, o tema do controle de convencionalidade, inserido exatamente na etapa do fortalecimento e aperfeiçoamento do sistema interamericano de direitos humanos, para, em seguida, enfatizar sua repercussão e desenvolvimento no direito brasileiro.

2.2 O controle de convencionalidade no sistema interamericano

Para Flávia Piovesan, a região latino-americana é caracterizada por elevado grau de exclusão e violência “ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com o legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade,”¹⁶⁷ com a baixa densidade de Estados de Direitos e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico.

Em razão disso, Cançado Trindade já abordava em seus escritos a respeito do impacto do desenvolvimento do sistema interamericano na proteção dos direitos humanos:

A evolução do sistema interamericano de proteção em geral, e da *jurisprudence constante* da Corte Interamericana em particular, têm contribuído a desenvolver a aptidão do Direito Internacional para regular com eficácia relações jurídicas dotadas

¹⁶⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos humanos**. Vol. 3, p. 59.

¹⁶⁵ “Essencial para a efetividade do sistema interamericano foi a criação da Corte Interamericana de Direitos humanos, que amplia o modelo protetivo até então existente, composto apenas pela Comissão Interamericana. A missão precípua da Corte é a de garantir a proteção internacional estabelecida na Convenção, preservando a integridade do sistema pactuado pelos estados.” (JAYME, Fernando Gonzaga. **Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 66). Ao contrário da CIDH, a Corte IDH nasce com base convencional (arts. 52 a 69 da CADH). É o órgão jurisdicional do sistema interamericano, com competência consultiva e contenciosa, composto por sete juízes nacionais de Estados membros da OEA, eleitos a título pessoal pelos Estados-Partes da CADH, com mandato de seis anos, permitida uma reeleição. Possui competência consultiva e contenciosa.

¹⁶⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *op.cit.*, p. 89-111.

¹⁶⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas europeu, africano e interamericano**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 143.

de especificidade própria em nível intra-estatal, e não inter-estatal, contrapondo Estados a indivíduos sob suas respectivas jurisdições. Tem-se assim procedido a partir de um enfoque antropocêntrico, e não estatocêntrico, dando testemunho do impacto alentador do Direito Internacional dos Direitos Humanos. No presente domínio de proteção, tem-se feito uso do instrumental próprio do universo conceitual do Direito Internacional para aperfeiçoar e fortalecer, e jamais debilitar, a proteção dos direitos internacionalmente consagrados, inerentes a todos os seres humanos.¹⁶⁸

O sistema interamericano, nesse sentido, assume um duplo papel: obstar retrocessos e promover a ampliação do alcance da proteção dos direitos humanos, permitindo a propagação de marcadores protetivos mínimos à dignidade da pessoa humana e preenchendo lacunas em temas afetos aos direitos humanos no âmbito dos países signatários.¹⁶⁹

É verdade que a proteção dos direitos humanos, mediante acionamento do sistema contencioso interamericano, é subsidiária e complementar à proteção interna¹⁷⁰. Ainda assim, a

[...] submissão à jurisdição da Corte é de grande importância para a efetivação dos direitos humanos no continente americano, por não restarem dúvidas da função criadora do direito desempenhada pela sua jurisprudência. Além disso, há de se ressaltar que ela promove a interação entre o direito interno e o direito internacional, potencializando o fim visado, que é assegurar a dignidade do ser humano.

O sistema de direitos humanos não se aperfeiçoa sem a presença do órgão jurisdicional, por não ser suficiente apenas assumir o reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais do indivíduo. A garantia jurisdicional destes direitos é que assegura o seu efetivo cumprimento, no caso de virem a ser violados pelo Estado.¹⁷¹

Vale dizer, a função da Corte IDH é complementar à proteção existente no direito interno quanto à garantia dos direitos humanos, sendo certo que a Corte IDH não substitui os tribunais nacionais, tampouco atua como uma “quarta-Instância” recursal, muito embora seja evidente que “os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais quando se trata de verificar a sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos”¹⁷².

¹⁶⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. 3. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 110-111.

¹⁶⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 394.

¹⁷⁰ Para além da proposta de complementariedade, Dulitzky adiciona a ideia de integralidade como sustentáculo para que se exija do Estados-Partes que exerçam o controle de convencionalidade do direito e das práticas internas. (DULITZKY, Ariel E. El impacto del control de convencionalidad: ¿un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos? In: **Tratado de los derechos constitucionales**. RIVERA, Julio César; ELIAS, José Sabastian; GROSMAN, Lucas Sebastian; LEGARRE, Santiago (coord.). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014, p. 535. Disponível em: <https://law.utexas.edu/faculty/publications/2014-El-Impacto-del-Control-de-Conventionalidad-Un-Cambio-de-Paradigma-en-el-Sistema-Interameri/download>. Acesso em: 2 dez. 2023)

¹⁷¹ JAYME, Fernando Gonzaga. **Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 66.

¹⁷² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. 1. 2ª. ed.. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 518.

No contexto latino-americano ainda prevalece uma frágil cultura dos direitos humanos, motivo pelo qual se destaca “outro relevante efeito da atuação da Corte e dos demais órgãos do sistema de proteção de direitos humanos, a função pedagógica, no sentido de incutir uma cultura de respeito a esses direitos”¹⁷³.

Diante desse quadro de fragilidade democrática e de herança autoritária, “o sistema interamericano gradativamente se empodera, mediante diálogos a permitir o fortalecimento dos direitos humanos, em um sistema multinível”¹⁷⁴. Dessa interação em diferentes níveis, nos dizeres de Flávia Piovesan, emerge o “diálogo com os sistemas nacionais”¹⁷⁵, consolidando-se o controle de convencionalidade, de modo que “aos parâmetros constitucionais somam-se os parâmetros convencionais, na composição de um trapézio jurídico aberto ao diálogo, aos empréstimos e à interdisciplinariedade, a ressignificar o fenômeno jurídico”¹⁷⁶.

Nessa mesma direção, mesmo que sem a menção expressa ao controle de convencionalidade, já era a doutrina de Cançado Trindade:

205. O cumprimento das obrigações internacionais de proteção requer o concurso dos órgãos internos dos Estados, e estes são chamados a aplicar as normas internacionais. É este o traço distintivo e talvez o mais marcante dos tratados de direitos humanos, dotados de especificidade própria e, permitimo-nos insistir neste ponto, a requererem uma interpretação própria guiada pelos valores comuns superiores que abrigam, diferentemente dos tratados clássicos que se limitam a regulamentar os interesses recíprocos entre as Partes. Com a interação entre o direito internacional e o direito interno no presente contexto, os grandes beneficiários são as pessoas protegidas. Resulta, assim, claríssimo que leis posteriores não podem revogar normas convencionais que vinculam o Estado, sobretudo no presente domínio de proteção.

206. As sentenças dos tribunais nacionais devem tomar em devida conta as disposições convencionais dos tratados de direitos humanos que vinculam o país em questão.

[...]

208. A persistência de lacunas ou obstáculos ou insuficiências do direito interno implica descumprimento das obrigações convencionais de proteção. Por exemplo, por força dos artigos 25, 1(1) e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os Estados-Partes estão obrigados a estabelecer um sistema de recursos simples e rápidos, e a dar aplicação efetiva aos mesmos. O direito a um recurso simples, rápido e efetivo ante os juízes ou tribunais nacionais competentes (artigo 25 da Convenção Americana) representa um dos pilares básicos do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática (no sentido da Convenção), como assinalado pela Corte Interamericana em casos recentes" (cf. item III, supra).

209. Esta garantia judicial de origem latino-americana – não pode ser minimizada, porquanto sua correta aplicação tem o sentido de aperfeiçoar a administração da justiça em nível nacional. Tal garantia no âmbito da proteção judicial (artigos 25 e 8 da Convenção Americana) é muito mais importante do que parece haver-se imaginado até o presente, e requer considerável desenvolvimento jurisprudencial.

¹⁷³ JAYME, Fernando Gonzaga. **Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 69.

¹⁷⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 394.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 394.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 394.

[...]

212. Em matéria de proteção e garantias judiciais, o direito interno dos Estados se aperfeiçoará na medida em que incorpore os padrões de proteção requeridos pelos tratados de direitos humanos. Precisamente para a realização deste propósito – a plena vigência dos direitos humanos – foram concebidos os instrumentos internacionais de proteção. As jurisdições internacional e nacional são co-partícipes nesse labor, e, *a fortiori*, na construção de um meio social mais justo e melhor para todos. Impõe-se uma clara compreensão desta identidade fundamental de propósito, e de suas consequências jurídicas.¹⁷⁷

A propósito de se aperfeiçoar o direito interno, com presente enfoque no processo penal, urge cada vez mais promover-se essa conversação entre o sistema processual penal nacional e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, incluindo-se não só o texto da CADH, mas também a jurisprudência da Corte IDH, com a primazia da norma ou interpretação mais favorável.

Com esse ímpeto de maximização dos reflexos humanizantes sobre o processo penal brasileiro segundo os parâmetros mínimos de proteção consolidados no sistema regional de tutela dos direitos humanos, prossegue-se, adiante, com o estudo das particularidades do controle de convencionalidade interamericano.

2.2.1 Conceito

O controle de convencionalidade pode ser definido como o exame de conformidade de uma norma ou prática interna em relação às normas internacionais de proteção dos direitos humanos, incluindo não somente tratados, mas também a jurisprudência internacional. Apesar de a prática do controle de convencionalidade já fosse comum entre todos os órgãos judiciais ou quase-judiciais de proteção internacional dos direitos humanos, a teoria foi desenvolvida sobretudo perante a Corte IDH.¹⁷⁸

Na definição de Valerio Mazzuoli, o controle de convencionalidade funciona como mecanismo de “compatibilização vertical das normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos (mais benéficos) em vigor no Estado”¹⁷⁹. Ressalta o autor também que, “para além de obrigação convencional, o controle de convencionalidade é também obrigação decorrente da jurisprudência constante da Corte Interamericana de Direitos Humanos”¹⁸⁰.

¹⁷⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. 2. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 148-152.

¹⁷⁸ PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. 3ª ed. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 181.

¹⁷⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 35.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 35.

Para André de Carvalho Ramos, “consiste na análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais)”¹⁸¹¹⁸².

Nesse sentido, além do exame de constitucionalidade, é dever do juiz nacional (não só dele, mas principalmente) controlar convencionalmente as leis e práticas internas:

Para a Corte Interamericana, o juiz nacional, como *longa manus* do Estado, tem o dever de compatibilizar a normativa doméstica com os ditames dos tratados de direitos humanos ratificados e em vigor no Estado, devendo, para tanto, proceder *ex officio* (para além, evidentemente, de quando há iniciativa da parte). Portanto, a atuação do Poder Judiciário no exercício da compatibilidade vertical material (das normas internas relativamente aos comandos dos tratados de direitos humanos em vigor) é sempre direta, para além de não requerer pedido do interessado e, tampouco, autorização constitucional ou legislativa para tanto, pois decorrente da jurisprudência vinculante da Corte Interamericana. Também deverá o magistrado controlar a convencionalidade de forma preliminar, é dizer, antes da análise do mérito do pleito principal. Depois de realizado *ex officio* e preliminarmente, só as sim poderá o juiz passar ao exame de mérito do pedido principal e proferir sentença.¹⁸³

Assim, incumbe “[a]os juízes interamericanos e nacionais, em adição, quanto a estes, ao tradicional controle de constitucionalidade, examinem a compatibilidade entre as normas e práticas nacionais com a Convenção Americana de Direito Humanos”¹⁸⁴, assim como a

¹⁸¹ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 60-61.

¹⁸² Importante mencionar que André de Carvalho Ramos e Valerio Mazzuoli, com enfoques diferentes, divergem quanto às categorias do controle de convencionalidade. O primeiro autor demonstra preferência com a utilização do termo para se referir apenas ao controle de matriz internacional, o qual entende ser a única forma autêntica e definitiva, compreendendo que o controle de matriz nacional seria, além de provisório, um controle de legalidade, supralegalidade ou constitucionalidade, a depender do status conferido ao tratado incorporado (RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 161-163). O segundo autor, por sua vez, à luz do preâmbulo da CADH, considera o controle nacional como primário e o controle internacional como complementar ou coadjuvante ao exercido no âmbito interno dos Estados americanos: “[...] o controle de convencionalidade levado a efeito pelos tribunais internacionais é apenas complementar ao controle (primário) exercido no plano interno. Assim, não é correto dizer que apenas o controle internacional da convencionalidade das leis (realizado pelas instâncias internacionais de direitos humanos) é que seria o verdadeiro controle de convencionalidade, uma vez que tal raciocínio guarda a insuperável incongruência de não reconhecer que é dos próprios tribunais internacionais (v.g., da Corte Interamericana) que decorre a exigência de os juízes e tribunais internos controlarem (em primeira mão, antes de qualquer manifestação internacional sobre o tema) a convencionalidade de suas normas domésticas [...]. O controle de convencionalidade de índole internacional é apenas coadjuvante do controle oferecido pelo direito interno, jamais principal, como, aliás, destaca claramente o segundo considerando da Convenção Americana, que dispõe ser a proteção internacional convencional 'coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos'”. (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Gen/Método, 2016, p. 245)

¹⁸³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 36.

¹⁸⁴ DULITZKY, Ariel E. El impacto del control de convencionalidad: ¿un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos? *In: Tratado de los derechos constitucionales*. RIVERA, Julio César; ELIAS, José Sabastian; GROSMAN, Lucas Sebastian; LEGARRE, Santiago (coord.). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014, p. 533. Disponível em: <https://law.utexas.edu/faculty/publications/2014-El-Impacto-del-Control->

jurisprudência interamericana, “naturalmente, com respeito ao direito (doméstico ou internacional) mais favorável a pessoa”¹⁸⁵. Desse modo, afirma-se que o controle de convencionalidade não pretende que

[...] toda a ordem jurídica seja produto de uma só fonte internacional, cega e surda às incitações surgidas de fontes nacionais de reflexão e decisão, pelo contrário, aspira manter-se continuamente aberto ao diálogo em busca de interpretações cada vez mais elevadas de proteção aos seres humanos.¹⁸⁶

Embora precipuamente, o controle de convencionalidade não tem seu exercício restrito à Corte IDH, como órgão máximo do sistema, tampouco aos juízes nacionais, estendendo-se também às autoridades públicas incumbidas na proteção aos direitos humanos em seus espaços de atuação¹⁸⁷.

Definido o instituto, é essencial explicitar sua base normativa fundante.

2.2.2 Fundamentos normativos

Conforme Eduardo Ferrer Mac-Gregor¹⁸⁸, a abertura ao controle de convencionalidade está fundada normativamente nos arts. 1.1, 2º, 25 e 29 da CADH, assim como nos arts. 26 e 27 da CVDT.

O art. 1.1¹⁸⁹ estabelece aos Estados-Partes as obrigações de respeito aos direitos e liberdades reconhecidos na CADH e garantia de livre e pleno exercício por toda pessoa, sem

[de-Convencionalidad-Un-Cambio-de-Paradigma-en-el-Sistema-Interameri/download](#). Acesso em: 2 dez. 2023. Tradução livre. No original: “exige que los jueces interamericanos e nacionales, em adición estos últimos al tradicional control de constitucionalid, examinen la compatibilidad entre las normas e prácticas nacionles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

¹⁸⁵ SAGÜÉS, Néstor Pedro. El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias com el sistema europeo. *In*: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). **Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales**. México: UNAM, 2011, p. 414. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2023. Tradução livre. No original: “naturalmente, com respeito al derecho (doméstico o internacional) más favorable a la persona.”

¹⁸⁶ BORGES, Bruno Barbosa. **O controle de convencionalidade no sistema interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 148.

¹⁸⁷ RAMÍREZ, Sergio García. El controle judicial interno de convencionalid. *In*: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. **Estudios avanzados de Derechos humanos: democracia e integración jurídica: emergencia de um novo Direito Público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 559.

¹⁸⁸ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control de convencionalid en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *In*: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Controle de Convencionalidade**. Coordenação: Fabiane Pereira de Oliveira Duarte, Fabricio Bittencourt da Cruz, Tarciso Dal Maso Jardim. Brasília: CNJ, 2016, p. 30-33.

¹⁸⁹ Art. 1º. Obrigação de Respeitar os Direitos. 1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou

qualquer discriminação, figurando como “pedra angular sobre a qual repousa o sistema de direitos e liberdades da convenção e, em grande medida, o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos”¹⁹⁰. Numa relação imbricada com o primeiro dispositivo da CADH, o art. 2º¹⁹¹ dispõe o dever dos Estados-Partes de adotarem disposições internas e medidas necessárias para efetivação dos direitos e liberdades previstos no Pacto de San José da Costa Rica. Esse dever de adequação do direito interno às disposições da CADH, assim como às interpretações dela promovidas pela Corte IDH, promove o princípio do efeito útil, como bem alertava Cançado Trindade:

El ejercicio del control de convencionalidad de un tratado de derechos humanos como la Convención Americana puede en mucho contribuir a asegurar que esta última genere sus efectos propios (effet utile) en el derecho interno de los Estados-Partes.¹⁹²

Ainda a respeito do efeito útil, analisando o Caso Fontevecchia y D’amico vs. Argentina, Bruno Barbosa Borges salienta que duas vertentes, segundo a Corte IDH, precisam ser observadas na adequação do direito interno aos padrões estabelecidos na CADH:

[...] a primeira na supressão das normas e práticas de qualquer natureza que envolvam uma violação às garantias previstas na Convenção ou que desconhecem os direitos ali reconhecidos ou obstaculizem seu exercício. Sendo que o Estado deverá promover reforma, derrogação, ou anulação dessas normas ou práticas.
A segunda vertente se dará na aprovação de normas e no desenvolvimento de práticas dirigidas à efetiva observância destas garantias, obrigando o Estado a prevenir a recorrência de violações aos direitos humanos, e por consequência a adotar todas as medidas legais, administrativas e de outro caráter que se façam necessárias para evitar a ocorrência de novas violações.¹⁹³

de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, 1969)

¹⁹⁰ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MÖLLER, Carlos María Pelayo. Parte I – Deberes de los Estados y Derechos protegidos. In: STEINER, Christian; Uribe, Patricia. **Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentarios**. Bolívia: Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 46. Tradução livre. No original: “[...] piedra angular sobre la cual descansa el sistema de derechos y libertades de dicho instrumento e, em gran medida, el Sistema interamericano de Protección de los Derechos Humanos”.

¹⁹¹ Art. 2º. Dever de Adotar Disposições de Direito Interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. (OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, 1969)

¹⁹² OEA. Corte IDH. **Caso Trabajadores Demitidos del Congreso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru**. Solicitação de interpretação de sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 30 de nov. 2007, Série C, nº. 174. § 45. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_174_esp.pdf. Acesso em: 2 dez. 2023.

¹⁹³ BORGES, Bruno Barbosa. **O controle de convencionalidade no sistema interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 139-140.

Ainda segundo Mac-Gregor, na esteira do Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, o art. 25¹⁹⁴ do Pacto de San José da Costa Rica também figura como alicerce normativo para o exercício do controle de convencionalidade judicial, porquanto se refere ao direito a um recurso simples, rápido e efetivo perante os juízes ou tribunais competentes, que proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, estabelecendo um direito à garantia dos direitos fundamentais de fonte nacional e convencional¹⁹⁵.

O art. 29¹⁹⁶ da CADH, por sua vez, prevê a obrigação das autoridades de permitirem, da maneira mais ampla possível, o gozo dos direitos estabelecidos na CADH ou em outros instrumentos nacionais ou internacionais, promovendo a busca por interpretações evolutivas e progressivas.

Finalmente, a CVDT, em seus arts. 26 e 27¹⁹⁷, complementa a obrigatoriedade de cumprimento de todo tratado em vigor e o dever de agir de boa-fé pela satisfação dos objetos perseguidos pela norma internacional (*pacta sunt servanda*), bem como a impossibilidade, salvo exceção do art. 46, de inadimplemento justificado em disposições de direito interno.

Destarte, tais elementos normativos fundamentam, conjuntamente, a existência do controle de convencionalidade.

Explicitados os fundamentos normativos, a análise prosseguirá quanto ao desenvolvimento jurisprudencial da Corte IDH em torno do instituto.

¹⁹⁴ Art. 25. Proteção Judicial. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados-Partes comprometem-se: a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso. (OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, 1969)

¹⁹⁵ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Controle de Convencionalidade**. Coordenação: Fabiane Pereira de Oliveira Duarte, Fabricio Bittencourt da Cruz, Tarciso Dal Maso Jardim. Brasília: CNJ, 2016, p. 30.

¹⁹⁶ Art. 29. Normas de Interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. (OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, 1969)

¹⁹⁷ Artigo 26. Pacta sunt servanda. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé. Artigo 27. Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46. (ONU. **Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados**, 1969)

2.2.3 Evolução jurisprudencial do controle de convencionalidade na Corte IDH

Assim como sugerem Palacios¹⁹⁸ e Ibáñez Rivas¹⁹⁹, a Corte IDH, desde sua primeira sentença no Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, realiza o controle de convencionalidade, ainda que sem se valer do termo exato²⁰⁰. O trabalho da Corte IDH, evidentemente, sempre foi determinar a compatibilidade ou não das normas e práticas internas dos Estados-Partes com os direitos humanos consagrados no *corpus iuris* interamericano. A origem da terminologia, no entanto, não somente formalizou como promoveu reflexos e avanços da teoria.

A busca na base de dados de jurisprudência da Corte IDH²⁰¹ dos termos “control de convencionalidad”, filtrados apenas para sentenças, retornou 132 documentos como resultado. Dessa forma, para explicar o desenvolvimento jurisprudencial do conteúdo e alcance do controle de convencionalidade, a pesquisa adota a divisão desenhada em três etapas por Burgorgue-Larsen²⁰²: a) a primeira, relativa à anterior aproximação conceitual nos votos do juiz Sergio García Ramírez; b) a segunda, com o aparecimento do termo expresso no plenário da Corte IDH; c) a terceira, com os debates acerca da definição do alcance do controle de convencionalidade.

Anteriormente ao estabelecimento do termo na jurisprudência da Corte IDH, as primeiras menções diretas ao controle de convencionalidade remontam a três votos concorrentes fundamentados apresentados pelo juiz Sergio García Ramírez. Em 2003, no Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, García Ramírez ressaltou em seu voto que

[n]ão era possível dividir internacionalmente o Estado, obrigar perante a Corte apenas um ou alguns dos seus órgãos, entregar a estes a representação estatal em juízo – sem

¹⁹⁸ PALACIOS, David Locatón. Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción. In: **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 1389–1418, 2017, p. 1391. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/27730>. Acesso em: 2 dez. 2023.

¹⁹⁹ IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **Anuario de Derechos Humanos**, [S. l.], n. 8, p. 103-113, 2012, p. 104. Disponível em: <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/20555>. Acesso em: 2 dez. 2023.

²⁰⁰ Para Mac-Gregor, ressaltado alguns precedentes anteriores, especialmente no Caso Suárez Rosero vs. Equador (1997), o germe mais claro da doutrina encontra-se no caso Barrios Altos vs. Peru (2001), que constitui o principal caso sobre a não convencionalidade das leis de anistia ou autoanistia. O caso de “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile (2001) também foi importante, pois nele foi realizado pela Corte IDH um controle sobre a constituição do Chile. (MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Controle de Convencionalidade**. Coordenação: Fabiane Pereira de Oliveira Duarte, Fabricio Bittencourt da Cruz, Tarciso Dal Maso Jardim. Brasília: CNJ, 2016, p. 14)

²⁰¹ Disponível em: <https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/>. Acesso em 02 dez. 2023.

²⁰² BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Chronicle of a fashionable theory in Latin America. Decoding the doctrinal discourse on conventionality control. In: HAECK, Yves; RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo; HERRERA, Clara Burbano (org.). **The inter-american court of human rights: theory and practice, present and future**. Cambridge: Intersentia, 2015.

que isso repercute sobre todo o Estado em seu conjunto – e subtrair outros órgãos deste regime convencional de responsabilidade, deixando suas atuações fora do “controle de convencionalidade” que traz consigo a jurisdição da Corte internacional.²⁰³

No Caso *Tibi vs. Equador*, julgado no ano seguinte, García Ramírez retoma a questão, referindo-se novamente ao controle de convencionalidade realizado pela Corte Interamericana num quadro comparativo com as funções dos tribunais constitucionais:

Em certo sentido, a tarefa da Corte se assemelha a que realizam os tribunais constitucionais. Estes examinam os atos impugnados – disposições de alcance geral – à luz das normas, princípios e valores das leis fundamentais. A Corte Interamericana, por sua vez, analisa os atos que chegam ao seu conhecimento em relação com as normas, princípios e valores dos tratados nos quais funda sua competência contenciosa. Em outras palavras, se os tribunais constitucionais controlam a “constitucionalidade”, o tribunal internacional de direitos humanos resolve acerca da “convencionalidade” desses atos. Através do controle de constitucionalidade, os órgãos internos procuram conformar a atividade do poder público – e, eventualmente, de outros agentes sociais – à ordem imposta pelo Estado de Direito numa sociedade democrática. O tribunal interamericano, por sua vez, pretende conformar essa atividade à ordem internacional estabelecida na convenção fundadora da jurisdição interamericana e aceita pelos Estados-Partes no exercício de sua soberania.²⁰⁴

Já no início do ano de 2006, no Caso *López Álvarez vs. Honduras*, García Ramírez outra vez faz alusão ao tema, posicionando-se no sentido de que, “[a]o analisar a complexidade de um assunto, a Corte verifica a compatibilidade entre a conduta do Estado e as disposições da Convenção – é dizer, o órgão que pratica o “controle de convencionalidade [...]”²⁰⁵.

²⁰³ OEA. Corte IDH. **Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala**. Voto concorrente fundamentado do juiz Sergio García Ramírez à sentença de mérito, reparações e custas. Sentença de 25 de nov. 2003. Série C, nº 101, § 27. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf. Acesso em: 3 dez. 2023. Tradução livre. No original: “[n]o es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio – sin que esa representación repercute sobre el Estado en su conjunto – y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.”

²⁰⁴ OEA. Corte IDH. **Caso Tibi vs. Equador**. Voto concorrente fundamentado do juiz Sergio García Ramírez à sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 07 de set. 2004. Série C, nº 114, § 3. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Acesso em: 3 dez. 2023. Tradução livre. No original: “En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados – disposiciones de alcance general – a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público – y, eventualmente, de otros agentes Sociales – al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados-Partes en ejercicio de su soberanía.”

²⁰⁵ OEA. Corte IDH. **Caso López Álvarez vs. Honduras**. Voto fundamentado do juiz Sergio García Ramírez à sentença de mérito, reparações e custas. Sentença de 01 de fev. 2006. Série C, nº 141, § 30. Disponível em:

Essas, então, foram as contribuições do juiz García Ramírez para a aproximação do controle de convencionalidade, especialmente aplicado pela Corte IDH.

No entanto, foi apenas no Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile, em setembro de 2006²⁰⁶, que a Corte IDH adotou formal e colegiadamente, no corpo de sua sentença, o termo “controle de convencionalidade”, consolidando a função que já era exercida, como dito, desde sua primeira sentença proferida no chamado “ciclo hondurenho”, além de expandir tal mister às jurisdições nacionais.

O caso dizia respeito ao homicídio do Sr. Luis Alfredo Almonacid Arellano, em contexto de execução extrajudicial praticada por agentes estatais durante o regime militar chileno, em 17 de setembro de 1973. Almonacid Arellano integrava o Partido Comunista e, diante da falta de investigação e punição dos responsáveis, limitadas pela legislação interna que anistiou as Forças Armadas do Chile em 1978, seus familiares denunciaram os fatos à CIDH em setembro de 1998, sendo o caso submetido à jurisdição da Corte IDH após frustradas as tentativas de solução amistosa da demanda.²⁰⁷

A Corte IDH, em sentença, declarou a nulidade da Lei de Anistia Chilena, estabelecendo que, nos casos em que o poder legislativo falha em sua tarefa de suprimir leis contrárias à CADH, o poder judiciário permanece obrigado a respeitar e garantir os direitos protegidos pela Convenção, incumbindo-lhe o dever de realizar o controle de convencionalidade, a fim de que os juízes garantam que os efeitos das disposições do Pacto de San José da Costa Rica não sejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e finalidade. A Corte IDH entendeu ainda que o controle de convencionalidade pelo poder judiciário não se limitaria ao texto do tratado, mas também à interpretação que a própria Corte IDH fizesse como intérprete final da Convenção.²⁰⁸ Confira-se trecho da decisão:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf. Acesso em: 3 dez. 2023. Tradução livre. No original: “[a]l analizar la complejidad del asunto, la Corte que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención --es decir, el órgano que practica el ‘control de convencionalidad’[...]”.

²⁰⁶ Importante destacar que, na mesma sessão de setembro de 2006, no Caso Vargas Areco vs. Paraguai, o juiz García Ramírez, em outro voto fundamentado, elucidou que “o controle de convencionalidade [está] fundado no confronto entre o fato praticado e as normas da Convenção Americana”. (OEA. Corte IDH. **Caso Vargas Areco vs. Paraguai**. Voto fundamentado do juiz Sergio García Ramírez à sentença de mérito. Sentença de 26 de set. 2006. Série C, nº 155, § 6º). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_155_esp.pdf. Acesso em: 3 dez. 2023. Tradução livre. No original: “[...] el ‘control de convencionalidad’ fundado em la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana [...]”.

²⁰⁷ PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. 3ª ed. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 181.

²⁰⁸ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Controle de Convencionalidade**. Coordenação: Fabiane Pereira de Oliveira Duarte, Fabricio Bittencourt da Cruz, Tarciso Dal Maso Jardim. Brasília: CNJ, 2016, p. 16-17.

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.²⁰⁹

Conforme destaca Bruno Barbosa Borges, o caso em epígrafe, para além da consagração da função exercida pela Corte IDH, “representa uma inovação, ao inaugurar um segundo nível de controle de convencionalidade – difuso²¹⁰, em que a Corte demanda aos juízes nacionais que inapliquem de ofício normas internas opostas à Convenção e à jurisprudência interamericana.”²¹¹

Assim, o Caso *Almonacid Arellano* foi o ponto de partida para posteriores avanços e definições dos alcances do controle de convencionalidade.

Nessa direção evolutiva, ainda no mês de novembro de 2006, no Caso *Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*, a Corte IDH reforçou o entendimento anterior e apresentou alguns aspectos sobre o controle de convencionalidade: i) é de aplicação oficiosa por todos os órgãos do poder judiciário; ii) deve ser exercido dentro do marco de suas respectivas competências e regulamentações processuais correspondentes, considerando pressupostos formais e materiais de admissibilidade e procedência; iii) é complementar ao controle de constitucionalidade; iv) é de aplicação também em eventual contexto de impedimentos normativos e práticos para assegurar um acesso real a justiça, bem como em situações generalizadas de ausência de garantias e ineficácia das instituições

²⁰⁹ OEA. Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 26 de set. 2006, Série C, nº. 154. § 124. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_por.pdf. Acesso em: 2 dez. 2023.

²¹⁰ Consoante aponta Borges, o controle de convencionalidade pode se manifestar de duas formas: “uma de caráter concentrada, também denominada externa, em sede internacional, original, própria, complementária, suplementaria ou desde cima, realizada pela Corte Interamericana, tanto no exercício da jurisdição contenciosa como na consultiva; e outra de caráter difusa, também chamada de interna, em sede nacional, primária ou desde baixo, concretizada por juízes nacionais e quaisquer autoridades públicas”, dentro de suas respectivas competências e respeitadas as regulamentações procedimentais aplicáveis. (BORGES, Bruno Barbosa. **O controle de convencionalidade no sistema interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 163-165)

²¹¹ BORGES, Bruno Barbosa. **O controle de convencionalidade no sistema interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 150-151.

judiciais.²¹² Na mesma ocasião, em voto concorrente fundamentado, Cançado Trindade, então juiz da Corte IDH, também fez menção ao controle de convencionalidade como um mecanismo de implementação dos direitos humanos a nível nacional²¹³.

Tal como indica Ibáñez Rivas²¹⁴, a jurisprudência firmada até então foi reiterada no Caso La Cantuta vs. Peru ainda no ano de 2006, assim como no ano seguinte, em 2007, no Caso Boyce e outros vs. Barbados²¹⁵. Em 2008, os parâmetros jurisprudenciais do controle de convencionalidade foram citados unicamente no Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. No ano de 2009, a Corte reiterou a jurisprudência sobre a matéria no Caso Rosendo Radilla Pacheco vs México. Em 2010, a doutrina jurisprudencial a respeito do controle de convencionalidade foi

²¹² “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”⁷⁷ 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. 129. En conclusión, la Corte observa que este caso ocurrió en un contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales para afrontar hechos como los del presente caso. En ese contexto, y en particular el clima de inseguridad jurídica propiciado por la normativa que limitaba la impugnación respecto del procedimiento de evaluación y eventual cesación de las presuntas víctimas, es claro que éstas no tenían certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que se consideraran vulnerados, fuera administrativa, contencioso administrativa o de amparo.” (OEA. Corte IDH. **Caso Trabajadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru**. Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de nov. 2006, Série C, nº. 158. §§ 128 e 129. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: 3 dez. 2023)

²¹³ “Como vengo sosteniendo hace tantos años, los recursos efectivos de derecho interno, a los cuales se refieren expresamente determinadas disposiciones de los tratados de derechos humanos, integran la propia protección internacional de los derechos humanos [...]. O sea, los órganos del Poder Judicial de cada Estado-Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana. El caso de los Trabajadores Cesados del Congreso plantea la cuestión, para estudios futuros sobre el tema del acceso a la justicia, si la falta de claridad en cuanto al conjunto de los recursos internos puede también conllevar a una denegación de justicia. (OEA. Corte IDH. **Caso Trabajadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru**. Voto fundamentado do juiz Cançado Trindade à sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de nov. 2006, Série C, nº. 158. §§ 2º e 3º. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: 3 dez. 2023)

²¹⁴ IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **Anuario de Derechos Humanos**, [S. l.], n. 8, p. 103-113, 2012, p. 108. Disponível em: <https://anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/20555>. Acesso em: 3 dez. 2023.

²¹⁵ Neste caso, a Corte IDH entendeu que o controle de convencionalidade deveria ser realizado sobre todas as normas do sistema jurídico doméstico, inclusive as normas constitucionais. (MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Controle de Convencionalidade**. Coordenação: Fabiane Pereira de Oliveira Duarte, Fabricio Bittencourt da Cruz, Tarciso Dal Maso Jardim. Brasília: CNJ, 2016, p. 17; IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. **Control de convencionalidad**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, p. 57, nota 156) No mesmo sentido, foi decidido no Caso Olmedo Bustos e outros vs. Chile.

desenvolvida nos casos Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia; Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai; Fernández Ortega e outros vs. México; Rosendo Cantú e outra vs. México; Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia; Vélez Lloor vs. Panamá; Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil²¹⁶ e Cabrera García e Montiel Flores vs. México.

O Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México merece destaque nesta linha evolutiva jurisprudencial, pois a Corte IDH decidiu ampliar os atores responsáveis pelo exercício do controle de convencionalidade, estendendo “aos juízes e órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis”²¹⁷. Além disso, a Corte IDH também reconheceu uma função positiva ou construtiva²¹⁸ do controle de convencionalidade, por meio da qual “releituras adaptativas do direito nacional deverão ser promovidas de forma harmonizante, numa interpretação conforme, distinguindo, no âmbito interno, interpretações convencionais de interpretações inconventionais”²¹⁹.

Prosseguindo no desenvolvimento da teoria ainda a respeito de quem teria a obrigação de controlar a convencionalidade, a Corte IDH, no Caso Gelman vs. Uruguai, em 2011, afiançou que tal responsabilidade recairia sobre toda autoridade pública, e não apenas ao poder judiciário:

A simples existência de um regime democrático não garante, per se, o permanente respeito do Direito Internacional, incluindo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que foi assim considerado inclusive pela própria Carta Democrática Interamericana. A legitimação democrática de determinados fatos ou atos numa sociedade está limitada pelas normas e obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos reconhecidos em tratados como a Convenção Americana, de modo que a existência de um verdadeiro regime democrático está determinada por suas características tanto formais como substantivas, motivo pelo qual particularmente em casos de graves violações às normas do Direito Internacional, a proteção dos direitos humanos constitui um limite intransponível à regra de maiorias, isto é, à esfera do “suscetível de ser decidido” por parte das maiorias em instâncias democráticas, nas

²¹⁶ Neste importante caso, segundo leciona PALACIOS, a Corte IDH frisou que decisões judiciais, e não apenas leis de anistia, também poderiam ser submetidas ao controle de convencionalidade, reiterando que a Corte era a intérprete última da CADH. (PALACIOS, David Lovatón. Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción. In: **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 1389–1418, 2017, p. 1393. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/27730>. Acesso em: 3 dez. 2023)

²¹⁷ Tradução livre. No original: “[...] los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia em todos los niveles [...]” (OEA. Corte IDH. **Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México**. Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 26 de nov. 2010, Série C, nº. 220. § 225. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em 3 dez. 2023)

²¹⁸ SAGÜÉS, Néstor Pedro. El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). **Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales**. México: UNAM, 2011, p. 385. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2023.

²¹⁹ BORGES, Bruno Barbosa. **O controle de convencionalidade no sistema interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 153.

quais também deve primar um “controle de convencionalidade”, que é função e tarefa de qualquer autoridade pública e não apenas do Poder Judiciário.²²⁰

Ainda segundo os estudos de Ibáñez Rivas²²¹, a jurisprudência construída pela Corte IDH foi reiterada no ano de 2012 em seis sentenças, nos Casos Atala Riffo e Crianças vs. Chile; Furlan e Familiares vs. Argentina; Massacres do Rio Negro vs. Guatemala; Massacres de El Mozote e Lugares Vizinhos vs. El Salvador; Gudiel Álvarez e outros vs. Guatemala; e Massacre de Santo Domingo vs. Colombia.

No Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diário Militar”) vs. Guatemala, a Corte IDH realizou uma ampliação do parâmetro de controle, que pode ser chamado de bloco de convencionalidade²²², não se limitando à CADH e à jurisprudência contenciosa da Corte, englobando também outros tratados de direitos humanos dos quais o Estado seja parte²²³.

²²⁰ OEA. Corte IDH. **Caso Gelman vs. Uruguai**. Sentença de mérito e reparações. Sentença de 24 de fev. 2011, Série C, nº. 221. § 239. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_por.pdf. Acesso em: 4 dez. 2023.

²²¹ IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **Anuario de Derechos Humanos**, [S. l.], n. 8, p. 103-113, 2012, p. 108. Disponível em: <https://anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/20555>. Acesso em: 4 dez. 2023.

²²² Nos dizeres de Mazzuoli, “[t]odo o *corpus* formal (tratados e costumes) e jurisprudencial *lato sensu* (sentenças e opiniões consultivas) presente em determinado entorno geográfico integra aquilo que se nomina ‘bloco de convencionalidade’, e que deve servir de paradigma e referencial ético a juízes e tribunais nacionais quando do exercício de compatibilização das normas domésticas com as do sistema internacional (global ou regional) de proteção dos direitos humanos. [...] O bloco de convencionalidade *lato sensu* – composto das fontes formais do direito internacional dos direitos humanos e das decisões (sentenças e opiniões consultivas) da corte regional de proteção respectiva – dialoga com o bloco de constitucionalidade estatal sempre no sentido de ampliar o gozo dos direitos e liberdade consagrados em ambos os ordenamentos (o internacional e o interno).” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 54-55)

²²³ OEA. Corte IDH. **Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diário Militar”)**. Sentença de mérito, reparações e custas. Sentença de 20 nov. 2012, Série C, nº. 253, § 330. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_253_esp1.pdf. Acesso em: 4 dez. 2023. No mesmo sentido, OEA. Corte IDH. **Caso Massacres do Rio Negro vs. Guatemala**. Sentença de exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 4 set. de 2012, Série C, nº. 250, § 262. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf. Acesso em: 4 dez. 2023. Vale ressaltar que a questão já tinha sido objeto de voto fundamentado do juiz García Ramírez no Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru: “En la especie, al referirse a un “control de convencionalidad” la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos.” (OEA. Corte IDH. **Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru**. Voto fundamentado do juiz García Ramírez em sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de nov. 2006, Série C, nº. 158. § 2º. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: 4 dez. 2023)

Posteriormente, os marcadores foram expandidos para incluírem também as opiniões consultivas da Corte IDH como parte de sua jurisprudência²²⁴.

Em 2013, conforme Ibáñez Rivas²²⁵, foram prolatadas três sentenças que abordaram a matéria do controle de convencionalidade: *Casos Mendoza e outros vs. Argentina*; *García Cruz e Sánchez Silvestre vs. México*; e *J. vs. Peru*.

No ano de 2014, durante o julgamento do *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, a Corte IDH esclareceu o que se denomina como “atipicidade dos meios do controle de convencionalidade”, decidindo que:

[...] embora a Corte reconheça a importância desses órgãos como protetores dos mandatos constitucionais e dos direitos fundamentais, a Convenção Americana não impõe um modelo específico para realizar um controle de constitucionalidade e de convencionalidade. Assim, a Corte recorda que a obrigação de exercer um controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana compete a todos os órgãos do Estado, incluindo seus juízes e demais órgãos vinculados à administração de justiça em todos os níveis.²²⁶

Por ocupar espaço central da própria função precípua da Corte IDH, a jurisprudência acerca do controle de convencionalidade foi reiterada em muitos casos julgados nos anos seguintes, tais como, *López Lone e outros vs. Honduras*; *Ruano Torres e outros vs. El Salvador*; *Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*; *García Ibarra e outros vs. Ecuador*; *Tenorio Roca e outros vs. Peru*, sem contar medidas provisórias expedidas e em resoluções de supervisão de cumprimento de sentenças.

²²⁴ Las "interpretaciones" a esta normatividad convencional no solo comprenden las realizadas en las sentencias pronunciadas en los "casos contenciosos", sino tambien las interpretaciones efectuadas en las demas resoluciones que emita. Asi, quedan comprendidas las interpretaciones realizadas al resolver sobre "medidas provisionales"; sobre "supervision de cumplimiento de sentencias" o, incluso, sobre la instancia de solicitud de "interpretacion de la sentencia" en terminos del articulo 67 del Pacto de San Jose. Asimismo, debe comprender las interpretaciones derivadas de las "opiniones consultivas" a que se refiere el articulo 64 del citado Pacto, debido, precisamente, a que tiene como finalidad "la interpretacion de esta Convencion o de otros tratados concernientes a la proteccion de los derechos humanos en los Estados Americanos". (MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. In: **Opus Magna Constitucional Guatemalteco**, 2011, p. 314-315. Disponível em: www.corteidh.or.cr/tablas/27751.pdf. Acesso em: 2 dez. 2023) No mesmo sentido, a Corte IDH, na Opinião Consultiva nº 21 de 2014, reafirmou a necessidade de observância pelos órgãos de Estado, quando do controle interno de convencionalidade, também das interpretações obtidas no exercício da competência consultiva. (OEA. Corte IDH. **Opinião Consultiva nº 21**, de 19 de agosto de 2014, Série A, nº. 21, § 31. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf. Acesso em: 4 dez. 2023)

²²⁵ IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **Anuario de Derechos Humanos**, [S. l.], n. 8, p. 103-113, 2012, p. 108. Disponível em: <https://anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/20555>. Acesso em: 4 dez. 2023.

²²⁶ OEA. Corte IDH. **Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname**. Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 30 jan. 2014, Série C, nº. 276, § 124. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/76dc0db310925e305df1def0e12c9ee7.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2023.

De todo o exposto, em suma, conclui-se que a) além da Corte IDH, toda autoridade pública é responsável por exercer, ainda que de ofício, o controle de convencionalidade em face de normas ou práticas estatais; b) os filtros de convencionalidade não se restringem à CADH, incluindo-se os demais tratados e convenções de direitos humanos dos quais sejam partes os Estados, assim como as interpretações alcançadas pelas Corte IDH sobre estes e aquela, seja na função contenciosa ou consultiva; c) a CADH não impõe um modelo específico para o exercício do controle de convencionalidade; d) a Corte IDH, embora seja a intérprete última, é responsável pela aplicação subsidiária e complementar do controle de convencionalidade;

2.2.4 As finalidades do controle de convencionalidade

A partir da evolução histórica e jurisprudencial, adicionalmente aos *standards* de aplicação, é de suma importância enfatizar as finalidades do controle de convencionalidade.

Segundo a doutrina de Ibáñez Rivas²²⁷, o controle de convencionalidade tem um escopo preventivo em matéria de respeito e garantia dos direitos humanos. Dessa forma, atua na prevenção de violações de direitos humanos e de descumprimento das correspondentes obrigações estatais, sejam elas positivas ou negativas.

Assim sendo, “a aplicação séria do controle de convencionalidade por parte da autoridade pública mantém a vigência do caráter complementar e/ou subsidiário do Sistema Interamericano, evitando-se uma situação de sobrecarga ou de incapacidade de resposta [...]”²²⁸.

O segundo objetivo indicado pela autora é o fortalecimento do diálogo judicial entre as cortes nacionais e a corte interamericana, originado do protagonismo que assumem os funcionários vinculados à administração da justiça como garantidores dos direitos humanos.

Assumido o compromisso de cumprimento do tratado internacional que o Estado seja parte, é dever, não somente, mas sobretudo do juiz nacional, realizar a filtragem de conformidade das normas e práticas domésticas tendo em conta o *corpus juris* interamericano e a jurisprudência da Corte IDH. Por outro lado, é possível que a Corte IDH dialogue com

²²⁷ IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **Anuario de Derechos Humanos**, [S. l.], n. 8, p. 103-113, 2012, p. 69-78. Disponível em: <https://anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/20555>. Acesso em: 5 dez. 2023.

²²⁸ IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **Anuario de Derechos Humanos**, [S. l.], n. 8, p. 103-113, 2012, p. 69. Disponível em: <https://anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/20555>. Acesso em: 5 dez. 2023. Tradução livre. No original: “La seria aplicación del control de convencionalidad por parte de la autoridad pública mantiene la vigencia del carácter complementario y/o subsidiario del Sistema interamericano, evitando una situación de sobrecarga o de incapacidad de respuesta [...]”.

decisões de tribunais nacionais ou mesmo de outras cortes internacionais para analisar e decidir casos submetidos à sua jurisdição²²⁹.

Afastando-se da pretensão de uniformização jurídica numa fonte internacional, o diálogo entre as jurisdições nacionais e o sistema interamericano deve ser bidirecional, de modo que as reflexões racionais contribuem para o fortalecimento do sistema protetivo dos direitos humanos na região²³⁰. A Corte IDH, vale lembrar, estabelece parâmetros mínimos protetivos que devem ser observados pelos Estados-Partes, o que não impede que estes promovam internamente proteção em nível mais abrangente e influenciem, numa perspectiva de interação plural e evolutiva, na criação de novo *standard* interamericano a solucionar um caso ulterior²³¹. Em razão disso,

[d]outrinariamente, a consequência do reconhecimento da internacionalização e universalização dos direitos humanos consiste, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, no encerramento da dicotomia entre as teorias monista e dualista. O direito interno e o direito internacional, conforme leciona Cançado Trindade, formam um todo indivisível; interagem objetivando a máxima proteção da pessoa humana.²³²

Relacionada à finalidade antecedente, Ibáñez Rivas, fazendo referência a Sagüés²³³, defende que o controle de convencionalidade também tem o objeto instrumental de construir um *ius commune* interamericano em matéria de direitos humanos. O diálogo entre as jurisdições internas e a Corte IDH produz, inevitavelmente, um sistema integrado de proteção de direitos humanos, o que não se confunde com uma busca cega por homogeneização entre os Estados-Partes, desprezando-se suas particularidades. Nesse sentido, o *ius commune* interamericano funciona como um piso sobre o qual os estados podem erguer uma estrutura protetiva mais ampla²³⁴.

²²⁹ Citam-se, como exemplos, o Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras e o Caso Massacre de Mapiripán vs. Colômbia.

²³⁰ IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **Anuario de Derechos Humanos**, [S. l.], n. 8, p. 103-113, 2012, p. 77. Disponível em: <https://anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/20555>. Acesso em: 5 dez. 2023.

²³¹ BORGES, Bruno Barbosa. **O controle de convencionalidade no sistema interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 165.

²³² JAYME, Fernando Gonzaga. **Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 190.

²³³ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. In: **Revista Estudios Constitucionales**, vol. 8, núm. 1, 2010, p. 273 e p. 275, *apud* IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **Anuario de Derechos Humanos**, [S. l.], n. 8, p. 103-113, 2012, p. 77. Disponível em: <https://anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/20555>. Acesso em: 5 dez. 2023.

²³⁴ *Ibid.*, p. 78.

A respeito da observância dessa base mínima interamericana de proteção, faz-se necessário o debate, no tópico seguinte, sobre a força vinculante da jurisprudência da Corte IDH.

2.2.5 A força vinculante da jurisprudência da Corte IDH

Antes de apresentar as razões pelas quais a jurisprudência da Corte IDH detém força vinculante para todos os Estados-Partes, oportuna uma digressão em torno da eficácia subjetiva do controle de convencionalidade. A pergunta que se pretende responder é: a jurisprudência da Corte IDH tem efeito *erga omnes* ou somente *inter partes*?

Alguns autores como Dulitzky²³⁵ e Vítolo²³⁶ compreendem que a CADH faz previsão apenas da eficácia *inter partes* das sentenças proferidas pela Corte IDH, surtindo efeitos somente ao Estado-Parte processado internacionalmente.

Todavia, de acordo com David Palacios, a Corte IDH, com necessária prudência, poderia interpretar extensivamente seus poderes, mesmo porque, ao longo de sua construção jurisprudencial, o que se fez foi exatamente a ampliação do conteúdo dos direitos humanos previstos nos instrumentos interamericanos, assim como a consagração de novos direitos a partir daqueles, tais como, o direito de acesso à informação pública e direitos dos povos indígenas.²³⁷

²³⁵ “En ninguna parte del texto convencional surge que la jurisprudencia de la Corte sea obligatoria para los Estados parte de la Convención que no hayan sido parte en el litigio ni que los tribunales nacionales deban respetar tal jurisprudencia. A través de la teoría del control de convencionalidad la Corte transforma al derecho internacional en un sistema de precedentes, similar al common law (...) El art. 68.1 claramente dice que “los Estados-Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”, pero no en casos en los que no son partes.” (DULITZKY, Ariel E. El impacto del control de convencionalidad: ¿un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos? *In: Tratado de los derechos constitucionales*. RIVERA, Julio César; ELIAS, José Sabastian; GROSMAN, Lucas Sebastian; LEGARRE, Santiago (coord.). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014, p. 547-548. Disponível em: <https://law.utexas.edu/faculty/publications/2014-El-Impacto-del-Control-de-Convenionalidad-Un-Cambio-de-Paradigma-en-el-Sistema-Interameri/download>. Acesso em: 6 de dez. 2023)

²³⁶ “Este criterio de la Corte Interamericana violenta el consentimiento otorgado por los estados cuando, a través de la Convención Americana, establecieron el tribunal y le fijaron sus atribuciones, limitando su soberanía al otorgarle a la Corte ciertas competencias. Es precisamente por esta última razón que no resulta posible interpretar las atribuciones de la Corte Interamericana en forma extensiva, yendo más allá de lo que los estados pudieron haber pretendido e interpretado al celebrar el tratado.” (VÍTOLO, Alfredo M. Una novedosa categoría jurídica: el «querer ser». Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del «control de convencionalidad». *In: Pensamiento Constitucional*, n° 18, 2013, p. 365. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8961/9369>. Acesso em: 6 dez. 2023)

²³⁷ PALACIOS, David Lovatón. Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción. *In: Revista Direito e Práxis*, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 1389–1418, 2017, p. 1405. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/27730>. Acesso em: 6 dez. 2023

Ainda segundo o autor, defendendo, em outras palavras, uma espécie de mutação convencional²³⁸ do art. 68.1 da CADH, a literalidade da redação do dispositivo não é o único método hermenêutico a ser levado em conta, pois a característica evolutiva e expansiva dos direitos humanos, à luz da dignidade da pessoa humana, implica o desenvolvimento e a atualização do sentido de interpretação e aplicada do Pacto de San José da Costa Rica. Ademais, o art. 69 da CADH prevê que, além da notificação das partes no caso julgado, a sentença deve ser transmitida aos Estados-Partes na Convenção, cujo escopo é, evidentemente, a cientificação a respeito da interpretação realizada²³⁹.

Assim, nas lições de Ibáñez Rivas, há duas manifestações da obrigação estatal de exercer do controle de convencionalidade, à luz da resolução de supervisão de cumprimento da sentença do Caso Gelman vs. Uruguai²⁴⁰, do ano de 2013: i) a primeira, de efeitos *inter partes*, “quando

²³⁸ Sagiús a define como “una interpretación mutativa por adición que ha hecho la Corte del Pacto, explicable para fortalecer el sistema interamericano de los derechos humanos, incluyendo a la autoridad de la propia Corte.” Em nota, o autor explica que: “En la interpretación mutativa por adición, el texto normativo (em el caso, el Pacto de São José da Costa Rica) permanece inalterado, pero su contenido se amplía por voluntad del intérprete-operador (em el caso, se le suma la obligación de los jueces nacionales de inaplicar el derecho interno opuesto al Pacto, e a la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el Pacto, u a interpretar el derecho interno conforme al Pacto y a esa jurisprudencia).” (SAGÜÉS, Néstor Pedro. El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). **Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales**. México: UNAM, 2011, p. 384. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>. Acesso em: 6 dez. 2023).

²³⁹ Mazzuoli aduz que o art. 69 da CADH: “[...] tem finalidade claramente educativa, principalmente no caso da ação conta o Estado ser julgada procedente, uma vez que a notificação de uma sentença da Corte aos demais Estados-Partes na Convenção mostra a estes Estados que uma nova condenação ali ocorrera por conta de uma violação estatal de direitos humanos, que eventualmente pode encontrar similitude em atos seus (desses outros Estados-Partes) da mesma natureza.” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: pacto de San José da Costa Rica**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 412)

²⁴⁰ Sobre essa dupla manifestação, assim decidiu a Corte IDH: “[...] es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional. En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el caso Gelman. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho

existe uma sentença internacional com caráter de coisa julgada em face de um Estado [e de todos os seus órgãos] que tenha sido parte em caso submetido à jurisdição da Corte IDH”²⁴¹; ii) a segunda, de efeitos *erga omnes*, nas hipóteses em que o Estado não tenha sido parte no precedente internacional estabelecido, mas que, por ser Estado-Parte da CADH, todas suas autoridades públicas e órgãos estão obrigados pelo tratado a exercerem o controle de convencionalidade tendo em conta o próprio tratado e os precedentes jurisprudenciais da Corte IDH²⁴².

Ainda em sede de resolução de supervisão de cumprimento da sentença do Caso Gelman vs. Uruguai, em 2013, o juiz Mac-Gregor, em voto fundamentado, fez distinção entre os efeitos diretos para as partes do processo internacional (*res judicata*) e indiretos para os Estados-Partes da CADH (*res interpretata*²⁴³) da sentença interamericana e sua relação com o controle de convencionalidade. Oportuna a transcrição de alguns trechos:

La sentencia interamericana, en tanto adquiere la autoridad de la cosa juzgada internacional, despliega los contenidos y efectos de la sentencia en dos dimensiones: a) de manera subjetiva y directa hacia las partes en la controversia internacional; y b) de manera objetiva e indirecta hacia todos los Estados Parte en la Convención Americana.

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 una eficacia erga omnes hacia todos los Estados Parte de la Convención, en la medida en que todas las autoridades nacionales quedan vinculados 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

de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.” (OEA. Corte IDH. **Caso Gelman vs. Uruguai**. Resolución de cumplimiento de sentencia. Resolución de 20 mar. 2013, §§ 67 a 69. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf. Acesso em: 6 dez. 2023)

²⁴¹ IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **Anuario de Derechos Humanos**, [S. l.], n. 8, p. 103-113, 2012, p. 67-68. Disponível em: <https://anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/20555>. Acesso em: 6 dez. 2023.

²⁴² *Ibid.*, p. 68.

²⁴³ Cf. FUCHS MARINO, T.; COIMBRA DE CARVALHO, L. A doutrina da *res interpretata* no sistema interamericano de direitos humanos: diferenciais, potencialidades e desafios. In: **Revista Direitos humanos e Democracia**, [S. l.], v. 8, n. 16, p. 75-94, 2020. DOI: 10.21527/2317-5389.2020.16.75-94. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/9737>. Acesso em: 6 dez. 2023.

“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.
[...]

Para el debido cumplimiento de la Sentencia en el Caso Gelman, el Tribunal Interamericano consideró necesario explicitar el diverso grado de eficacia que producen las sentencias interamericanas, dependiendo si el Estado-Parte de la Convención ha sido parte material en el proceso internacional.¹⁰⁶ Lo anterior es fundamental para distinguir la “eficacia vinculante” que adquiere el fallo para el Estado uruguayo, que comprende la sentencia en su integridad —res judicata— (véase supra párrs. 34 a 42); de la diversa “eficacia vinculante” indirecta derivada de la misma Sentencia y proyectada hacia todos los Estados Parte de la Convención Americana —res interpretata— (véase supra párrs. 43 a 66).²⁴⁴

Vale salientar que tal posicionamento já havia constado, brevemente, da sentença do Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile²⁴⁵, bem como há muito era defendido pelos juízes Sérgio García Ramírez²⁴⁶ e Antônio Augusto Cançado Trindade²⁴⁷.

Particularmente sobre a jurisprudência da Corte IDH, Cançado Trindade sustentava o papel da Corte IDH de salvaguarda efetiva dos direitos humanos e fortalecimento dos indivíduos como sujeitos de direitos em face do Estado:

²⁴⁴ OEA. Corte IDH. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Voto fundamentado do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor à resolução de cumprimento de sentença. Resolução de 20 mar. 2013, §§ 31-33 e § 70. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf. Acesso em: 6 dez. 2023)

²⁴⁵ “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.” Tradução livre. (OEA. Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 26 de set. 2006, Série C, nº. 154. § 124. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_por.pdf. Acesso em 6 dez. 2023)

²⁴⁶ “Dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y operación de la Corte, no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional --lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos--, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares. La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el “criterio de interpretación y aplicación”, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida --insisto-- merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales.” (OEA. Corte IDH. **Caso Trabajadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru**. Voto fundamentado do juiz Sérgio García Ramírez à sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de nov. 2006, Série C, nº. 158. § 8º. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: 6 dez. 2023)

²⁴⁷ “El ejercicio de la garantía colectiva por los Estados-Partes en la Convención no debería ser sólo reactivo, cuando se produjera el incumplimiento de una sentencia de la Corte, sino también proactivo, en el sentido de que todos los Estados-Partes adoptaran previamente medidas positivas de protección en conformidad con la normativa de la Convención Americana. Es indudable que una sentencia de la Corte es ‘cosa juzgada’, obligatoria para el Estado demandado en cuestión, pero también es ‘cosa interpretada’, válida erga omnes partes, en el sentido de que tiene implicaciones para todos los Estados-Partes en la Convención, en su deber de prevención. Sólo mediante un claro entendimiento de esos puntos fundamentales lograremos construir un orden público interamericano basado en la fiel observancia de los derechos humanos.” (OEA. Corte IDH. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Voto fundamentado do juiz Mac-Gregor à resolução de cumprimento de sentença. Resolução de 20 de março de 2013, § 76. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf. Acesso em: 6 dez. 2023)

126. A jurisprudência da Corte Interamericana tem buscado assegurar a proteção efetiva (*effet utile*) dos direitos consagrados na Convenção Americana. Tem, ademais, se mostrado dinâmica, acompanhando a evolução dos tempos, de modo a atender a novas necessidades de proteção. De sua parte, a Corte tem adotado uma posição firme ao lidar com questões-chave de interpretação e aplicação da Convenção Americana, tais como as atinentes ao direito de petição individual", e a sua própria base jurisdicional em matéria contenciosa". A Corte tem deixado claro que estas questões dizem respeito a cláusulas pétreas - correspondentes aos pilares básicos - do mecanismo de proteção da Convenção Americana, por meio do qual se realiza a emancipação do indivíduo vis-à-vis seu próprio Estado; por conseguinte, quaisquer tentativas de minar aqueles pilares, ou privá-los de eficácia, são claramente inadmissíveis.

127. A jurisprudência protetora da Corte Interamericana tem efetivamente contribuído à criação de uma *ordre public* internacional na região, baseada na observância dos direitos humanos. Em um continente marcado por incertezas e ameaças constantes aos direitos humanos, a jurisprudência evolutiva da Corte tem efetivamente estabelecido limites ao voluntarismo estatal, tem salvaguardado a integridade da Convenção Americana, e tem fortalecido a posição dos indivíduos como sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotados de plena capacidade processual internacional.²⁴⁸

Diante do exposto, é de se concluir que o juiz “se vincula àquilo que foi assumido (pela via da ratificação) no plano internacional, ficando também adstrito ao que a Corte Interamericana entende ser a sua correta interpretação”²⁴⁹, já que o que “define a integração da jurisprudência da Corte IDH é a interpretação que ela realiza do *corpus iuris* interamericano com a finalidade de criar um *standard* na região sobre sua aplicação e efetividade.”²⁵⁰ Dessa forma, “a inobservância das normas convencionais e de suas interpretações desencadeia a responsabilização do Estado pelo descumprimento do tratado, configurando um ilícito internacional.”²⁵¹ Por outro lado, é possível que o magistrado decida fundamentadamente por não aplicar determinado precedente interamericano por meio de *distinguishing*²⁵², por exemplo.

²⁴⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. 3. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 108-109.

²⁴⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 38.

²⁵⁰ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. In: **Opus Magna Constitucional Guatemalteco**, 2011, p. 315. Disponível em: www.corteidh.or.cr/tablas/27751.pdf. Acesso em: 6 dez. 2023.

²⁵¹ BORGES, Bruno Barbosa. **O controle de convencionalidade no sistema interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 166.

²⁵² “A técnica da distinção (*distinguishing*) dos casos não equivale a desrespeitar ou deixar de obedecer a jurisprudência da Corte IDH. A doutrina lembra que os casos retirados da jurisprudência da Corte IDH devem adequar-se ao contexto em que serão utilizados. Essa missão pertence ao juiz nacional. Cabe ao Judiciário determinar sua aplicabilidade ou não (*distinguishing*) aos casos da Corte IDH, sempre de maneira fundamentada.” (FONSÊCA, Vitor Moreira da. **Processo civil e direitos humanos: o controle de convencionalidade no processo civil**. 2017. 194 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 92-93). Também nesse sentido, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru**, Uruguai. Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli (coord.). 1ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 82-85.

O que não pode ser mais tolerado é a prática de se ignorar solenemente a jurisprudência da Corte IDH.

Sendo assim, para fins da presente pesquisa, adota-se o entendimento de que o controle de convencionalidade envolve conhecer e aplicar todos os *standards* jurisprudenciais mínimos fixados nos precedentes da Corte IDH, ainda que o Brasil não tenha sido processado por determinado assunto perante a jurisdição interamericana²⁵³, ressalvado, por óbvio, os casos em que a proteção interna seja mais ampla que o firmado pela CADH e pela jurisprudência da Corte IDH.

Baseado nessas premissas teóricas, o foco do trabalho será, doravante, a proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 A proteção dos Direitos humanos no direito brasileiro

De acordo com Flávia Piovesan, “o processo de democratização, iniciado no Brasil a partir de 1985, não apenas implicou transformações no plano interno, mas acenou com mudanças na agenda internacional do Brasil”²⁵⁴. Nesse cenário de compromisso internacional e adesão a grande parte dos tratados e convenções, a proteção dos direitos humanos era caminho inevitável à redemocratização após o período de autoritarismo no país, assim como a democracia o era para o pleno exercício dos direitos humanos.

Não sem razão, a Constituição brasileira de 1988, logo em seu art. 1º, III, firma a relação imbricada entre democracia e os direitos humanos, prevendo a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito, abrindo-se permanentemente ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

²⁵³ Nesse sentido, é a defesa de SANTOS: “O Brasil aderiu ao Pacto de San José da Costa Rica, que instituiu a corte interamericana de direitos humanos. Deve haver, então, uma abertura cognitiva no sistema judicial brasileiro, para que as decisões dessa corte sejam inseridas no âmbito interno, tendo em vista a razão transversal consubstanciada na proteção de direitos do homem. Por isso, as decisões da corte interamericana devem ser introjetadas no sistema brasileiro, independentemente de o Brasil ser parte diretamente interessada nos processos dos quais elas resultaram. Ora, ao aderir ao sistema regional, o Brasil optou por unir-se em um bloco internacional, conjugando com os países membros valores em comum e, principalmente, subordinando-se às decisões da corte. Por isso, não pode furtar-se a obedecer aos ditames desse órgão internacional. Desse modo, as normas internas devem se adequar à jurisprudência da corte interamericana, sendo consideradas inválidas nos casos de incompatibilidades, por meio de um controle de convencionalidade.” (RODRIGUES SANTOS, Hugo Leonardo. Transconstitucionalismo e sistema interamericano de proteção de direitos humanos: necessidade de abertura cognitiva para uma razão transversal no sistema constitucional brasileiro. *In: Revista Thesis Juris*, [S. l.], v. 5, n. 3, p. 732–747, 2016. DOI: 10.5585/rtj.v5i3.490. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/9914>. Acesso em: 7 dez. 2023.

²⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 403.

Além da dignidade da pessoa humana, que, para Peter Häberle, ocupa espaço de “norma e tarefa”²⁵⁵, a Constituição de 1988 elegeu a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios reitores das relações internacionais da República Federativa do Brasil (art. 4º, II), assim como a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, IX), fez o compromisso de integração latino-americana (art. 4º, § único), permitiu a abertura ampliada dos direitos humanos de aplicabilidade imediata (art. 5º, §§ 1º e 2º), estabeleceu a possibilidade de aprovação de tratados e convenções internacionais de direitos humanos com *status* de emendas constitucionais (art. 5º, § 3º) – a despeito das críticas que serão apresentadas adiante, previu a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha aderido (art. 5º, § 4º)²⁵⁶ e garantiu instrumentalmente a proteção de tais direitos (*vide* art. 34, VII, “b”, e art. 60, § 4º, IV).²⁵⁷

Ainda, registrou-se no art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) que o Brasil propugnaria “pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”.

A abertura brasileira à proteção dos direitos humanos, por certo, acompanhou, e ainda acompanha, o processo de incorporação normativas internacionais na ordem jurídica interna, razão pela qual se mostra pertinente, para os objetivos do presente trabalho, o estudo sobre a internalização e a hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil.

2.3.1 Incorporação e hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil

2.3.1.1 Processo de incorporação dos tratados de direitos humanos no Brasil

A Constituição de 1988 prevê competir privativamente ao Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional” (art. 84, VIII), assim como dispõe ser da competência exclusiva do Congresso

²⁵⁵ “[...] a dignidade humana é aqui a ‘norma e tarefa’, pretensão e realidade, fundamento de validade de uma Constituição viva e sempre um novo resultado de cada Constituição vivida – em última instância, cada Homem e a humanidade nela contida decide, ele próprio, sobre o futuro da dignidade humana.” (HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 102)

²⁵⁶ Cf. VOLPINI, Carla Ribeiro; LIMA, Renata Mantovani de. Uma análise da proteção dos direitos humanos pela constituição brasileira após a emenda constitucional nº 45/2004: o caso TPI. *In*: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 61, pp. 127 - 147, jul./dez. 2012.

²⁵⁷ BORGES, Bruno Barbosa. **O controle de convencionalidade no sistema interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 82.

Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 49, I)²⁵⁸. A participação dos poderes executivo e legislativo na formação da vontade do Estado brasileiro em celebrar tratados, de modo que a negativa por um deles seja suficiente a impedir a incorporação na ordem jurídica interna²⁵⁹, foi denominada pela doutrina como teoria da junção de vontades ou teoria dos atos complexos²⁶⁰, “resultante da conjugação de duas vontades homogêneas”²⁶¹.

Segundo André de Carvalho Ramos, o processo de incorporação do tratado na ordem jurídica interna compõe-se de quatro fases: i) assinatura; ii) apreciação congressional; iii) ratificação; iv) e promulgação.

A fase da assinatura abrange desde as negociações dos termos do tratado, quando ainda possíveis, até a assinatura do seu texto pelo Estado, sendo permitida ainda a adesão a tratados já existentes. Nessa etapa, o Presidente da República desempenha um papel central, manifestando a “predisposição em celebrar, no futuro, o texto do tratado”²⁶², podendo atuar diretamente como Chefe de Estado ou por meio de representantes autorizados pelo art. 7º da CVDT²⁶³, como é o caso do Ministro das Relações Exteriores. Após a assinatura do tratado, o Estado não assume compromissos imediatos²⁶⁴, mas é orientado pelo princípio da boa-fé a

²⁵⁸ Acerca dos aspectos históricos e os debates da constituinte sobre o processo de internalização de tratados internacionais, cf. MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. A constituição de 1988 e o poder de celebrar tratados. In: **Revista de informação legislativa**, v. 45, n. 179, p. 89-126, jul./set. 2008. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160460/Constituicao_1988_poder.pdf?sequence=6&isAllowed=y. Acesso em: 7 dez. 2023.

²⁵⁹ “[...] não pode o Presidente da República é manifestar o consentimento definitivo, em relação ao tratado, sem o abono do Congresso Nacional. Esse abono, porém, não o obriga à ratificação. Isso significa, noutras palavras, que a vontade nacional, afirmativa quanto à assunção de um compromisso externo, repousa sobre a vontade conjugada dos dois poderes políticos. A vontade individualizada de cada um deles é necessária, porém não suficiente.” (RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 149)

²⁶⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 149.

²⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1480 MC**, Relator(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04-09-1997, DJ 18-05-2001 PP-00435 EMENT VOL-02031-02 PP-00213, p. 245.

²⁶² RAMOS, André de Carvalho. *op. cit.*, p. 149.

²⁶³ Art. 7º - Plenos Poderes: 1. Uma pessoa é considerada representante de um Estado para a adoção ou autenticação do texto de um tratado ou para expressar o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado se: a) apresentar plenos poderes apropriados; ou b) a prática dos Estados interessados ou outras circunstâncias indicarem que a intenção do Estado era considerar essa pessoa seu representante para esses fins e dispensar os plenos poderes. 2. Em virtude de suas funções e independentemente da apresentação de plenos poderes, são considerados representantes do seu Estado: a) os Chefes de Estado, os Chefes de Governo e os Ministros das Relações Exteriores, para a realização de todos os atos relativos à conclusão de um tratado; b) os Chefes de missão diplomática, para a adoção do texto de um tratado entre o Estado acreditante e o Estado junto ao qual estão acreditados; c) os representantes acreditados pelos Estados perante uma conferência ou organização internacional ou um de seus órgãos, para a adoção do texto de um tratado em tal conferência, organização ou órgão.

²⁶⁴ Ressalvados os acordos-executivos, segundo Rezek. (REZEK, José Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. In: **Revista de informação legislativa**, v. 41, n. 162, p. 121-148, abr./jun. 2004, p. 131-138.)

evitar a prática de atos que possam prejudicar o objeto e a finalidade do tratado²⁶⁵. Com a assinatura do tratado, o Presidente, se julgar conveniente e oportuno²⁶⁶, encaminhará ao Congresso Nacional, mediante mensagem, o interior teor do pretenso compromisso e a exposição de motivos elaborada pelo Ministro das Relações Exteriores²⁶⁷.

Na etapa de apreciação congressual, que se inicia na Câmara dos Deputados, conforme art. 64, *caput*, da CRFB/88, caso a matéria seja aprovada tanto nesta casa quanto no Senado Federal, o Presidente do Senado promulga e publica o decreto legislativo, que inclui o texto do tratado, ficando “o Presidente da República autorizado a celebrar em definitivo o tratado por meio da ratificação ou ato similar”²⁶⁸. Nesta fase, igualmente, não há um prazo fixado para início ou conclusão da análise do texto pelo poder legislativo. No caso de rejeição da matéria por qualquer das Casas Legislativas, o processo se encerra com uma comunicação ao Presidente da República²⁶⁹. E mais, desde que não tenha sido ratificado no plano internacional, entende-se possível a retratação pelo Congresso Nacional de um tratado internacional que tenha contado anteriormente com a aprovação do poder legislativo²⁷⁰²⁷¹.

Ainda sobre a fase da análise congressual, questão que precisou ser enfrentada pela doutrina foi se, após a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 (EC nº 45/04), o Congresso Nacional deveria sempre observar o disposto no § 3º do art. 5º da CRFB/88 quando da apreciação de tratados internacionais de direitos humanos. Na visão de Valerio Mazzuoli²⁷², o

²⁶⁵ Art. 18 - Obrigação de Não Frustrar o Objeto e Finalidade de um Tratado antes de sua Entrada em Vigor: Um Estado é obrigado a abster-se da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado, quando: a) tiver assinado ou trocado instrumentos constitutivos do tratado, sob reserva de ratificação, aceitação ou aprovação, enquanto não tiver manifestado sua intenção de não se tornar parte no tratado; ou b) tiver expressado seu consentimento em obrigar-se pelo tratado no período que precede a entrada em vigor do tratado e com a condição de esta não ser indevidamente retardada.

²⁶⁶ Não há prazo legal ou obrigação de se submeter o texto do tratado ao exame congressual, ressalvada a regra prevista na Constituição da Organização Internacional do trabalho que dispõe no art. 19.5.b que: “cada um dos Estados-Membros compromete-se a submeter, dentro do prazo de um ano, a partir do encerramento da sessão da Conferência (ou, quando, em razão de circunstâncias excepcionais, tal não for possível, logo que o seja, sem nunca exceder o prazo de 18 meses após o referido encerramento), a convenção à autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza;”

²⁶⁷ REZEK, José Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. *In: Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 162, p. 121-148, abr./jun. 2004, p. 138.

²⁶⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 149.

²⁶⁹ REZEK, José Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. *In: Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 162, p. 121-148, abr./jun. 2004, p. 140.

²⁷⁰ REZEK, José Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. *In: Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 162, p. 121-148, abr./jun. 2004, p. 141.

²⁷¹ Após ratificação, será possível, a depender da espécie do tratado, denunciá-lo, conforme arts. 56 e 70 da CVDT. A respeito da denúncia, o STF decidiu ser imprescindível, para que se produza efeitos no ordenamento jurídico interno, a aprovação pelo Congresso Nacional. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC nº 39**, Relator(a): Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Julgado em 19-06-2023, processo eletrônico dje-S/N, divulg 17-08-2023, public 18-08-2023)

²⁷² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 92-96.

Congresso não está obrigado a submeter o tratado de direitos humanos a *quorum* qualificado, sendo possível a aprovação pelo procedimento comum, por maioria simples, ficando a seu critério a escolha procedimental. Ademais, segundo o autor, é possível que o Congresso, posteriormente, submeta tratado já aprovado por maioria simples ao procedimento qualificado, a fim de lhe atribuir *status* de equivalência à emenda constitucional:

O que o parágrafo faz é tão somente *autorizar* o Congresso Nacional a dar, quando lhe convier, a seu alvedrio e a seu talante, a ‘equivalência de emenda’ aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Isso significa que tais instrumentos internacionais poderão continuar sendo aprovados por maioria simples no Congresso Nacional (segundo a regra do art. 49, I, da Constituição), deixando-se para um momento futuro (depois da ratificação) a decisão do povo brasileiro em atribuir a equivalência de emenda a tais tratados internacionais. Sequer de passagem a Constituição obriga o Parlamento a dar cabo ao procedimento referendatário pela maioria qualificada estabelecida no art. 5º, § 3º, sendo discricionariedade do Poder Legislativo a aprovação do tratado com ou sem este *quorum* especial.²⁷³

Na terceira etapa, independentemente de aprovação congressual pelo procedimento comum ou equivalente ao de emenda constitucional, cabe ainda ao Presidente da República ratificar o tratado ou convenção, tratando-se de ato discricionário. A ratificação é o ato por meio do qual, segundo o art. 14.1 do CVDT, o Estado consente “em obrigar-se por um tratado”, significa a celebração definitiva do tratado, como bem explica André de Carvalho Ramos:

Aprovado o Decreto Legislativo, o Presidente da República, querendo, pode, em nome do Estado, celebrar em definitivo o tratado. Para a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, a celebração definitiva de um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado (artigo 11). Com a exceção da assinatura (caso dos acordos-executivo), todas essas formas de manifestações expressam o consentimento definitivo exarado pelo Chefe de Estado após a aprovação congressual. Em geral, a ratificação em tratados bilaterais ocorre pela via da troca de notas; já os tratados multilaterais ou plurilaterais são ratificados pelo depósito do instrumento de ratificação perante um dos Estados parte ou organização internacional, designados para tal mister pelo próprio tratado.²⁷⁴

Embora com a ratificação já se tenha vigor no âmbito internacional para o Estado, ressalvada exigência outra para tanto (p. ex., fixação de termo, número mínimo de assinaturas etc.), é imprescindível, para que haja vigor no ordenamento jurídico interno, a promulgação

²⁷³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 92.

²⁷⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 149.

mediante decreto executivo do Presidente da República, o qual não tem prazo para sua edição²⁷⁵. Nesse sentido, a despeito de forte oposição da doutrina²⁷⁶, é o entendimento do STF:

Todos sabemos que o decreto presidencial, que sucede à aprovação congressual do ato internacional e à troca ou depósito dos instrumentos de ratificação, revela-se – enquanto momento culminante do processo de incorporação desse ato internacional ao sistema jurídico doméstico – manifestação essencial e insuprimível, especialmente se considerados os três efeitos básicos que lhe são pertinentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.²⁷⁷

Assim, a partir da adoção constitucional pela teoria da junção de vontades ou dos atos complexos, em vista da participação dos poderes executivo e legislativo na incorporação dos tratados internacionais na ordem jurídica interna, conclui-se que tal processo se desdobra em quatro etapas (assinatura, apreciação congressual, ratificação e promulgação).

Conhecido o processo de internalização, cumpre, ainda, abordar a questão da hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil.

2.3.1.2 Hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil

Uma vez incorporado ao ordenamento jurídico doméstico, cabe entender qual é o *status* hierárquico de um tratado internalizado no Brasil, assunto esse que provocou e ainda provoca intensos debates na doutrina e na jurisprudência do STF.

Há ao menos quatro correntes principais sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos: natureza supraconstitucional; natureza constitucional; natureza de lei ordinária federal; e natureza supralegal.

²⁷⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 150.

²⁷⁶ Embora o STF adote uma posição dualista, reconhecendo a existência de sistemas normativas separados (o nacional e o internacional), sendo, portanto, imprescindível um ato normativo interno que reproduza o conteúdo do tratado, autores como Mazzuoli, Ramos e Piovesan, sob uma perspectiva monista, defendem que os ordenamentos doméstico e internacional constituem único sistema normativo, de modo que os tratados de direitos humanos são incorporados automaticamente após a ratificação e devem ser aplicados de imediato, sobretudo em razão do art. 5º, § 1º, da CRFB/88. (cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Poder legislativo e os tratados internacionais: o treaty-making power na Constituição brasileira de 1988. *In: Revista de informação legislativa*, v. 38, n. 150, p. 27-53, abr./jun. 2001, p. 40 e p. 47; RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 150-151; PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 126.)

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1480 MC**, Relator(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04-09-1997, DJ 18-05-2001 PP-00435 EMENT VOL-02031-02 PP-00213, p. 247.

Conforme ensina Flávia Piovesan, desde 1977²⁷⁸, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, tendo como relator para o acórdão o Min. Cunha Peixoto, o STF consagrou a concepção de que os tratados internacionais possuíam natureza hierárquica de lei ordinária federal²⁷⁹. José Francisco Rezek, resumindo o raciocínio adotado no julgado de que uma lei posterior (Decreto- Lei nº 427/69) poderia derrogar um tratado anterior (Lei Uniforme de Genebra), assim abordou o assunto:

De setembro de 1975 a junho de 1977, estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do recurso extraordinário 80.004, em que assentada por maioria a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano, deve ter sua prevalência garantida pela Justiça – apesar das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional. [...] Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária a sua estatura no ordenamento jurídico.²⁸⁰

Referida tese de paridade entre tratado e lei ordinária federal, embora anterior à redemocratização, continuou a orientar a jurisprudência do STF nos primeiros anos após promulgação da Constituição de 1988. No HC nº 72.131/RJ, julgado em votação não unânime²⁸¹ em 1995, chegou a decidir que a CADH tinha *status* de lei ordinária e, por isso, a disposição do art. 7.7 do Pacto de San José da Costa Rica, relativa à proibição da prisão civil por dívida, exceto no caso de inadimplemento de obrigação alimentar, estaria subordinada ao texto constitucional do art. 5º, LXVII, da CRFB/88, que, em sua literalidade, permitia a prisão civil do depositário infiel.

Ao longo dos anos, tal posicionamento foi reiterado pelo STF²⁸², persistindo, porém, as críticas e propostas de outros doutrinadores.

²⁷⁸ Anteriormente a 1977, os precedentes do STF se aproximavam mais à tese da primazia da norma de direito internacional sobre o direito interno (cf. Apelações Cíveis nº 7.872, julgada em 11.10.1943, Rel. Min. Philadelpho Azevedo, e nº 9.587, julgada em 21.8.1951, Rel. Min. Orozimbo Nonato).

²⁷⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 138.

²⁸⁰ REZEK, José Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. *In: Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 162, p. 121-148, abr./jun. 2004, p. 143.

²⁸¹ Segundo esclarecimentos de André de Carvalho Ramos: “à época, os Ministros Marco Aurélio, relator originário, Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence votaram pela concessão da ordem, ou seja, pela prevalência da Convenção Americana de Direitos Humanos; já pelo indeferimento votaram os Ministros Moreira Alves, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão, Celso de Mello, Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Néri da Silveira, formando -se a maioria. O relator para o acórdão foi o Min. Moreira Alves”. (RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 151)

²⁸² Cf. ADI-MC nº 1.480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.5.2001; HC nº 79.870/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 20.10.2000; HC nº 77.053/SP, Rel. Min. Mauricio Corrêa; DJ 4.9.1998; RE nº 206.482/SP, Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJ 5.9.2003; RHC nº 80.035/SC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.8.2001; HC nº 81.319-4/GO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.8.2005.

Uma dessas propostas²⁸³, inspirada no monismo jurídico de Kelsen e a partir de uma ideia de primazia do direito internacional sobre o direito interno, na esteira dos arts. 26 e 27 CVDT, reconhece que os tratados de direitos humanos têm *status* supraconstitucional, de maneira que as normas constitucionais não prevalecem sobre as normativas de direitos humanos.

Por outro lado, na defesa pela natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, vertente encabeçada por Cançado Trindade, entende que o propósito constitucional, fazendo uma interpretação sistemática e teleológica dos §§ 1º e 2º do art. 5º da CRFB/88²⁸⁴, não é outro senão “o de assegurar a aplicabilidade direta [...] da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional”²⁸⁵. De acordo com o magistério do citado autor:

Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é Parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os parágrafos 2 e 1 do artigo 5 da Constituição Brasileira de 1988, pela primeira vez entre nós a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídica interno. É esta a interpretação correta do artigo 5(2) da Constituição brasileira vigente, que abre um campo amplo e fértil para avanços nesta área, ainda lamentavelmente em grande parte desperdiçado.

[...]

O artigo 5(2) da Constituição brasileira tem o mérito de não se restringir expressamente a determinados tratados de direitos humanos; sua formulação é suficientemente abrangente, devendo assegurar, – em combinação com o artigo 5(1), - a pronta aplicação direta de toda a normativa internacional de proteção dos direitos humanos que vincula o Brasil, elevada que se encontra a nível constitucional. Se há algum problema, reside este na falha de vontade de setores do Poder Judiciário de assegurar aquela aplicação direta; não se trata de problema de direito, senão de vontade (*animus*).²⁸⁶

Partindo das mesmas premissas, Flávia Piovesan compreende que, à luz do art. 5º, § 2º, a Constituição atribuiu natureza de norma materialmente constitucional aos direitos enunciados

²⁸³ Em defesa dessa posição, cf. GORDILLO, Agustín. **Derechos humanos: doctrina, casos y materiales: parte general**. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1990, p. 53 e p. 55; PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de direito internacional público**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 103 e p. 117; MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 20-27.

²⁸⁴ Art. 5º [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º 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. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988)

²⁸⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. 3. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 624.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 623-625.

nos tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte²⁸⁷, integrando o denominado “bloco de constitucionalidade”. Nos dizeres da autora:

A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto no Texto Constitucional. [...] Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado “bloco de constitucionalidade”, densificando a regra constitucional positivada no § 2º do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta.

[...]

Insiste-se que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, reconhecendo-lhe natureza de norma constitucional.²⁸⁸

Com linha de raciocínio muito similar, Valerio Mazzuoli argumenta também que “os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm *status* de norma constitucional, em virtude do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição”²⁸⁹, uma vez que “na medida em que a Constituição não exclui os direitos humanos provenientes de tratados, é porque ela própria os inclui em seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu ‘bloco de constitucionalidade’ e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional”²⁹⁰.

No mesmo sentido, André de Carvalho Ramos assevera

[...] ser inegável o estatuto diferenciado dos tratados internacionais de direitos humanos, em face do disposto especialmente no artigo 1º, *caput*, e inciso III (estabelecimento do Estado Democrático de Direito e consagração da dignidade humana como fundamento da República), e ainda em face do artigo 5º, § 2º. Assim, os tratados de direitos humanos possuem natureza constitucional.²⁹¹

Em suma, enquanto os tratados internacionais de direitos humanos apresentariam valor de norma constitucional para tal corrente, os demais tratados teriam hierarquia infraconstitucional por inteligência do art. 102, III, alínea “b”, da CRFB/88.

Nesse cenário controvertido, com o fim de dar uma resposta aos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais diametralmente opostos, editou-se a EC nº 45/04, denominada

²⁸⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 130.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 132-133, p. 142-143.

²⁸⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 96.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 96.

²⁹¹ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 154.

“Reforma do Poder Judiciário”, que, dentre inúmeras modificações, acrescentou o § 3º ao art. 5º do texto constitucional, prevendo:

§ 3º 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.

No entanto, a duplicidade procedimental para aprovação do tratado de direitos humanos não foi salutar aos princípios que regem as relações internacionais do Brasil e da segurança jurídica, estabelecendo tratamentos distintos para uma mesma espécie normativa internacional.²⁹²²⁹³

Na visão de Valerio Mazzuoli, portanto, os tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil seja o Brasil têm *status* de norma materialmente constitucional, por força do art. 5º, § 2º, da CRFB/88, mas podem ser formalmente constitucionais, equivalentes às emendas constitucionais, desde que aprovados pelo procedimento especial do art. 5º, § 3º, da CRFB/88, quer tenham sido ratificados anterior ou posteriormente à EC nº 45/04²⁹⁴. Para o autor, a equivalência de emenda constitucional implicaria três efeitos: i) reforma à Constituição; ii) impossibilidade de denúncia do tratado; iii) paradigma para “controle concentrado de convencionalidade”, permitindo aos legitimados para ajuizamento de ações de controle concentrado a invalidação, com efeitos abstratos e *erga omnes*, de leis incompatíveis.²⁹⁵

Por fim, além das concepções acima explicitadas, uma quarta corrente defende que os tratados de direitos humanos que não foram internacionalizados com *status* de equivalência a

²⁹² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 95.

²⁹³ Ainda em tom de crítica ao § 3º do art. 5º da CRFB/88, RAMOS relembra que: “CANÇADO TRINDADE, em contundente voto em separado no Caso Damião Ximenes, da Corte Interamericana de Direitos humanos, criticou duramente o citado parágrafo, que seria, na sua visão, ‘mal concebido, mal redigido e mal formulado, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo § 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988’. Para o atual Juiz da Corte Internacional de Justiça, a redação do parágrafo terceiro, no tocante aos tratados anteriormente aprovados, criou ‘um imbróglio tão a gosto de publicistas estatocêntricos, insensíveis às necessidades de proteção do ser humano; em relação aos tratados a aprovar, cria a possibilidade de uma diferenciação tão a gosto de publicistas autistas(sic.) e míopes, tão pouco familiarizados – assim como os parlamentares que lhes dão ouvidos, – com as conquistas do Direito Internacional dos Direitos humanos’. Para sintetizar, CANÇADO TRINDADE o denomina ‘aberração jurídica’.” (RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 153.)

²⁹⁴ Nesse aspecto, diverge Flávia Piovesan para quem “os tratados ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo, ou seja, anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004, têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais”, sobretudo em razão da teoria geral da recepção. (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 132-133; p. 150-151.)

²⁹⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *op. cit.*, p. 98-99.

emendas constitucionais, embora estejam abaixo da constituição, ocupam espaço hierárquico de supralegalidade.

A ideia da supralegalidade teve sua primeira menção antes mesmo da EC nº 45/04, em voto do então Ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento do RHC nº 79.785/RJ, no ano 2000, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso, cuja matéria de fundo era o alcance da garantia do duplo grau de jurisdição, nos termos da CADH, em processo de competência originária do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro²⁹⁶.

No referido julgado, o Ministro Relator rechaçou, de plano, o entendimento de que a CADH teria prevalência sobre a Constituição (vertente supraconstitucional), porém teorizou sobre os tratados de direitos humanos serem incorporados ao ordenamento jurídico interno com natureza supralegal. Confira-se trecho do voto que ilustrou seu raciocínio:

Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADIN 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção aos direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente as leis.

Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como a recepção das anteriores a Constituição (cf. Hans Kelsen, Teoria Geral, cit, p. 255).

Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil à inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.

Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim – aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (e. q., Memorial cit., ibidem, p. 43) e pela ilustrada Flávia Piovesan (A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Interno) – a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.²⁹⁷

Após a EC nº 45/04, o STF, sob impacto da inserção do § 3º do art. 5º da CRFB/88²⁹⁸, foi instado a enfrentar outra vez a temática da hierarquia dos tratados internacionais de direitos

²⁹⁶ A temática do duplo grau de jurisdição será, oportunamente, explorada no capítulo seguinte.

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC nº 79.785/RJ**, Relator(a): Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 29-03-2000, DJ 22-11-2002, p. 300-301.

²⁹⁸ Impacto esse diminuto até o presente momento com a aprovação de apenas quatro tratados de direitos humanos com equivalência a emendas constitucionais: a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (Decreto nº 6.949/2009); o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para ter Acesso ao Texto Impresso, concluído no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI (Decreto nº 9.522/2018); e a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (Decreto nº 10.932/2022)

humanos no RE nº 466.343-1/SP, cujo julgamento, iniciado em 2006, foi concluído no ano de 2008.

A questão que se discutiu foi a prisão civil por dívida nos contratos de alienação fiduciária em garantia, o que, na visão do Min. Rel. Cezar Peluso, seria inconstitucional, pois configuraria um alargamento das hipóteses textualmente excepcionadas no art. 5º, LXVII, da CRFB/88, a saber, inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

A tese, no entanto, da supralegalidade foi reavivada pelo Min. Gilmar Mendes. Em voto emblemático, diante da antinomia entre o art. 7.7 da CADH e o art. 5º, LXVII, da CRFB/88, defendeu o Ministro que os tratados internacionais comuns ainda guardariam paridade com as leis ordinárias, enquanto os de direitos humanos teriam um regime jurídico peculiar, pois se enquadravam “num nível hierárquico intermediário: abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional”²⁹⁹, consagrando o que se denominou como teoria do duplo estatuto. Em sua manifestação, o Min. Gilmar Mendes, reconhecendo ser interessante a proposta da teoria de equiparação às normas constitucionais, entendeu que a discussão se viu esvaziada pela inserção do § 3º ao art. 5º da CRFB/88, pois os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à promulgação da EC nº 45/04, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não poderiam ser comparados às normas constitucionais. Por outro lado, destacou que “a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico”³⁰⁰, e acrescentou que “a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil”³⁰¹, o que justificava uma superação jurisprudencial pela Corte Suprema. Assim, retomando a tese levantada pelo Min. Sepúlveda Pertence no RHC nº 79.785/RJ, a experiência do direito comparado na Constituição Alemã (art. 25), na Constituição Francesa de 1958 (art. 55), na Constituição da Grécia de 1975 (art. 28) e no Reino Unido com o *European Communities Act* de 1972, bem como a sistemática de prevalência dos tratados internacionais sobre a legislação tributária infraconstitucional (art. 98 do CTN), o Min. Gilmar Mendes concluiu que:

²⁹⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 138-139.

³⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 466.343-1/SP**, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03-12-2008, DJ 04-06-2009, p. 39.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 39.

Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.

É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

[...]

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916.

Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

De qualquer forma, o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos humanos - Pacto de San José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC nº 45/2004, conferindo-lhes status de emenda constitucional.³⁰²

Ainda por ocasião do julgamento do RE nº 466.343-1/SP, o Min. Celso de Mello reavaliou o entendimento por ele adotado anteriormente na ADI 1.480-MC/DF sobre o grau hierárquico dos tratados de direitos humanos, posicionando-se no sentido da orientação “que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos”³⁰³. Durante os debates, após indagação do Min. Cezar Peluso acerca do que deveria ser feito quando um tratado que tutelasse determinado direito humano tivesse adesão pelo Brasil, o Min. Celso de Mello respondeu, brilhantemente:

Deveremos interpretar a convenção internacional e promover, se for o caso, o controle de convencionalidade dos atos estatais internos ou domésticos, em ordem a impedir

³⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 466.343-1/SP**, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03-12-2008, DJ 04-06-2009, p. 55-56.

³⁰³ *Ibid.*, p. 132.

que a legislação nacional transgrida as cláusulas inscritas em tratados internacionais de direitos humanos.³⁰⁴

Enfim, à unanimidade, o STF negou provimento ao recurso extraordinário, fixando orientação de que a prisão civil por dívida no Brasil seria possível apenas no caso de inadimplemento de obrigação alimentícia, prevalecendo-se, na fundamentação, a teoria da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, não obstante as ressalvas de entendimento dos “Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que conferiam aos tratados de direitos humanos *status* constitucional”³⁰⁵.

Sendo assim, prevalece hoje no Brasil a teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos: “supralegal para os que não foram aprovados pelo rito especial do artigo 5º, § 3º, quer sejam anteriores ou posteriores à EC n. 45/2004 e constitucional para os aprovados de acordo com o rito especial”³⁰⁶.

É verdade que as críticas persistem por aqueles que defendem o *status* de constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, o que certamente conferiria maior grau de proteção a tais direitos e seguiria a tendência de outros países da América Latina e da Europa. Todavia, não se pode negar a importância da virada jurisprudencial promovida pelo STF com a tese de supralegalidade ao garantir um regime privilegiado aos tratados de direitos humanos não incorporados com equivalência às emendas constitucionais no âmbito nacional. Fato é que os tratados de direitos humanos incorporados pelo Brasil são hierarquicamente superiores à legislação ordinária e, por isso, são parâmetros para o exercício do controle de convencionalidade³⁰⁷.

³⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 466.343-1/SP**, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03-12-2008, DJ 04-06-2009, p. 207.

³⁰⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 155.

³⁰⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 155.

³⁰⁷ Dissertando sobre os modos de controle convencionalidade no direito brasileiro, Marinoni explica que: “O controle de compatibilidade da lei com os tratados internacionais de direitos humanos pode ser feito mediante ação direta, perante o Supremo Tribunal Federal, quando tratado foi aprovado de acordo com o §3º do art. 5º da Constituição Federal. Obviamente, estes tratados também constituem base ao controle difuso. No atual sistema normativo brasileiro, os tratados que possuem *status* normativo supralegal apenas abrem oportunidade ao controle difuso. O exercício do controle da compatibilidade das normas internas com as convencionais é um dever do juiz nacional, podendo ser feito a requerimento da parte ou mesmo de ofício”. O autor ainda destaca a possibilidade do STF realizar o controle difuso, em face de direito supralegal, mediante recurso extraordinário, tal como ocorreu no RE nº 466.343-1/SP. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro)**. In: **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru**, Uruguai. Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli (coord.). 1ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 66-67.) Ainda complementando a distinção entre as modalidades de controle de convencionalidade no âmbito brasileiro, em voto do Rel. Min. Ribeiro Dantas, o STJ decidiu que a cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CRFB/88) deve ser observada somente no caso de tratado

Assim, nessa perspectiva de coordenação interativa entre processo, democracia e proteção dos direitos humanos, insere-se o controle de convencionalidade das leis no direito brasileiro como mecanismo que amplia o espectro protetivo dos direitos humanos no processo penal, superando a “linguagem legislada domesticamente pelo Estado”³⁰⁸. Nessa mesma linha, defende André de Carvalho Ramos:

O risco aos direitos humanos gerado pela adoção do positivismo nacionalista é visível, no caso de as normas locais (inclusive as constitucionais) não protegerem ou reconhecerem determinado direito ou categoria de direitos humanos. O exemplo nazista mostra a insuficiência da fundamentação positivista nacionalista dos direitos humanos.³⁰⁹

Projeta-se, então, o reforço protetivo no âmbito do processo penal com a aproximação dos debates na esfera do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tanto no campo principiológico, como nos efeitos jurídicos decorrentes do controle de convencionalidade como mais uma ferramenta limitante ao poder punitivo.

Portanto, retomando a assertiva de que o processo penal, no ordenamento jurídico pátrio, somente é legítimo se inserido no modelo constitucional, democrático e, acrescente-se, convencional, as normas processuais domésticas, para além da constitucionalidade, devem ser filtradas e integradas com as disposições dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos³¹⁰, com especial relevância, na presente pesquisa, à CADH e aos precedentes da Corte IDH, os quais têm força vinculante.

As repercussões da filtragem de convencionalidade, mormente das previsões contidas na CADH, contribuem para a reafirmação do processo penal como mecanismo de legitimação democrática e limitação do poder punitivo estatal, impedindo interpretações que excluam ou limitem direitos e garantias inerentes ao ser humano e ao sistema democrático.

ou convenção incorporada sob o regime do art. 5º, § 3º, da CRFB/88. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp nº 1.640.084/SP**, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 15-12-2016, Dje 1º-2-2017)

³⁰⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 14.

³⁰⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 83.

³¹⁰ Não foi outra diretriz do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em janeiro de 2022, quando editou a Recomendação nº 123, orientando que os órgãos do Poder Judiciário brasileiro observem os tratados e convenções internacionais de Direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos humanos. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 123**, de 7 de janeiro de 2022. Ministro Luiz Fux. Brasília, DF. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1519352022011161dda007f35ef.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2023). No ano anterior, o CNJ instituiu a Unidade de Monitoramento e Fiscalização de Decisões e Deliberações da Corte Interamericana de Direitos humanos, mediante Resolução nº 364, de 12 de janeiro de 2021. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 364**, de 12 de janeiro de 2021. Ministro Luiz Fux. Brasília, DF. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3659>. Acesso em: 1 nov. 2023.)

Dito isso, avança-se para o propósito principal da pesquisa que é dialogar com esse modelo e aperfeiçoá-lo mediante as contribuições advindas do controle de convencionalidade sobre o duplo grau de jurisdição, delineadas, principalmente, pela Corte IDH.

Transita-se, assim, à terceira parte do estudo relativo às principais discussões a respeito do duplo grau de jurisdição, para que, em seguida, seja apresentado os *standards* mínimos construídos jurisprudencialmente pela Corte IDH, especialmente no recorte da pesquisa, a saber, a reforma da sentença absolutória em recurso da acusação apreciado em segunda instância.

3 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO PROCESSO PENAL

Quando o assunto é o sistema recursal brasileiro os debates são intensos e infundáveis. Afinal, como conciliar processo justo e celeridade? Há vinte anos, o poder constituinte reformador fez inserir a cláusula da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88) no rol dos direitos e garantias fundamentais, mediante a EC nº 45/04, e quais foram efeitos benéficos dessa alteração?

Em nome da duração razoável do processo, por exemplo, prisões provisórias são prorrogadas ininterruptamente em vista da “complexidade” de um crime ou mesmo da “contribuição” da defesa que, diligentemente, patrocina os interesses do investigado/acusado cautelarmente custodiado, requerendo diligências, arrolando testemunhas e recorrendo das decisões, tudo no pleno exercício do devido processo legal e da ampla defesa.

As complexas tensões “entre garantia e eficiência, em que os clamores sociais por punições céleres acabam brecados pelo respeito a direitos fundamentais essenciais ao processo penal democrático constitucionalmente orientado”³¹¹, são reduzidas ao problema tão conhecido da morosidade judicial. A solução, ainda mais reducionista, porém de fácil implementação, é a restrição de acesso às instâncias recursais, geralmente com a limitação de hipóteses de cabimento, enrijecimento do filtro (quase intransponível) de admissibilidade e criação de jurisprudências defensivas.

O processo penal, invariável e passivamente, ingere os placebos de uma malfadada teoria geral, “que transplanta acriticamente as soluções da irmã mais abastada para aquela que (ainda) é de menor ‘prestigiada’, do processo civil para o processo penal”³¹². Como alerta Leonardo Costa de Paula, “[n]ão raro, tudo no processo penal é dito derivado daquilo que se fala como regra para o processo civil e não se questiona, na maioria das vezes, as bases de compreensão desses dois universos científicos distintos”³¹³. Herda, assim, o processo penal várias disfunções em seu sistema recursal, notadamente em virtude de uma teoria geral dos recursos que não considera o papel principiológico fundamental da presunção de inocência. Ainda é oportuno o alerta de CARNELUTTI, já no ano de 1950, quando dizia que “[...] uma

³¹¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Duplo Grau de Jurisdição na Justiça Criminal: o direito ao recurso como possibilidade de questionamento da motivação da sentença condenatória. *In*: GIACOMOLLI, Nereu; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (org.). **Processo Penal e Garantias Constitucionais. Estudos para um processo penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 219-255, p. 220.

³¹² *Ibid.*, p. 219-255, p. 220-221.

³¹³ PAULA, Leonardo Costa de. Os recursos a partir de um sistema acusatório e do estado democrático de direito - a garantia do indivíduo e a legitimidade das partes para recorrer no processo penal. *In*: POSTIGO, Leonel González (dir.). **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Santiago: CEJA, 2017, p. 205-221, p. 205.

abordagem civilista é preciosa, porém mais que para compreender o que é o processo penal, serve para compreender o que não é”³¹⁴.

À luz, então, de uma epistemologia particular ao campo processual penal, este capítulo, a começar da conceituação do duplo grau de jurisdição, pretende discorrer a respeito de seus fundamentos, previsão constitucional, natureza jurídica e titularidade, antecipando que ainda há uma carência de obras pensadas dentro das balizas de um processo penal democrático.

3.1 Conceito

Antes de se apresentar como boa parte da doutrina define o duplo grau de jurisdição, relevante destacar que a própria denominação é objeto de críticas por sua imprecisão técnica, haja vista que, por ser uma jurisdição, não haveria que se falar em duplicidade de graus. Nas palavras de Oreste Laspro, “[...] não é tecnicamente correta, vez que, se a jurisdição é uma projeção da soberania, não há que falar na possibilidade de existirem várias jurisdições, pois isso conduziria à existência de várias soberanias o que não é admitido”³¹⁵. Dessa forma, André Ramos Tavares propõe a utilização de termos como “duplo grau de cognição ou julgamento”³¹⁶, sendo que a própria Corte IDH, numa tradução literal, remete ao termo “dupla conformidade judicial”.

Entretanto, registrada a imprecisão terminológica, o trabalho seguirá com o uso da expressão “duplo grau de jurisdição”, porquanto empregada amplamente nas obras nacionais.

Para Gustavo Badaró, o duplo grau de jurisdição “[...] seria um modelo de sistema judiciário segundo o qual o conteúdo das decisões de mérito poderia ser objeto de duas estatuições sucessivas, por órgãos diversos, sendo que a decisão posterior prevalece sobre a anterior.”³¹⁷ De maneira semelhante, Jaques Penteado entende ser uma “[...] garantia outorgada ao vencido de obter uma nova decisão, por órgão jurisdicional superior e dentro do mesmo processo, que substitui a primitiva resolução recorrida.”³¹⁸ Conforme Bandeira, o duplo grau

³¹⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería el Foro, 1960, p. 20-21. Tradução Livre. No original traduzido ao espanhol: “[...] una preparación civilística es preciosa, pero más que para comprender lo que es el proceso penal, sirve para comprender lo que no es.”

³¹⁵ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Garantia do duplo grau de jurisdição. In: CRUZ e TUCCI, José Rogério (coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, nota de rodapé n. 3, p. 191.

³¹⁶ TAVARES, André Ramos. Análise do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 8, v. 30, São Paulo, jan./mar. 2000, p. 178.

³¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos criminais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 44.

³¹⁸ PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 41.

de jurisdição “garante ao cidadão o direito de recorrer da decisão judicial desfavorável, para outro órgão jurisdicional, com o reexame da demanda e a discussão de matéria de fato e de direito.”³¹⁹

O duplo grau de jurisdição, portanto, distingue-se do direito de recorrer, este expressão mais genérica, que inclui o reexame de qualquer decisão judicial, enquanto aquele está restrito a um momento específico e exclusivo³²⁰. O direito ao recurso, segundo Vinicius de Vasconcellos, “pode ser limitado, como o é no ordenamento processual penal brasileiro, em que a regra a irrecorribilidade das decisões interlocutórias do juiz”³²¹, ou como ocorre nos recursos excepcionais que só podem versar sobre questões infraconstitucionais ou constitucionais³²². Por outro lado, o duplo grau de jurisdição não pode ser restringido, pois atinge com profundidade a presunção de inocência, já que relacionado diretamente com a decisão condenatória em seus aspectos fáticos, probatórios e jurídicos³²³. Assim, recurso e duplo grau de jurisdição não se confundem, pois, embora interligados, são institutos distintos.

Ainda em torno dos elementos definidores do duplo grau de jurisdição, há o debate sobre quais seriam os atributos do órgão jurisdicional responsável pelo reexame das questões fáticas-probatórias e jurídicas. Situa-se a controvérsia na necessidade de que a revisão seja feita por órgão hierarquicamente superior ao que proferiu a decisão condenatória ou não.

De um lado, há quem defenda a imprescindibilidade da superioridade hierárquica³²⁴, mormente porque a Constituição de 1988 aparentemente incorporou certo elemento hierárquico

³¹⁹ BANDEIRA, Marcos Thompson. **O duplo grau de jurisdição e o bloco de constitucionalidade: a constituição pode suprimir essa garantia?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 63.

³²⁰ SANTOS, Marina França. **A garantia do duplo grau de jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 84; CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 22.

³²¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Duplo Grau de Jurisdição na Justiça Criminal: o direito ao recurso como possibilidade de questionamento da motivação da sentença condenatória. *In*: GIACOMOLLI, Nereu; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (org.). **Processo Penal e Garantias Constitucionais. Estudos para um processo penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 219-255, p. 223.

³²² É por isso que não são manifestações do duplo grau de jurisdição.

³²³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *op. cit.*, p. 219-255, p. 223.

³²⁴ Nesse sentido já entendeu o STF: “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 jurídica”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC Nº 79.785/RJ**, Relator(a): Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 29-03-2000, DJ 22-11-2002.) De maneira similar, parece defender Penteadó ao criticar a possibilidade de julgamento de recursos pelas turmas recursais nos juizados especiais: “A Constituição da República, ao criar os juizados, permite o “julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau” (art. 98, I), o que não atende ao princípio do duplo grau de jurisdição, principalmente se enfocarmos o texto constitucional integrado pelos diplomas protetivos dos direitos humanos que preveem o reexame por juízo superior. Nesse ponto, o enunciado do STF analisado é bastante apropriado, pois não é muito fácil aceitar a interpretação de que o juiz de primeiro grau satisfaça a garantia de reexame por juízo superior. Embora essa orientação não seja muito considerada pela doutrina, é importante ressaltar que haveria turmas de juízes de primeiro grau, formadas por julgadores do mesmo nível hierárquico, no pleno exercício de suas funções normais e, assim, sujeitos ao reexame de suas

ao preconizar que os recursos, em regra, devem ser dirigidos a tribunais, estes formados por magistrados mais experientes, de classe especial na carreira, promovidos alternadamente por critérios de antiguidade e merecimento, ressalvados os provimentos pelas vagas destinadas ao quinto constitucional. Aqui, atrela-se também a ideia “de que o duplo grau de jurisdição se funda na maior capacidade de julgamento reconhecida a um corpo de magistrado em detrimento do outro”³²⁵³²⁶.

De outro, há quem sustente, partindo da própria essência conceitual, que a diferenciação entre os órgãos julgadores não precisa ser “necessariamente superior, mas funcionalmente capaz de revisar e suplantando a decisão primitiva”³²⁷, de maneira que compete a reapreciação a quem tem “poder de corrigir e alterar a sentença impugnada”³²⁸, desde que não se trate do mesmo julgador, reforçando a impessoalidade do julgamento³²⁹. Numa perspectiva bem

próprias decisões pelos magistrados cujas sentenças analisam”. (PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 135.)

³²⁵ SANTOS, Marina França. **A garantia do duplo grau de jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 88.

³²⁶ Explicitando esse raciocínio de que os magistrados que compõem o grau recursal reúnem melhores condições para julgamento, Rogerio Schietti Machado Cruz afirma que “[o]s juízes que compõem o segundo grau de jurisdição possuem maiores experiência de vida e tirocínio jurídico, e estão em melhores condições de analisar o processo, sem as paixões e as pressões que costumam ocorrer na primeira instância. São juízes já calejados pelas naturais artimanhas do processo, mais imunes a raciocínios falaciosos das partes, que, pela idade e por já haverem trilhado um caminho mais longo na carreira, têm melhor estrutura pessoal para o julgamento.”. O mesmo autor, contudo, ressalta que tal argumentação “é desprovida de comprovação científica ou estatística a afirmação de que os juízes do segundo grau de jurisdição são mais experientes, independentes e capacitados, sendo, pois, mais confiável a decisão que proferem. Realmente, tal afirmação carece de demonstração científica. A uma, porque nem sempre os juízes que compõem o segundo grau de jurisdição têm maior tempo de magistratura do que o juiz em exercício no primeiro grau, o qual pode ter sido preterido em promoções ou permanecido, por sua vontade, em uma comarca do interior enquanto o colega ascendia na carreira, de entrância em entrância. A duas, porque uma sentença prolatada, por exemplo, por um juiz que ofício há anos em uma vara criminal tem uma probabilidade muito mais elevada de acerto do que um acórdão lavrado por três desembargadores que atuaram, enquanto juízes singulares, predominantemente em varas cíveis ou de família.” (CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 23 e p. 25.) Em tom de crítica à suposta experiência maior do julgador recursal, cf. LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 99-101.

³²⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Duplo Grau de Jurisdição na Justiça Criminal: o direito ao recurso como possibilidade de questionamento da motivação da sentença condenatória. *In*: GIACOMOLLI, Nereu; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (org.). **Processo Penal e Garantias Constitucionais. Estudos para um processo penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 219-255, p. 222. Igualmente, Grinover, Gomes Filho e Fernandes sustentam que jurisdição inferior seria “aquela exercida pelos juízes que conhecem do processo desde o seu início (competência originária). E denomina-se jurisdição superior a exercida pelos órgãos a que cabem os recursos contra as decisões proferidas pelos juízes inferiores. Essa terminologia, que é corrente, não significa, porém, uma relação de subordinação entre os juízes. [...] Assim, deve-se entender por jurisdição superior e inferior não uma competência de mando, mas apenas uma competência de derrogação, no sentido de a primeira poder reapreciar, em segundo grau, a causa já decidida, substituindo, com sua decisão, a de primeiro grau.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 24-25.) No mesmo sentido, Giacomolli aduz que “a relação que há de ser estabelecida é julgador-revisor e não necessariamente inferior-superior”. (GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 292.)

³²⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *op. cit.*, p. 219-255, p. 222.

³²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Juízes independentes ou funcionários subordinados. *In*: **Revista cidadania e justiça da Associação dos Magistrados Brasileiros**. Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, 1º sem. 1998, p. 92.

pragmática, Djanira Radamés de Sá afirma que “[n]ão importa que o reexame seja feito por órgão jurisdicional colegiado de hierarquia igual ou superior à do prolator da sentença; impende que seja realizado”³³⁰.

Com uma proposta conciliatória, são válidas as colocações de Vinicius Vasconcellos de que, apesar de ser prescindível à definição, a hierarquia organizacional superior do tribunal revisor deve ser respeitada, porque permite um maior afastamento em relação ao juízo inicial, fortalece a imparcialidade e a independência do juízo recursal. Desse modo, os casos de revisão sobre condenação realizada por órgão diverso do tribunal devem ser admitidos, excepcionalmente, nas hipóteses de impossibilidade de implementação da lógica constitucional da superioridade hierárquica.³³¹

Outro aspecto que é pouco discutido na literatura jurídica é a colegialidade da instância revisora como condição ao duplo grau de jurisdição.

Em atenção ao seu conteúdo, pode-se afirmar que o julgamento revisor ser ou não colegiado não está inserido em sua própria essência. Em razão disso, a colegialidade do órgão *ad quem* para o qual se recorre diz respeito à estruturação orgânica do sistema recursal, estabelecida primordialmente na Constituição de 1988, mas também nos códigos processuais e nos regimentos internos dos tribunais. Além disso, a composição múltipla de julgadores é considerada “como um reforço à racionalidade das decisões judiciais, por se entender que, impedindo o individualismo do convencimento, tende-se a garantir uma menor possibilidade de erro e um maior grau de imparcialidade”³³².

Por todo o exposto, levando-se em conta os elementos mínimos indispensáveis, atrelados, porém, ao marco do modelo de processo penal democrático, conclui-se que o duplo grau de jurisdição implica o reexame da condenação, por órgão diverso, que, no Brasil, em

³³⁰ SÁ, Djanira Radamés de. **Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 89.

³³¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 145.

³³² SANTOS, Marina França. **A garantia do duplo grau de jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 89. Em defesa da decisão colegiada, Rogério Schietti Machado Cruz argumenta que, “[a]o contrário do juiz único de primeiro grau, na instância recursal há um órgão colegiado, composto de, no mínimo, três juízes, os quais, pela troca de opiniões, reúnem melhores condições de encontrar a verdade real (sic.) e aplicar o direito com maior certeza e justiça.” (CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 24.). Penteado, por sua vez, pondera que “o segundo grau de jurisdição, entre nós, previsto para atuação colegiada, não raras vezes funciona como juízo monocrático, distanciado da oralidade, sem produtivo diálogo processual ou maior discussão do caso pela turma julgadora, com frequentes votos do terceiro juiz simplesmente acompanhando os precedentes, o qual, por não ter acesso aos autos e pela supressão da leitura integral do voto do relator – que, muitas vezes, se limita à declaração de suas conclusões -, certamente não pode se inteirar do objeto do julgamento.” (PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 36.)

regra, é colegiado e superior ao juízo antecedente, permitindo um controle amplo da matéria fática, probatória e jurídica dita, em tese, como suficiente a superar a presunção de inocência no caso.

Com a definição proposta, o estudo se estende aos fundamentos teóricos do duplo grau de jurisdição.

3.2 Fundamentos teóricos

Numa abordagem bibliográfica clássica, justifica-se a existência do duplo grau de jurisdição em aspectos psicológicos-subjetivos e políticos³³³.

Como fundamentos subjetivos, são considerados pela doutrina o inconformismo do vencido e a falibilidade do julgador³³⁴.

O primeiro, relativo à insatisfação natural de quem perde e deseja expressar seu inconformismo com a decisão contrária aos seus interesses, de forma que “o duplo grau, sob certo aspecto, busca satisfazer essa necessidade humana de ver sua pretensão insatisfeita reexaminada”³³⁵. Contudo, essa justificativa psicológica não passa ilesa de críticas, porque o inconformismo do perdedor evidentemente não cessa com o esgotamento da fase recursal e, consoante assinala Marina Santos, “não se edifica o direito como cura de quaisquer insatisfações humanas, mas, apenas, aquelas legítimas”³³⁶.

Por outro lado, em relação à falibilidade do magistrado, projeta-se a esperança de uma melhor decisão mediante correção, já que juízes são humanos que também erram. E mais, no plano da subjetividade do magistrado, há um certo tipo de crença, despida de qualquer rigor científico, de que quem “profere a decisão fica psicologicamente compelido a julgar melhor, quando sabe que será ela passível de revisão por outro órgão jurisdicional”³³⁷. Esse fundamento

³³³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos criminais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 39-40.

³³⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efeito da sentença condenatória**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 40; CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 36-37; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos criminais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 39; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 19; LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Niterói: Impetus, 2013, p. 1636; LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1163.

³³⁵ CASARA, Rubens Roberto Rebello. O direito ao duplo grau de jurisdição e a constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo penal e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 498.

³³⁶ SANTOS, Marina França. **A garantia do duplo grau de jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 61.

³³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 19.

da possibilidade de falha do magistrado, embora válido a sustentar a redução do risco de equívocos, não garante que a decisão revisional será, se é que se pode dizer, “mais justa”, especialmente porque envolve, como regra, outros três seres humanos sujeitos a enganos, desatenções e abusos, que reapreciam o processo sem contato direto com as partes e sem produção imediata da prova³³⁸.

De toda a forma, ainda que detenham alguma pertinência, seja a possibilidade de correção no segundo exame, seja a pressão causada no primeiro juízo pelo potencial acionamento da instância recursal, certo é que a proteção contra o erro é uma finalidade essencial do duplo grau de jurisdição, mas não está fundada num aspecto meramente psicológico e abstrato do magistrado³³⁹, e sim “na necessária constante limitação do poder estatal por meio da proteção dos direitos do acusado”³⁴⁰. Interessa, assim o controle da decisão proferida, e não da falibilidade do juiz, como limitador e legitimador do poder punitivo e salvaguarda do imputado.

Além das razões psicológicas, a doutrina menciona, ainda, um fundamento político do duplo grau de jurisdição, a saber, o controle de todo ato estatal³⁴¹, o que se inclui as decisões proferidas pelo poder judiciário. Trata-se de um controle interno, porque exercido por órgãos do próprio poder judiciário, e de maior necessidade em razão dos membros da magistratura não serem eleitos pelos cidadãos³⁴². A condenação, como ato de poder, deve estar sujeita a controle

³³⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efeito da sentença condenatória**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 41-42; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 20.

³³⁹ SANTOS, Marina França. **A garantia do duplo grau de jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 64; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efeito da sentença condenatória**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 42.

³⁴⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efeito da sentença condenatória**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 42.

³⁴¹ Historicamente, sabe-se que esse controle foi desenhado como mecanismo de concentração de poder, de fiscalização do poder soberano sobre os magistrados, e não sobre as decisões propriamente ditas. Nesse sentido, cf. PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 26-27; BANDEIRA, Marcos Thompson. **O duplo grau de jurisdição e o bloco de constitucionalidade: a constituição pode suprimir essa garantia?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 60.

³⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 20; LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 103; SANTOS, Marina França. **A garantia do duplo grau de jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 64 e p. 109-110; CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 22-23; BANDEIRA, Marcos Thompson. **O duplo grau de jurisdição e o bloco de constitucionalidade: a constituição pode suprimir essa garantia?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 76.

no Estado Democrático de Direito, “sob pena de o poder se transmutar em arbítrio ou autoritarismo”³⁴³.

Esse controle, todavia, revela-se por vezes como um mecanismo de concentração de poder, especialmente quando atrelado a uma mentalidade autoritarista, *vide* a previsão de recursos de ofício no processo penal (arts. 574 e 746 do CPP), e não de limitação de poder, com centralidade na pessoa provisoriamente condenada³⁴⁴. Nos ensinamentos de MAIER, o duplo grau de jurisdição não se comportaria “[...] ao menos em primeiro lugar, uma garantia processual a favor do imputado ou condenado, mas, em verdade, um meio de controle pelos tribunais superiores sobre o grau de adequação dos tribunais inferiores à lei [...]”³⁴⁵.

Percebe-se, conforme o exposto, que os fundamentos indicados pela doutrina tradicional, conquanto tenham certo grau de pertinência, ainda não justificam juridicamente o núcleo primordial do duplo grau de jurisdição. Uma vez inserido no modelo constitucional e convencional de processo penal, o duplo grau de jurisdição encontra embasamento essencialmente “na ideia de controle para limitação do poder, prevalecendo, assim a proteção individual do acusado frente à pretensão punitiva estatal”³⁴⁶. Por isso, mostra-se importante analisar o instituto sob a ótica constitucional e convencional, que é o que se almeja com o tópico consecutivo.

3.3 Normatividade constitucional inexistente, implícita ou explícita?

Classificada como uma constituição prolixa, a Carta de 1988, que tem por característica ser analítica, estendendo o texto constitucional a muitas disciplinas que poderiam ser regulamentadas por lei ordinária, não previu expressamente o duplo grau de jurisdição.

Apenas a Constituição do Império de 1824, em seu art. 158, no título “Do Poder Judicial”, estabeleceu que as causas fossem reexaminadas, quando as partes quisessem, pelo então Tribunal da Relação, prevendo o duplo grau de jurisdição “ao dispor que, para ‘julgar as Causas em segunda, e última instância, haverá nas Províncias do Império as Relações, que

³⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos criminais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 40.

³⁴⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efeito da sentença condenatória**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 44-45.

³⁴⁵ MAIER, Julio B. J.. **Derecho procesal penal: fundamentos**. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, t. 1, p. 707. Tradução livre. No original: “[...] al menos en primer lugar, um garantia procesal a favor del imputado o del acusado, sino, ante bien, un medio de control por tribunales superiores sobre el grado de adecuación de los tribunales inferiores a la ley [...]”

³⁴⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *op. cit.*, 2020, p. 46.

foram necessárias para a comodidade dos Povos”³⁴⁷. Curiosamente, as constituições posteriores, já no período republicano, não disciplinaram textualmente o duplo grau de jurisdição, mesmo assim cuidaram, cada a seu modo, da organização dos tribunais e de suas competências recursais, assim como da garantia de defesa aos acusados.³⁴⁸

Diante desse cenário, instaurou-se debate intenso, o qual pode ser resumido em três posicionamentos: i) pela ausência de *status* constitucional; ii) pela previsão constitucionalmente implícita; iii) pela previsão explícita por integrar bloco de constitucionalidade.

Os autores que aderem à primeira corrente, em sua maioria processualistas civis, partem da premissa de que houve um silêncio eloquente pelo poder constituinte, que, intencionalmente, excluiu o duplo grau de jurisdição de expressa disposição constitucional, do que decorre a possibilidade de restrições pelo legislador ordinário³⁴⁹. Além disso, outras três séries de argumentos são levantadas: “a identificação de um conflito de seu conteúdo com outras garantias explícitas”³⁵⁰, como a garantia do acesso à justiça, afrontada pela morosidade processual³⁵¹, “a falta de comprovação de sua efetiva capacidade de aperfeiçoamento das decisões submetidas”³⁵² e desvantagens de ordem prática (insegurança nas partes, desprestígio da primeira instância, reexame realizado sem oralidade, com distanciamento dos fatos, hierarquização do poder judiciário etc.).

Não bastassem as críticas lidarem com a realidade do microsistema do processo civil, onde não está em jogo a inocência e a liberdade do acusado, percebe-se, antes, uma confusão conceitual entre duplo grau de jurisdição e direito de recorrer, além de uma tendência dos autores de defenderem a todo custo a inserção do duplo grau “como direito de ordem exclusivamente infraconstitucional, ou, no máximo, como princípio constitucional ponderável

³⁴⁷ PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 110.

³⁴⁸ Para um histórico detalhado, cf. PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 110-111.

³⁴⁹ Conforme Oreste Laspro, “o duplo grau de jurisdição não é garantido no direito brasileiro a nível constitucional, estando somente regulado a nível ordinário.” (LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 159). Na mesma linha, Marinoni sustenta não ser possível o duplo grau ser corolário do devido processo penal, da ampla defesa e do contraditório. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 494). Em outro trabalho, Marinoni afirma que “o duplo grau, que não é garantido constitucionalmente, não pode mais ser visto como um princípio fundamental de justiça, já que não é racional – quando se está consciente da necessidade de garantir ao autor uma maior tempestividade da tutela jurisdicional – admitir a sua presença em todas as causas, principalmente naquelas de ‘maior simplicidade’ e que são beneficiadas pela oralidade.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 165).

³⁵⁰ SANTOS, Marina França. **A garantia do duplo grau de jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 72.

³⁵¹ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 114-115.

³⁵² SANTOS, Marina França. *op. cit.*, p. 72.

pelo legislador ordinário, que pode, deste modo, limitá-lo e eliminá-lo”³⁵³, estabelecendo um quadro jurídico que permita, num viés utilitarista, dar cabo ao processo rapidamente com a redução dos recursos.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, convém retomar a temática mencionada no item 2.3.1.2 deste trabalho, julgada no RHC nº 79.785/RJ³⁵⁴, sob relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, cuja matéria de fundo foi o alcance do duplo grau de jurisdição, nos termos do art. 8.2.h da CADH, em processo de competência originária do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Resumidamente:

Uma das pessoas condenadas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro apresentou um recurso inominado e tentou emprestar-lhe a força da apelação, endereçando-o ao Superior Tribunal de Justiça, mas o Tribunal de Justiça daquele Estado indeferiu liminarmente o seu seguimento. Esse indeferimento gerou a impetração de *habeas corpus* para o Superior Tribunal de Justiça, visando a subida do recurso inominado, o que não foi deferido. Persistindo nessa pretensão, a parte ingressou com recurso ordinário em *habeas corpus*, dirigindo-se ao Supremo Tribunal Federal, impugnando a decisão do Superior Tribunal de Justiça.³⁵⁵

Por ocasião do julgamento, prevaleceu o voto do Relator, o Min. Sepúlveda Pertence, para o qual “a Constituição – na linha de suas antecedentes republicanas – efetivamente não erigiu o duplo grau de jurisdição em garantia fundamental”³⁵⁶, uma vez que “a Constituição, quando não o repila ela mesma, não garante às partes o duplo grau de jurisdição”³⁵⁷. No entanto, restaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso.

O Min. Marco Aurélio, concordando curiosamente que o duplo grau de jurisdição não estaria, em si, assegurado como uma garantia constitucional, nem mesmo implicitamente nas cláusulas da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB/88), do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB/88) e da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CRFB/88), apresentou entendimento de que a organização do poder judiciário em níveis sinalizava a regra de cabimento do recurso ordinário contra o acórdão condenatório proferido em sede de competência originária de Tribunal de Justiça. Demais disso, conferiu importância à adesão

³⁵³ SANTOS, Marina França. **A garantia do duplo grau de jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 77.

³⁵⁴ Referido precedente foi citado por diversas vezes quando da discussão do cabimento ou não dos embargos infringentes na Ação Penal nº 470, prevalecendo na maioria dos votos dos Ministros que o duplo grau de jurisdição não encontrava mesmo embasamento constitucional. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 470 AgR-vigésimo sexto**. Tribunal Pleno. Relator(a): Joaquim Barbosa, Relator(a) p/ Acórdão: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 18-09-2013, acórdão eletrônico DJe-032, divulg 14-02-2014, public 17-02-2014.)

³⁵⁵ PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 118.

³⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC Nº 79.785/RJ**, Relator(a): Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 29-03-2000, DJ 22-11-2002, p. 292.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 293.

pelo Brasil ao Pacto de San José da Costa Rica, tendo o Estado Brasileiro assumido a obrigação de respeitar a revisão do decreto condenatório, fazendo, por fim, breve menção ao princípio da isonomia. A respeito da ausência de previsão legal do recurso cabível, o Min. Marco Aurélio ressaltou a possibilidade de preenchimento da lacuna pela integração analógica, conforme art. 3º do CPP, aplicando-se o recurso ordinário previsto no art. 105, II, alínea “a”, da CRFB/88, e concluiu:

Ora, precisamos emprestar alguma eficácia ao que se contém no Pacto, subscrito pelo Brasil, no que possui, pelo menos, uma nomenclatura pomposa a direcionar quanto à necessidade de dar-se atenção aos direitos humanos, ao enquadrar a recorribilidade, na hipótese de sentença condenatória, como inserida no grande campo alusivo à dignidade do homem e, por conseguinte, aos direitos humanos.

É muito fácil assim proceder, admitir-se a existência de recurso, a partir do próprio artigo 3º do Código de Processo Penal. Não estaremos inventando um recurso, mas aplicando analogicamente – e a regra contida na Constituição Federal é de Processo Penal – a norma do artigo 105, inciso II, alínea “a”.

Entendo que, julgada a ação penal ante a competência originária do Tribunal de Justiça e imposta condenação, abre-se a porta para a observância irrestrita à Convenção Americana Sobre Direitos humanos; abre-se a via recursal para o acusado, até então simples acusado, vir a lograr um novo crivo quanto à imputação feita. E essa via há de ser a ordinária, ou seja, a que realmente comporte a interposição de um recurso sem que se tenha fundamentação vinculada, como ocorre relativamente aos recursos extraordinários.

Há de admitir-se, portanto, a adequação de um recurso por excelência: no âmbito civil, a apelação, e, no âmbito penal, o "recurso ordinário" tal como previsto, em relação às decisões "em única e última instância pelos Tribunais" em "habeas corpus", na alínea "a" do inciso II do artigo 105 da Constituição Federal. Fora isso, Senhor Presidente, é fecharmos o grande livro do nosso ordenamento jurídico - a Constituição Federal e demais leis -, com a devida vênua daqueles que concluem de forma diversa; fora isso, é desprezamos esse diploma tão importante, e por isso subscrito pelo Brasil, que é a "Convenção Americana Sobre Direitos humanos"; é proclamar, simplesmente, que a acusação pela prática de um crime com a participação de outrem - aí vemos que até o princípio isonômico resta malferido, como sustentado, da tribuna, pelo nobre Advogado - acaba por resultar em prejuízo inafastável decorrente de condenação irrecurável.

[...]

A hipótese que está em mesa para exame é única, a envolver um crivo condenatório que se quer seja único, como se a Justiça não fosse obra do homem, fosse obra de santo, e portanto, infalível.

Peço vênua, Senhor Presidente, ao nobre Ministro-Relator e aos Colegas que o acompanharam, para prover o "recurso ordinário" interposto e, aí, assentar que, diante não da Carta da República de forma imediata, mas da Carta da República de modo mediato e imediato ante a Convenção Americana Sobre Direitos humanos, cabível é o recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça contra a decisão proferida pelo órgão Especial do Tribunal do meu amado Estado, que é o Estado do Rio de Janeiro.³⁵⁸

³⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC Nº 79.785/RJ**, Relator(a): Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 29-03-2000, DJ 22-11-2002, p. 311-312 e p. 314.

De outro lado, há doutrinadores³⁵⁹ e precedentes do STF³⁶⁰ que compreendem pela previsão implícita do duplo grau de jurisdição no texto constitucional, apresentando os mais

³⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 20-22; GATTO, Joaquim Henrique. **O duplo grau de jurisdição e a efetividade do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 77-78; PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 114-115; CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 35-36; GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 311; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos criminais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 42; MORAES, Maurício Zanoide de. Princípio do duplo grau de jurisdição e direito ao recurso. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (org.). **Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 928; SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 102; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005 por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2008, p. 628; CASARA, Rubens Roberto Rebello. O direito ao duplo grau de jurisdição e a constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo penal e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 499.

³⁶⁰ Especialmente quando a matéria de fundo é o foro por prerrogativa de função previsto em Constituições Estaduais, um dos argumentos utilizados para reconhecer a inconstitucionalidade das disposições estaduais é a violação ao duplo grau de jurisdição. Além das bases convencionais, o pleno do STF, pelo que se infere, passou a adotar posição pela previsão constitucional implícita do duplo grau a partir do devido processo legal. Nesse sentido, confira-se trechos de voto de relatoria do Min. Edson Fachin: “[...] a extensão do alcance do foro por prerrogativa de função a cargos que não foram contemplados na Constituição contraria normas convencionais que asseguram o duplo grau de jurisdição em matéria penal. Trata-se, portanto, de grave restrição de direitos fundamentais. Apenas à luz de expressa previsão constitucional é que se poderia cogitar de sua aplicação. Nessa linha de compreensão, faz-se necessário que, ao lado de eventuais alterações da realidade social, avalie-se também a emergência de nova visão jurídica sobre a tarefa interpretativa, forte na cláusula material de abertura constante do art. 5º, § 2º, da CRFB. [...] Com efeito, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu Artigo 8 (2), h, garante a todos o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior, em linha, portanto, com o que dispõe o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos em seu Artigo 14 (5). Embora não se encontre na Constituição da República dispositivos com idêntico teor, inclui-se, na cláusula do due process of law, prevista no art. 5º, LIV, da CRFB, o direito ao recurso.” No mesmo julgado, o Min. Alexandre de Moraes, acompanhando o encaminhamento dado pelo relator, ressaltou entendimento por divergir quanto à obrigatoriedade do duplo grau, mas ainda assim afirmou ser este extraído dos princípios do juiz natural e da igualdade: “A respeito do tema, convém destacar que a Constituição Federal consagra como regra a importância de os julgamentos ocorrerem, ordinariamente, em duas instâncias. A primeira monocrática e a segunda, colegiada. Esse tradicional sistema judiciário brasileiro prevê a existência de juízos e tribunais estaduais, federais, trabalhistas, eleitorais e militares como garantia de segurança jurídica e diminuição da possibilidade de erros judiciários. Portanto, o importante princípio do duplo grau de jurisdição é indicado por nosso texto constitucional, sem contudo, ser taxativamente obrigatório. A Constituição da República menciona, ainda a existência de juízes e tribunais, bem como prevê a existência de alguns recursos (ordinários constitucionais, especial, extraordinário), porém não existe a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição. [...] Embora não se apresente como um princípio absoluto, o fato é que, tendo como premissas os princípios do juiz natural (art. 5º, XXXVI e LIII, CF) e da igualdade (art. 5º, caput, CF), a Constituição Federal estabeleceu, como regra, o julgamento dos processos judiciais em dupla instância, isto é, inicialmente no juízo monocrático, em jurisdição de primeiro grau, e, posteriormente, por meio de órgão colegiado, em segundo grau de jurisdição. Com efeito, o princípio do juiz natural é vetor constitucional consagrador da independência do Poder Judiciário e da imparcialidade do órgão julgador, que, a um só tempo, legitima tanto a atuação estatal, quanto a segurança esperada pelo jurisdicionado contra o arbítrio estatal. Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Trazido para o campo processual e seus consectários, essas premissas constitucionais convergem para que todos os cidadãos sejam processados e julgados pelos mesmos órgãos jurisdicionais, seguindo-se, na generalidade dos casos, a lógica do duplo grau de jurisdição.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6512**, Relator(a): Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 21-12-2020, processo eletrônico DJe-025, divulg 09-02-2021, public 10-02-2021.)

diversos argumentos, muitas vezes concorrentes no sentido de que o duplo grau decorreria da estrutura organizacional judiciária inserta na Constituição e também de princípios constitucionais expressos como, por exemplo, da inafastabilidade da jurisdição (ou acesso à justiça), do devido processo legal, da ampla defesa, da igualdade e do próprio Estado Democrático de Direito.

Em linhas gerais, sob a perspectiva da organização judiciária, o duplo grau de jurisdição decorreria da própria estruturação dos tribunais (art. 92 da CRFB/88), numa lógica de que, se não fosse para assegurá-lo, não haveria razão para a inserção de complexa estrutura hierárquica do Poder Judiciário no texto constitucional. Nesse sentido, citam-se os arts. 102, II e 105, II, da CRFB/88, relativos às hipóteses de recurso ordinário de competência do STF e STJ, respectivamente, o art. 108, II, da CRFB/88, que estabelece ser competência dos Tribunais Regionais Federais “julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição”, atribuição que se repete para os Tribunais Estaduais conforme as respectivas Constituições dos Estados (art. 125, § 1º, da CRFB/88), e o art. 93, III, da CRFB/88, que se refere à alternância entre os critérios de antiguidade e merecimento, apurados na última ou única entrância, para acesso de magistrados “aos tribunais de segundo grau”. Conforme Rogério Schietti Machado Cruz:

Elenca-se, ainda, outra razão para extrair-se da Constituição Federal o princípio do duplo grau, a saber, a própria estruturação do Poder Judiciário, em graus diversos de jurisdição, com competência e funcionamento previstos na Carta Política, inclusive com a definição de vários recursos e remédios constitucionais, denotando, inequivocamente, que a jurisdição brasileira se sedimenta sobre a possibilidade de que suas decisões se sujeitem a variados recursos, regulamentados pelas leis infraconstitucionais.³⁶¹

Correlacionando-o com o regime de Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CRFB/88), o duplo grau de jurisdição figura como mais um instrumento de controle de atos estatais com fins de proteção de direitos e garantias fundamentais, que, por sua vez, são orientados pela cláusula da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88). De acordo com CRUZ, o duplo grau “decorre, acima de tudo, do regime democrático, o qual não convive com a possibilidade de que as decisões judiciárias, mormente no terreno penal, sejam irrecorríveis.”³⁶²

³⁶¹ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 36.

³⁶² *Ibid.*, p. 35.

Ainda com esse viés de controle, aponta-se que o duplo grau de jurisdição também decorreria da inafastabilidade da jurisdição, pois promoveria verdadeiro acesso à justiça, viabilizando a reapreciação de uma decisão desfavorável.

Sob enfoque dos direitos e garantias fundamentais, entendendo o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB/88) “como elemento nuclear de um rol de direitos e garantias mínimos para a configuração do processo penal, a consagração do direito ao recurso lhe é componente necessário”³⁶³, motivo pelo qual “um sistema de juízo único fere o devido processo legal, que é garantia inerente às instituições político-constitucionais de qualquer regime democrático.”³⁶⁴ Sendo assim, o duplo grau integraria o conteúdo do devido processo legal como elemento essencial.

De forma muito semelhante, o duplo grau de jurisdição estaria intimamente ligado com o direito de defesa (art. 5º, LV, da CRFB/88), pois o reexame amplo dos fatos, provas e teses jurídicas permitiria “uma ‘nova chance defensiva’, de impugnação da decisão judicial que pretende fragilizar a presunção de inocência”³⁶⁵. Noutras palavras, o efetivo exercício da ampla defesa seria composto da possibilidade de oposição à pretensão punitiva estatal com o reexame da decisão desfavorável.

Sob o viés da igualdade, há entendimento de que o duplo grau de jurisdição poderia ser extraído implicitamente do princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, da CRFB/88), “pelo qual todos os litigantes, em paridade de condições, devem poder usufruir ao menos de um recurso para a revisão das decisões, não sendo admissível que venha ele previsto para algumas e não para outras.”³⁶⁶

Explicitadas as bases da segunda corrente, remanesce expor as premissas adotadas pela terceira vertente que sustenta o que se denomina no presente trabalho como previsão explícita do duplo grau por integrar bloco de constitucionalidade³⁶⁷, retomando-se o debate apresentado no tópico 2.3.1.2.

³⁶³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efeito da sentença condenatória**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 54.

³⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 21.

³⁶⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *op. cit.*, p. 55.

³⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 21.

³⁶⁷ O bloco de constitucionalidade refere-se ao complexo de normas materialmente constitucionais, que, em conjunto com a constituição codificada de um Estado, constituem um bloco normativo com *status* constitucional. Essa terminologia teve origem no direito francês, a partir de decisão proferida pelo Conselho Constitucional em 16 de julho de 1971. Nessa decisão, afirmou-se a existência de um bloco composto por princípios e regras com *status* constitucional, incluindo a Constituição de 1958, o Preâmbulo da Constituição de 1946, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como os princípios fundamentais estabelecidos nas leis da

A CADH, promulgada pelo Decreto nº 678/92, prevê em seu art. 8.2.h, que “durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.”. De forma muito semelhante, o PIDCP, promulgado pelo Decreto nº 592/92, estabelece em seu art. 14.5, que “toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”. Da leitura de tais disposições convencionais, é inegável o reconhecimento expresso do duplo grau no âmbito do processo penal, que, repita-se, deve ser entendido como mecanismo de proteção do indivíduo acusado em face do poder punitivo estatal.

Segundo leitura do art. 5º, § 2º, da CRFB/88, “[...] 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”. Assim, conclui-se que o rol não é taxativo diante da previsão de uma cláusula material de abertura a reconhecimento de direitos e garantias fundamentais implícitos no texto constitucional e explícitos em tratados internacionais. Com esse forte fundamento, Valerio Mazzuoli, Flávia Piovesan e André de Carvalho Ramos, como já abordado anteriormente, afirmam haver um bloco de constitucionalidade formado por normas formal e materialmente constitucionais, nestas últimas inseridos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Aqui, vale repetir a irretocável visão de Cançado Trindade:

O artigo 5(2) da Constituição brasileira tem o mérito de não se restringir expressamente a determinados tratados de direitos humanos; sua formulação é suficientemente abrangente, devendo assegurar, – em combinação com o artigo 5(1), - a pronta aplicação direta de toda a normativa internacional de proteção dos direitos humanos que vincula o Brasil, elevada que se encontra a nível constitucional. Se há algum problema, reside este na falha de vontade de setores do Poder Judiciário de assegurar aquela aplicação direta; não se trata de problema de direito, senão de vontade (*animus*).³⁶⁸

República. (FAVOREU, Louis. Ponencia francesa. *In*: FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco (org.). **El Bloque de la Constitucionalidad – simposium franco-espanhol de Derecho Constitucional**. Madrid: Civitas, 1991.). Embora seja a dedução lógica do art. 5º, § 2º, da CRFB/88, o bloco de constitucionalidade no âmbito brasileiro só ganhou destaque jurisprudencial após a EC nº 45/04, que adicionou o § 3º ao art. 5º, conferindo status constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados seguindo o mesmo procedimento utilizado para a aprovação de emendas constitucionais. A demora em reconhecer a importância do bloco de constitucionalidade é imputada ao infundado receio, especialmente do STF, de concordar com a coexistência de normas internacionais materialmente constitucionais que não tenham sido criadas pelo poder constituinte nacional.

³⁶⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. 3. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 623-625.

Com esse raciocínio, retomando o caso paradigmático do RHC nº 79.785/RJ, naquela ocasião, restou vencido o Min. Carlos Velloso, o qual apresentou voto reconhecendo a constitucionalidade do duplo grau. Primeiro, fez o Ministro uma categorização dos direitos e garantias na ordem jurídico-constitucional brasileira, conforme as balizas do art. 5º, § 2º, da CRFB/88: os expressos, aqueles escritos na Constituição; os implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição; e os decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, “os quais hajam sido introduzidos no direito interno na forma estabelecida pela Constituição Federal, ganham *status* de ‘direitos e garantias’ garantidos pela própria Constituição.”³⁶⁹ Com isso, concluiu que “a disposição inscrita na Convenção de São José da Costa Rica, estabelecendo como garantia fundamental o duplo grau de jurisdição, é, pois, direito consagrado na Constituição do Brasil.”³⁷⁰

Embora a pesquisa comungue dos fortes argumentos, até mesmo pela literalidade do art. 5º, §§ 1º e 2º, da CRFB/88, a respeito do *status* materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos internalizados pelo Brasil, é certo que o duplo grau de jurisdição, convencionalmente previsto e incorporado no direito brasileiro, só admite, como norma de direito humano que é, sua máxima efetividade no âmbito interno. Mesmo que se isole o debate acerca da hierarquia normativa entre o ordenamento jurídico nacional e internacional, se monismo ou dualismo jurídico, “o fundamental é que se promova a integração do sistema convencional com os tratados e convenções de direitos humanos.”³⁷¹

Não obstante se reconheça maior proteção na compreensão do duplo grau como integrante do bloco de constitucionalidade, ainda assim seria possível ao STF, que, por vezes, adota perversamente a técnica da ponderação (Robert Alexy) no processo penal³⁷², limitá-lo diante de um suposto conflito com outro direito fundamental.

³⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC Nº 79.785/RJ**, Relator(a): Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 29-03-2000, DJ 22-11-2002, p. 319.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 319-320.

³⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos criminais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 54.

³⁷² Assim como ocorreu quando do julgamento do HC nº 126.292/SP, no qual se viabilizou a execução antecipada da pena, fundamentalmente, no falacioso conflito entre a presunção de inocência/liberdade individual e a segurança pública/efetividade da lei penal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292**, Relator(a): Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17-02-2016, processo eletrônico DJe-100, divulg 16-05-2016, public 17-05-2016, RTJ VOL-00238-01, PP-00118.). Sobre a perniciososa aplicação da técnica da ponderação de Robert Alexy no processo penal, cf. SOARES, Rafael Santos. **As provas obtidas por meios ilícitos e seu juízo de inadmissibilidade no processo penal brasileiro**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2022, p. 73-86. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/46618/1/PDFA%20Tese%20-20Rafael%20Santos%20Soares%20-%20FINAL.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2024.

Portanto, seja explicitamente previsto mediante adesão ao bloco de constitucionalidade, seja implicitamente deduzido das diversas normas constitucionais elencadas acima – sobretudo como elemento inerente ao devido processo legal e da ampla defesa –, seja compreendido como norma supralegal, presumindo-se uma pretensa colisão – que não existe – entre a Constituição e os tratados de direitos humanos, como bem assinala Gustavo Badaró, o suposto conflito deve ser resolvido pelas normas de interpretação do art. 29 da CADH, das quais despontam os critérios *pro homine*, “que exige que a interpretação dos direitos humanos seja sempre a mais favorável ao indivíduo”³⁷³, e da primazia da norma mais favorável, a qual “significa que, no caso de conflito de normas (quer nacionais ou internacionais), deve prevalecer a que seja mais benéfica ao indivíduo”³⁷⁴.

Vale, porém, esclarecer que, nos limites do presente estudo, entende-se não haver antinomia entre o previsto no art. 8.2.h da CADH e no art. 14.5 do PIDCP com a Constituição de 1988, pois não há contrariedade ou contraditoriedade, já que inexistente dispositivo constitucional que proíba o condenado de recorrer da condenação. Há, com efeito, previsões constitucionais de foro por prerrogativa de função (art. 102, I, b e c; art. 105, I, a; art. 108, I, a; art. 29, X; art. 96, III, da CRFB/88), bem como de hipóteses de cabimento de recurso ordinário para o STF e o STJ (art. 102, II, e art. 105, II, da CRFB/88), mas disso não se extrai qualquer antinomia com as disposições convencionais³⁷⁵. A propósito, a Constituição de 1988 não previu todos os recursos processuais penais, sobretudo nos casos dos tribunais estaduais, nem limitou o legislador ordinário de criá-los, sendo certo que os direitos humanos, assim como os direitos e garantias fundamentais, têm aplicação imediata, de forma que o art. 8.2.h da CADH e art. 14.5 do PIDCP devem ser imediatamente aplicados pelos tribunais.

Assentados, então, os contornos do conceito, dos fundamentos e da normatividade do duplo grau de jurisdição, passa-se ao exame de sua natureza jurídica.

3.4 Natureza jurídica: direito ou garantia?

No Estado Democrático de Direito, a Constituição, especialmente no contexto do constitucionalismo moderno ocidental, é o “referencial de fundação, preservação, validação, legitimação, dinamização e atualização do sentido e do alcance do senso de

³⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos criminais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 55.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 55.

³⁷⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos criminais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 56; BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6. ed., 1995, p. 81-86.

juridicidade/antijuridicidade do Direito”³⁷⁶. Em razão disso, sobretudo de sua força normativa, entende-se que o núcleo constitucional é a “legitimação da titularidade e do exercício do poder público e do poder privado pela efetivação de normas de cunho protetor, emancipador e plenipotencializador da pessoa e da sociedade: os direitos, deveres e garantias fundamentais”³⁷⁷. Por conseguinte, “os direitos, garantias e os deveres fundamentais compõem, em unidade com os princípios jurídicos, o núcleo semântico-normativo de proteção-emancipação-plenipotencialização”³⁷⁸.

Dessa forma, pode-se afirmar que somente há verdadeira Constituição, em sentido jurídico, nos sistemas que, para além do reconhecimento formal, impessoal e hipotético (direito objetivo), tutelam efetivamente direitos e garantias fundamentais para os indivíduos, integrando-os ao patrimônio jurídico do sujeito (direito subjetivo).³⁷⁹

Em que pese a proximidade conceitual por serem tratados como prerrogativas jurídicas, direitos e garantias se distinguem.

Em distinção clássica, Rui Barbosa, fazendo menção ao publicista argentino Alcorta, aduz que:

Ora, uma coisa são garantias constitucionais, outra coisa os direitos, de que essas garantias são, em parte, a condição de segurança, política, ou judicial. Os direitos são aspectos, manifestações da personalidade humana em sua existência subjetiva, ou nas suas situações de relação com a sociedade, ou os indivíduos, que a compõem. As garantias constitucionais *stricto sensu* são as solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder.

[...]

Noutro lugar torna ao assunto o eminente escritor: “Existem limitações aos direitos individuais; mas, para evitar os abusos, que, à sombra delas e por seu efeito, poderiam cometer-se, há também garantias, na mesma carta constitucional, que põem ao alcance de todos os prejudicados os meios de conseguir que o direito seja respeitado, e desapareça o abuso.”³⁸⁰

Na definição de Márcio Luís de Oliveira, o direito é um instituto de natureza jurídica-substantiva, isto é, “é a titularidade, em potencial, das prerrogativas jurídicas (efeitos jurídicos ótimos) sobre ‘algo’ que é substancialmente reconhecível pelo sistema (ex.: bem material, bem

³⁷⁶ OLIVEIRA, Márcio Luís de. **A Constituição juridicamente adequada: transformações do constitucionalismo e a atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 230.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 230.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 231.

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 231; p. 238.

³⁸⁰ BARBOSA, Rui. **Obras completas de Rui Barbosa**. v. XX, tomo V. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1893, p. 164. Disponível em: <https://docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=ObrasCompletasRuiBarbosa&id=55307542536&pagfis=9090>. Acesso em: 5 jan. 2024.

imaterial, atributo, valor, faculdade, interesse)”³⁸¹; enquanto garantia é instituto de natureza jurídica dialógico-instrumental, ou seja, “serve de meio (ex.: ato jurídico perfeito), procedimento (ex.: recorribilidade da decisão judicial) ou processo (ex.: ação de mandado de segurança) para que, na razão dialogicamente construída,”³⁸² o direito seja subjetivado, exercido, conservado e atualizado, “e também para que o sistema jurídico possa ser, legitimamente, preservado e atualizado”³⁸³.

Aprofundando o conceito, o citado autor sustenta que as garantias são verdadeiras “prerrogativas jurídicas preservadoras da titularidade e do exercício de direitos individuais e coletivos, no âmbito do Estado Democrático-Constitucional de Direito e da sociedade plural e complexa”. E mais, inspirado na teoria habermasiana da ação comunicativa, acrescenta que as garantias constitucionais são “pressupostos e salvaguardas da argumentação dialógico-discursiva, voltada para a construção da razão comunicativa nas relações jurídicas intersubjetivas, [...] e nas ações de Estado frente ao indivíduo [...]”³⁸⁴

Ainda segundo Ferrajoli, as garantias “não são outra coisa senão técnicas [...] para reduzir a distância estrutural entre a normativa e a efetividade e, portanto, para possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais em coerência com sua previsão constitucional.”³⁸⁵

E nos dizeres de Julio Maier:

[...] os direitos – que também se declaram – acarretam o reconhecimento de atributos essenciais que possuem as pessoas integrantes da comunidade nacional (p.e., art. 14 da Constituição Argentina); e as garantias representam as seguranças que são concedidas (faculdades) para impedir que o exercício efetivo desses direitos seja violado pelo exercício do poder estatal, tanto na forma de limitação desse poder como de remédio específico para repeli-lo (p.e., art. 18 da Constituição Argentina).³⁸⁶

³⁸¹ OLIVEIRA, Márcio Luís de. **A Constituição juridicamente adequada: transformações do constitucionalismo e a atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 240.

³⁸² *Ibid.*, p. 245.

³⁸³ *Ibid.*, p. 245.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 246. Para José Afonso da Silva, garantias são “instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 187-188). Com definição semelhante, Paulo Bonavides assevera haver “garantia sempre que se está diante de um interesse que demanda proteção e de um perigo que se deve afastar”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 533.

³⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 25. Tradução livre. No original: “Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas [...] para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional.”

³⁸⁶ MAIER, Julio B. J.. **Derecho procesal penal: fundamentos**. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, t. 1, p. 474. Tradução livre. No original: “[...] los derechos – que también se declaran – importan el reconocimiento de los atributos esenciales que poseen las personas integrantes de la comunidad nacional (por ej., CN, 14); y las garantías representan las seguridades que son concedidas (facultades) para impedir que el goce efectivo de esos derechos sea conculcado por el ejercicio del poder estatal, va en forma de limitación de ese poder o de remedio específico para repelerlo (por ej., CN, 18).”

Em estudo minucioso em torno da compreensão do duplo grau de jurisdição como garantia, Marina Santos afirma que a confusão conceitual entre direitos e garantias é prejudicial à própria efetivação do ordenamento jurídico, porque “se o sistema normativo se funda na própria realização de direitos positivamente estipulados, a observância destes deve ser, necessariamente, garantida por este mesmo sistema [...]”.³⁸⁷ Essa parece ter sido a preocupação de Ferrajoli, segundo o qual a ausência de garantias equivaleria à inobservância dos direitos positivados³⁸⁸, ou, melhor dizendo, a inexistência de garantias reduziria os direitos “a simples declarações retóricas ou, em suma, a vagos programas políticos juridicamente irrelevantes”³⁸⁹.

Portanto, as garantias são mecanismos de proteção e de efetivação de direitos fundamentais, que, quando inseridas no microsistema jurídico do processo penal, asseguram a legitimidade democrática na construção do provimento, cujo único potencialmente afetado é a pessoa acusada. “Garantia é liberdade assegurada”³⁹⁰.

Fixadas as distinções, este trabalho enquadra o duplo grau de jurisdição como garantia processual do imputado³⁹¹, pois é instrumento voltado a salvaguardar a legitimidade democrática do processo, servindo “como meio para o exercício da garantia do devido processo legal”³⁹², funcionando como “garantia das garantias”³⁹³ e, sobretudo, como instrumento de proteção do estado de inocência de quem se vê provisoriamente condenado. O duplo grau de jurisdição garante o controle democraticamente demarcado do provimento final do magistrado,

³⁸⁷ SANTOS, Marina França. **A garantia do duplo grau de jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 93.

³⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 43.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 59. No mesmo sentido, cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 532.

³⁹⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 113.

³⁹¹ Nesse sentido, MAIER, Julio B. J.. **Derecho procesal penal: fundamentos**. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, t. 1, p. 708-709 e p. 713; SANTOS, Marina França. **A garantia do duplo grau de jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 90-108; GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 104. Com conclusão semelhante, o trabalho de Rafael Alvarez Moreno: “[...] o duplo grau de jurisdição é, no processo penal e sob a ótica do imputado, uma garantia. Não só porque, conforme se demonstrará abaixo, o reexame da condenação por um órgão superior é um mecanismo de salvaguarda da ampla defesa e da presunção de inocência, mas também porque deve ser assegurado ao imputado como uma condição de regularidade do procedimento e de legitimidade da própria jurisdição (natureza instrumental, assecuratória), integrando, portanto, a noção de devido processo penal.” (MORENO, Rafael Alvarez. **A garantia do duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: análise à luz do Direito Internacional dos Direitos humanos**. 2021. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021, p. 30. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-13072022-110032/>. Acesso em: 23 jan. 2024.)

³⁹² OLIVEIRA, Márcio Luís de. **A Constituição juridicamente adequada: transformações do constitucionalismo e a atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 247.

³⁹³ SANTOS, Marina França. *op. cit.*, p. 154.

que não se faz contraditório, permitindo o reexame amplo dos fatos, das provas e das teses jurídicas pelo imputado.

E, como se verá no quarto capítulo, a ausência de compreensão do duplo grau de jurisdição como garantia impede a percepção da existência de outros direitos, que, no plano doméstico brasileiro, não estão suficientemente tutelados por procedimento que lhes confira efetividade.

Mas antes de se avançar para a última parte deste trabalho, cumpre ainda determinar a quem pertence a garantia do duplo grau de jurisdição.

3.5 Titularidade: uma garantia de quem?

No primeiro capítulo (item 1.1), apresentou-se a proposta de compreensão do contraditório, na dinâmica singular do processo penal, como direito humano cujo titular só pode ser o acusado, fundada no argumento inicial de que o art. 5º, LV, da CRFB/88, assegurou **aos acusados em geral** o contraditório, deixando claro que inexistem interesses contrapostos e resistidos no dinâmica processual penal, do que resulta inapropriada a ideia de lide na esfera criminal.

Além disso, convém retomar a ideia de que o Ministério Público, com a Constituição de 1988, assume o papel de fiscal da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, incumbindo-lhe, assim, uma atuação que represente os interesses da sociedade no processo. Os interesses da sociedade, no entanto, não são outros senão os previstos na legislação, onde se manifesta a vontade popular. Dessa forma, o Ministério Público, ainda que na função acusatória, somente atua legitimamente no processo penal nos limites e em defesa da legalidade. É em razão da legalidade que o Ministério Público tem o dever jurídico, por exemplo, de pedir a absolvição quando não houver elementos para a condenação.³⁹⁴ Atua legitimamente o Ministério Público quando, independente do resultado, se condenação ou absolvição, o processo é realizado de acordo com a legalidade, de modo a satisfazer a vontade da sociedade expressa na lei.³⁹⁵

³⁹⁴ BRENER, Paula; PINTO, Felipe Martins. A legitimação pelo contraditório no processo penal: para além de um silogismo dialético. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 162. ano 27. p. 171-215. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2019, p. 182.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 184. É em razão disso que a “acusação sempre deve ser a principal interessada na produção válida dos atos processuais, evitando-se as nulidades que, ocorridas, devem ser declaradas em vez de se optar pela ultrapassada concepção de que não ‘se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum’, pois a injustiça que atinge um cidadão também alcança todos os jurisdicionados”. (PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 152.)

Assim, contraditório e legalidade não se assemelham. Enquanto esta “assegura a estrutura dialética do processo e a atuação do Ministério Público como exercício de função”³⁹⁶, o contraditório garante ao acusado a participação, plena e efetiva, em simétrica paridade de armas, na construção do provimento que poderá afetá-lo. Por isso, a legitimidade para atuação do órgão ministerial não decorre do contraditório, uma vez que o provimento final, por óbvio, não lhe afetará, mas advém da legalidade que orienta e limita sua ação. Ademais, o Ministério Público não é titular de direitos humanos, e sim o acusado.³⁹⁷

Nesse sentido, sabendo-se que o processo penal se desenvolve em alto grau de desigualdade, é natural que o contraditório se articule apenas em favor do acusado, único titular de direitos humanos cuja liberdade é potencialmente colocada em risco, e não há qualquer impropriedade nessa afirmação. Afinal, os direitos humanos existem para as pessoas, e não para o Estado-Poder, cabendo a este salvaguardá-los e efetivá-los, mas também observá-los como diretrizes e limites à sua própria atividade.

Da mesma maneira que Ministério Público não é titular de direitos e garantias fundamentais³⁹⁸, tais como a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência, também não lhe cabe a titularidade da garantia do duplo grau de jurisdição.

A partir da interpretação conjunta do art. 8.2.h da CADH e da literalidade do art. 14.5 do PIDCP, logo se conclui que o imputado condenado é quem detém a titularidade da garantia do duplo grau de jurisdição³⁹⁹, mesmo porque os tratados e convenções internacionais de

³⁹⁶ BRENER, Paula; PINTO, Felipe Martins. A eficácia do contraditório no Processo Penal: atuação e legitimação para além da legalidade. *In: Revista CNJ*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 37–50, 2019. DOI: 10.54829/revistacnj.v3i1.30, p. 41. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/30>. Acesso em: 3 jan. 2023.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 41.

³⁹⁸ Válidos, aqui, os pertinentes esclarecimentos de Paula Brener e Felipe Martins Pinto: “Isso não quer dizer que o Ministério Público não é de forma alguma influenciado pelos princípios constitucionais e garantias processuais em sua atuação. Possuem os princípios um relevante papel na institucionalização do direito, atuando de forma central no processo de engenharia institucional. A conformação dos órgãos – e das normas que regem sua atuação, é claro – deve se respaldar nos princípios constitucionais, que regem o processo e a administração pública. No caso específico do processo penal, para que atue o órgão ministerial ao longo do processo assegurando a sua democraticidade, em um silogismo dialético. Aqui o relevante papel do Código de Processo Penal no sentido de conjugar uma série de normas que assegurem um procedimento marcado pela dialeticidade e por uma atuação do Ministério Público de forma imparcial e conforme à Constituição.” (BRENER, Paula; PINTO, Felipe Martins. A legitimação pelo contraditório no processo penal: para além de um silogismo dialético. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 162. ano 27. p. 171-215. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2019, p. 189)

³⁹⁹ VASCONCELLOS propõe, como forma de abarcar as hipóteses de impugnação das sentenças de absolvições impróprias e de sentenças absolutórias próprias que acarretam efeitos em outras esferas, que o mais adequado é afirmar ser o imputado (e não o condenado) titular do duplo grau. (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efeito da sentença condenatória**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 75) Em direção semelhante, cf. MAIER, Julio B. J.. **Derecho procesal penal: fundamentos**. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, t. 1, p. 712; PAULA, Leonardo Costa de. **O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

direitos humanos não reconhecem direitos e garantias em prol do Estado, mas do indivíduo. Os textos convencionais direcionam a proteção pela garantia do duplo grau às pessoas humanas – e o Estado não é ser humano⁴⁰⁰. No processo penal, o acusado é quem necessita de garantias o protejam frente ao poder punitivo estatal como forma de balancear, na maior medida possível, a paridade de armas.⁴⁰¹

Consequentemente, do ponto de vista ontológico, o recurso acusatório tem base e regime diversos.

De acordo com Vinicius Gomes de Vasconcellos, adotada a premissa de que a presunção de inocência, especificamente como regra de juízo, também se faz presente invariavelmente na fase recursal, “a reforma da condenação para absolvição se impõe a partir da fragilização do juízo anterior com base no reconhecimento da dúvida razoável.”⁴⁰² Por outro lado, quando o recurso pretende alterar da dúvida absolutória para a certeza condenatória, o que está em jogo é a descaracterização da presunção de inocência declarada numa primeira decisão, impondo-se maior rigor epistêmico no reexame de uma absolvição.⁴⁰³ Desse modo, não é absurda a proposta de uma assimetria nos recursos conforme o recorrente⁴⁰⁴, como mecanismo de promoção da própria paridade de armas no processo penal. Com essa linha de raciocínio, Rubens Casara defende que “o recurso do Ministério Público, de natureza infraconstitucional, tem limites distintos e mais reduzidos do que o do acusado”⁴⁰⁵.

⁴⁰⁰ A frase parece óbvia, mas coube à Corte IDH esclarecer, na Opinião Consultiva nº 22, que as pessoas jurídicas não são titulares de direitos humanos contidos na CADH.

⁴⁰¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos criminais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 44; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Duplo Grau de Jurisdição na Justiça Criminal: o direito ao recurso como possibilidade de questionamento da motivação da sentença condenatória. In: GIACOMOLLI, Nereu; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (org.). **Processo Penal e Garantias Constitucionais. Estudos para um processo penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 219-255, p. 229-230; Segundo MAIER, “a Convenção regional não se propõe – nem se pode propor defender o Estado, mas sim, ao contrário, conceder uma garantia a quem sofre coação estatal.” (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal: fundamentos**. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, t. 1, p. 711. Tradução livre. No original: “la Convención regional no se propone – ni se puede proponer “defender” al Estado, sino, por el contrario, conceder una garantía a quien sufre coacción estatal.”)

⁴⁰² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efeito da sentença condenatória**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 80.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 80.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 81. Também nesse sentido, Penteado enfatiza que: “o arguido merece um tratamento legal diverso daquele proposta para o acusador em face do duplo grau de jurisdição, pois, estando aquele inferiorizado na fase investigatória e na esfera de admissibilidade da acusação, deve ser equilibrada a posição desses sujeitos processuais com a extensão do regramento constitucional da ampla defesa para o âmbito do duplo grau de jurisdição, prevendo-se o acesso da defesa ao juízo superior para reexame da questão de fato e da questão de direito, sem restrição alguma, o que está em consonância com o texto constitucional integrado pelos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos.” (PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 177.)

⁴⁰⁵ CASARA, Rubens Roberto Rebello. O direito ao duplo grau de jurisdição e a constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo penal e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 509.

No processo penal brasileiro, a acusação não recorre em razão da garantia do duplo grau de jurisdição, cujo exercício é exclusivo do imputado e contra a condenação, e sim por haver previsão infraconstitucional, ou seja, em decorrência da legalidade. Vale dizer que, quando recorre, por exemplo, pugnando pela absolvição do imputado, o Ministério Público não compartilha do direito humano cujo único titular é o acusado, mas age legitimamente em virtude da legalidade a que se encontra submetido.

Há quem sustente que, a partir da redação do art. 14.5 do PIDCP, seria vedada interposição de recursos pela acusação. No entanto, não obstante sejam compreensíveis certas limitações ao apelo ministerial, o texto convencional não o proíbe, expressamente, nem se pode inferir uma vedação pelo reconhecimento da garantia do duplo grau de jurisdição ao imputado⁴⁰⁶. Além do mais, não é intenção dos tratados internacionais de direitos humanos unificar ordenamentos jurídicos, mas assegurar um padrão mínimo de proteção dos indivíduos. Se acaso o recurso acusatório fosse nocivo à proteção de direitos humanos, poderia ser proibida convencionalmente recurso em face de decisões absolutórias, o que não se verifica.

Tal como elucidado anteriormente (item 3.1), duplo grau de jurisdição e impugnação mediante recurso, conquanto similares, não se identificam por completo. Portanto, concorda-se com Vinicius Gomes de Vasconcellos quando afirma que “o cabimento de impugnação do acusador à absolvição não acarreta automaticamente a violação ao direito ao recurso do imputado, desde que também autorize o reexame por iniciativa deste em todas as situações de condenação”.⁴⁰⁷

Assim, a despeito de não haver uma obrigatoriedade nos textos constitucional e convencional, o recurso ministerial contra a absolvição, em si, é uma opção do legislador

⁴⁰⁶ Segundo Rogério Schiatti Machado Cruz, “[...] os textos internacionais que cuidam de direitos de acusados em processos criminais preveem, expressa ou implicitamente, o direito ao recurso tão somente do acusado, nada dizendo quanto ao homólogo direito do órgão de acusação. É bem verdade que esses textos tratam de direitos humanos - sendo natural cuidarem apenas sobre os direitos de quem é criminalmente processado - mas nada impediria que se vedasse expressamente o direito ao recurso contra a absolvição do acusado, se fosse tal iniciativa estatal considerada ofensiva a direito fundamental do indivíduo.” (CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 32-33.)

⁴⁰⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 86-87. Apesar de defender uma posição contrária à bilateralidade recursal e ao reexame da absolvição, MAIER assume que, se provido o recurso da acusação, não haverá duplo grau, salvo se essa condenação no juízo recursal, primeira a ser proferida, seja, por seu turno, recorrível pelo acusado.” (MAIER, Julio B. J.. **Derecho procesal penal: fundamentos**. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, t. 1, p. 485. Tradução livre. No original: “[...] si él consigue éxito no existirá doble conforme, a menos que esa sentencia de condena, primera que se dicta, sea, sua vez, recurrible por el acusado.”)

infraconstitucional, adotada no art. 577, *caput*, do CPP⁴⁰⁸, mas que poderia não ter sido prevista, como ocorre especialmente nos países sob influência do *common law*⁴⁰⁹.

Entretanto, nos limites desta pesquisa, em virtude de o Ministério Público não ser titular da garantia do duplo grau de jurisdição, certas restrições ao recurso da acusação são defensáveis como forma de balancear a inerente disparidade entre réu e Estado no processo penal⁴¹⁰. Não se trata de privilégios “garantistas” ao acusado, e sim meios que, numa perspectiva de contenção de danos, promovam substancialmente uma igualdade processual entre desiguais, como, por exemplo, é o escopo do princípio do *in dubio pro reo*⁴¹¹. E, nessa perspectiva, as garantias processuais, pensadas para o indivíduo, funcionam como instrumentos de equalização em favor do réu, de tal sorte que não podem ser subvertidas em prejuízo do acusado, desmantelando os limites do poder punitivo estatal.

Do que foi exposto, considerando que o duplo grau de jurisdição consiste no reexame da condenação, por órgão distinto do prolator da decisão impugnada, de forma a assegurar um controle amplo da matéria fática, probatória e jurídica, tal garantia somente pode ser titularizada pela pessoa condenada em decisão não definitiva.

⁴⁰⁸ Art. 577. O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor.

⁴⁰⁹ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 45-46.

⁴¹⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efeito da sentença condenatória**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 92-93; CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 94.

⁴¹¹ Ainda sobre esse tratamento “desigual” como forma de compensar a parte inferiorizada no processo penal, o próprio CPP prevê meios de impugnação que somente o acusado pode acionar, como, por exemplo, os embargos infringentes e de nulidade (art. 609, § único, do CPP), a revisão criminal (art. 621 do CPP) e o habeas corpus (art. 647 do CPP e art. 5º, LXVIII, da CRFB/88).

4 REFLEXO HUMANIZANTE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: A REFORMA DE SENTENÇA ABSOLUTÓRIA EM SEGUNDA INSTÂNCIA E O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Percorrida essa trilha crítica de revisão teórica, bibliográfica e jurisprudencial, nesta parte do trabalho, a despeito de todos os debates sobre a observância do duplo grau em situações processuais diversas⁴¹², a pesquisa reduz o objeto de análise à hipótese de condenação em segunda instância por ocasião de julgamento de recurso em face de sentença absolutória.

Conforme frisado em momento anterior, as características da historicidade e da não exauribilidade dos direitos humanos, além de consagrarem a abertura para a incorporação de novos direitos e garantias, permitem a adaptação ou atualização pela qual passam aqueles direitos humanos já internalizados. O conteúdo e a forma dos direitos humanos não são engessados, ao contrário, são dinâmicos e se transformam pelos processos progressivos de expansão de seus espectros protetivos.

Nessa trajetória de alargamento da proteção, é crucial que a articulação entre sistemas nacionais e internacionais incluam “as ideias de força e os impactos oriundos da jurisprudência das Cortes internacionais quanto à interpretação e aplicação das convenções sobre jurisdição penal e direitos humanos”.⁴¹³

Durante décadas, as reflexões sobre o processo penal se pautaram numa lógica de legalidade doméstica. Conquanto não se negligencie a importância do refinamento das normas processuais penais por intermédio da filtragem constitucional, percebe-se, ainda que timidamente, uma atenção nos últimos anos ao que vem decidindo a Corte IDH em sede de controle de convencionalidade. É verdade que perduram ainda o desconhecimento e o desrespeito a *standards* de proteção de direitos humanos consolidados na jurisprudência da Corte IDH. Contudo, este trabalho, para além de diagnosticar um problema a ser solucionado no âmbito recursal, junta-se também à perseverança pela educação em direitos humanos – processo lento, mas que não pode esmorecer.

Dito isso, segue-se ao exame do desenvolvimento do duplo grau de jurisdição na jurisprudência da Corte IDH.

⁴¹² Como antecipado, embora relevantes, optou-se por não trazer ao debate as hipóteses relativas às condenações nos processos de competência originária dos tribunais, do tribunal do júri e procedimentos infracionais, uma vez que envolveriam um alargamento teórico, normativo e jurisprudencial que ultrapassariam os limites da pesquisa de mestrado.

⁴¹³ PEREIRA, Frederico Valdez. **Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo**. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 73.

4.1 O duplo grau de jurisdição na jurisprudência da Corte IDH

Como registro metodológico, convém salientar que um dos objetos específicos deste estudo foi levantar os precedentes da Corte IDH acerca do direito ao duplo grau de jurisdição em matéria processual penal, com enfoque nos casos de condenações proferidas em sede de recursos contra a absolvição, direcionando a pesquisa preliminar⁴¹⁴, de viés qualitativo por amostragem intencional ou não-probabilística, para os seguintes termos em espanhol: “derecho de recurrir del fallo”⁴¹⁵ e “doble conformidad judicial”⁴¹⁶, filtrando os resultados para sentenças apenas.

Depois de selecionar e catalogar os precedentes, foram descartados aqueles que não se relacionavam com o tema propriamente dito (p. ex., a aplicação do duplo grau de jurisdição nos procedimentos infracionais relativos a adolescentes⁴¹⁷ e do Tribunal do Júri⁴¹⁸) e que se limitavam a reproduzir os fundamentos de decisões anteriores⁴¹⁹, sem aportes para o avanço no entendimento.

Em conformidade com o problema jurídico proposto – a reforma de sentença absolutória com conseqüente condenação em grau recursal –, identificou-se o precedente central, a saber, o Caso Mohamed vs. Argentina, o qual será decomposto analiticamente em seus diversos aspectos.

Sabendo-se, porém, que a jurisprudência não se constrói num caso isolado, apresentar-se-ão, brevemente, os fundamentos lançados pela Corte IDH em precedentes anteriores e posteriores ao Caso Mohamed vs. Argentina, aglutinando-os em dois tópicos e enfatizando como a Corte IDH decidiu a respeito do art. 8.2.h da CADH, evoluindo a compreensão a respeito do duplo grau de jurisdição ao longo dos julgados.

⁴¹⁴ Posteriormente, a pesquisa foi atualizada e refinada com a disponibilização do novo sistema “Sverige” de busca de jurisprudência da Corte IDH, Disponível em: <https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/>.

⁴¹⁵ Para os termos “derecho de recurrir del fallo”, a pesquisa retornou 43 resultados em sentenças da Corte IDH.

⁴¹⁶ Para os termos “doble conformidad judicial”, a pesquisa retornou 10 resultados em sentenças da Corte IDH.

⁴¹⁷ OEA. Corte IDH. **Caso Mendoza e outros vs. Argentina**. Exceções preliminares, mérito e reparações. Sentença de 14 de maio de 2013. Série C, n.º. 260.

⁴¹⁸ OEA. Corte IDH. **Caso Roche Azaña e outros vs. Nicaragua**. Mérito e reparações. Sentença de 18 de novembro de 2020. Série C, n.º. 418; OEA. Corte IDH. **Caso V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicaragua**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 8 de março de 2018. Série C, n.º. 350.

⁴¹⁹ OEA. Corte IDH. **Caso Amrhein e outros vs. Costa Rica**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 25 de abril de 2018. Série C, n.º. 354; OEA. Corte IDH. **Caso Gorioitía Vs. Argentina**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 2 de setembro de 2019. Série C, n.º. 382; OEA. Corte IDH. **Caso Rodríguez Revolorio e outros vs. Guatemala**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 14 de outubro de 2019. Série C, n.º. 387; OEA. Corte IDH. **Caso Valle Ambrosio e outro vs. Argentina**. Mérito e reparações. Sentença de 20 de julho de 2020. Série C, n.º. 408; OEA. Corte IDH. **Caso Scot Cochran vs. Costa Rica**. Exceções preliminares e mérito. Sentença de 10 de março de 2023. Série C, n.º. 486.

Por fim, far-se-á uma síntese dos padrões mínimos estabelecidos pela Corte IDH para a garantia plena do duplo grau de jurisdição nos limites do objeto da pesquisa.

4.1.1 Precedentes anteriores ao Caso Mohamed vs. Argentina

4.1.1.1 Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru

Presos em 14 e 15 de outubro de 1993, Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra e Alejandro Luis Astorga Valdez, cidadãos chilenos, foram processados e condenados pela Justiça Militar do Peru como incurso no crime de traição à pátria, previsto no Decreto-Lei n. 25.659/1992.

Na fase investigativa, não contaram com defesa técnica. Além disso, o processo tramitou perante juízes “sem rostos”, os quais foram responsáveis por sentenciar os acusados à pena de prisão perpétua. Não obstante a impetração de *habeas corpus*, todos foram denegados, porque em boa parte do curso processual era vedado o ajuizamento do *writ*.

Protocolada denúncia em 28 de janeiro de 1994 e encerrado o processamento na CIDH, o caso foi apresentado à Corte IDH em 22 de julho de 1997.

Após julgamento das exceções preliminar na data de 4 de setembro de 1998, na sentença de mérito proferida em 30 de maio de 1999, a Corte IDH entendeu pela invalidade do processo que resultou nas condenações das vítimas chilenas, ordenando ao Peru que lhes fosse garantido novo julgamento com observância às regras do devido processo legal. Ademais, determinou ao Estado Peruano a adaptação da legislação interna a fim de que novas violações não se repetissem, impondo-se também indenização como reparação dos danos sofridos pelas vítimas e seus familiares.

Especificamente sobre o duplo grau de jurisdição, a Corte IDH consignou que, à época dos fatos, a legislação peruana previa os seguintes recursos que poderiam ser interpostos pelas vítimas: a apelação em face de sentença de primeira instância; o recurso de nulidade contra o acórdão de segundo grau; o recurso extraordinário de revisão da sentença, embasado em eventual apresentação de prova superveniente e admitido apenas em favor do sentenciado, caso não se tratasse de líder responsável pela prática do crime de traição à pátria ou que não fizesse parte de uma organização armada; e o recurso de cassação, de competência da Corte Suprema de Justiça, consagrado na Constituição Política de 1979, que permitia-lhe rever decisões da Justiça Militar envolvendo civis, mas que, com o advento da Constituição de 1993, posterior

aos fatos, teve suas hipóteses de cabimento restringidas aos casos de aplicação da pena de morte.

Com relação à violação ao art. 8.2.h da CADH, a Corte IDH definiu que o duplo grau de jurisdição não se aperfeiçoa com a mera existência de um órgão superior com competência para revisar a condenação, sendo imprescindível que tal órgão reúna todos os requisitos que o legitimem para conhecer do caso concreto. Como a jurisdição é una, a Corte IDH entendeu que as garantias do juiz natural e do devido processo permeiam e regem todas as fases, instâncias e órgãos jurisdicionais, de maneira que, se o órgão revisor não preenche tais requisitos, não é legítimo o julgamento do recurso por ele apreciado. A par disso, a Corte IDH concluiu que a jurisdição militar, no caso, julgando civis, não satisfazia os requisitos do juiz natural, competente e imparcial⁴²⁰, compreendendo que a simples previsão formal de recursos não atende às exigências do art. 8.2.h da CADH, o qual foi considerado violado, porquanto órgão com poder de revisão da sentença não era competente, imparcial e independente.⁴²¹

Destarte, no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, o precedente em tela foi o primeiro a reconhecer que a garantia do duplo grau de jurisdição – que é una – está atrelada ao devido processo legal e ao juiz natural. Portanto, sob pena de não se prestar efetividade ao duplo grau de jurisdição, impõe-se que o órgão ou a instância revisora seja competente, imparcial e independente para que sua decisão seja legítima e válida, não bastando a mera disposição formal de um recurso ordinário contra a condenação.

⁴²⁰ Cf. OEA. Corte IDH. **Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 25 de novembro de 2004. Série C, nº. 119.

⁴²¹ “O direito de recorrer da condenação, consagrado pela Convenção, não se satisfaz com a mera existência de um órgão de grau superior ao que julgou e condenou o imputado, perante o qual ele tenha ou possa ter acesso. Para que ocorra uma autêntica revisão da sentença, no sentido que é requerido pela Convenção, é preciso que o tribunal superior reúna as características jurisdicionais que o legitimam para conhecer o caso concreto. [...]. Em consequência, o conceito de juiz natural e o princípio do devido processo legal governam ao longo dessas etapas e se projetam sobre as diversas instâncias processuais. Se o julgador de segunda instância não satisfaz os requisitos do juiz natural, não poderá estabelecer-se como legítima e válida a etapa processual que se desenvolva perante.” (OEA. Corte IDH. **Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru**. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 30 de maio de 1999. Série C, nº. 52., § 161. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf. Acesso em: 3 jun. 2023. Tradução livre. No original: “El derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. En consecuencia, el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante.”)

4.1.1.2 *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*

Mauricio Herrera Ulloa, jornalista que trabalhava no jornal “La Nación”, foi autor de uma série de artigos publicados no citado jornal, nos dias 19, 20 e 21 de maio de 1995, que reproduziam parcialmente informações de alguns periódicos belgas, nos quais se vinculava ao diplomata Félix Przedborski, representante da Costa Rica na Organização Internacional de Energia Atômica, na Áustria, uma série de atividades ilícitas. Em 25 de maio de 1995, o Félix Przedborski exerceu direito de resposta, publicando no mesmo jornal um artigo sobre sua versão dos fatos.

Félix Przedborski apresentou queixas contra o jornalista por crimes contra a honra. Além disso, ajuizou uma ação civil indenizatória contra o Mauricio Herrera Ulloa e o jornal “La Nación”.

Em sentença de 29 de maio de 1998, o Tribunal Penal do Primeiro Circuito Judicial de São José, Costa Rica, absolveu Herrera Ulloa, sob fundamento de ausência de comprovação do dolo específico. Inconformado, Félix Przedborski interpôs recurso de cassação, julgado em 07 de maio de 1999 pela Terceira Sala da Corte Suprema de Justiça, a qual deu provimento ao apelo para anular a sentença absolutória.

Em 12 de novembro de 1999, o Tribunal Penal do Primeiro Circuito Judicial de São José proferiu nova sentença, desta feita condenando Herrera Ulloa à pena de multa em razão dos quatro crimes de difamação; publicação, pelo condenado, de uma referência à sentença no mesmo periódico; condenação do réu e do jornal a indenizar danos morais sofridos pelo diplomata, como responsáveis solidários; pagamento de custas processuais e pessoais; desvinculação, pelo jornal, em seu formato digital, entre o nome do diplomata e as referidas publicações das pesquisas na ferramenta de busca do sítio eletrônico; ligação entre as publicações e a parte resolutive da sentença no sítio eletrônico do jornal.

No dia 3 de dezembro de 1999, a defesa de Herrera Ulloa interpôs um recurso de cassação contra a sentença condenatória, que foi desprovido em 24 de janeiro de 2001 pela Terceira Sala da Corte Suprema de Justiça, composta pelos mesmos julgadores do recurso anteriormente provido em favor de Félix Przedborski, passando em julgado a sentença condenatória.

Na data de 1º de março de 2001, os fatos foram denunciados à CIDH, ocasião na qual foram deferidas medidas cautelares para que fosse suspensa a execução da sentença condenatória. Em 28 de março de 2001, a CIDH solicitou a expedição de medidas provisórias à Corte IDH em favor de Herrera Ulloa, que foram deferidas. Após os informes, a CIDH enviou

o caso à Corte IDH em 28/02/2003, sustentando violação à liberdade de expressão (art. 13 da CADH) e aos arts. 1.1 e 2 da CADH. Os representantes das vítimas, Mauricio Herrera Ulloa e Fernán Vargas Rohrmoser, este último diretor do jornal, em Escrito de Petição, Argumentos e Provas, endossaram as alegações da CIDH e acrescentaram violações aos arts. 8 e 25 da CADH.

Após processamento do caso, no mérito propriamente dito, a Corte IDH entendeu pela violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão consagrado no art. 13 da CADH, cumulado com o art. 1.1 do mesmo tratado. Demais disso, no que interessa ao presente trabalho, a Corte IDH decidiu que o Estado da Costa Rica violou as garantias judiciais previstas no art. 8.1 da CADH, cumulado com o art. 1.1 do mesmo tratado, no art. 8.2.h, cumulado com os arts. 1.1 e 2 também da CADH.

A Corte IDH determinou ao Estado Costarriquenho que tornasse sem efeito a sentença condenatória proferida contra a vítima; ordenou ao Estado que adaptasse, em prazo razoável, seu ordenamento jurídico ao estabelecido no art. 8.2.h da CADH para evitar violações futuras e similares, bem como reparasse os gastos com sua defesa e os danos imateriais sofridos por Herrera Ulloa.

No que diz respeito à infringência ao disposto no art. 8.2.h da CADH, a Corte IDH, fazendo menção a entendimentos do Comitê de Direitos Humanos (CDH) sobre a previsão no art. 14.5 da PIDCP⁴²², julgou que o Estado não assegurou a Herrera Ulloa um recurso simples, acessível e amplo que permitisse a revisão integral do julgamento. Eis alguns trechos da sentença:

161. De acordo com o objeto e finalidade da Convenção Americana, que é a proteção efetiva dos direitos humanos, deve-se entender que o recurso previsto no artigo 8.2.h. do referido tratado deve ser um recurso ordinário eficaz através do qual um juiz ou tribunal superior busca a correção de decisões jurisdicionais contrárias ao Direito. Embora os Estados tenham margem de apreciação para regular o exercício deste recurso, não podem estabelecer restrições ou requisitos que violem a própria essência do direito de recorrer da decisão.

[...]

164. A possibilidade de “recorrer da decisão” deve ser acessível, sem exigir maiores complexidades que tornem esse direito ilusório.

⁴²² O Comitê de Direitos Humanos da ONU, fazendo interpretação autêntica do art. 14.5 do PIDCP, no Comentário Geral nº 32, afirmou que: “O artigo 14, parágrafo 5, é violado não apenas se a decisão de uma corte de primeira instância é final, mas também se o juízo de culpa é imposto por uma corte de apelação ou uma corte de instância final, em seguida de uma absolvição por uma corte inferior, conforme o direito doméstico, sem que haja revisão por outra corte superior. Quando a mais alta corte de uma país age como primeira e única instância, a ausência de um direito de revisão a um tribunal não é mitigada pelo fato de ser processado pelo supremo tribunal do Estado-Parte concernente; ao contrário, tal sistema é incompatível com o Pacto, salvo se o Estado-Parte houve formulado uma reserva em relação a esse efeito”. (ONU. Comitê de Direitos humanos. **Comentário Geral nº 32**, de 23 de agosto de 2007. § 47. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7726135/mod_resource/content/1/Comenta%CC%81rios%20Gerais%20da%20ONU.pdf. Acesso em: 4 jun. 2023)

165. Independentemente da denominação dada ao recurso existente para recorrer de decisão, o importante é que esse recurso garanta um exame abrangente da decisão recorrida.

166. A este respeito, a Comissão de Direitos Humanos concluiu [...] que a inexistência da possibilidade de revisão integral da condenação e sentença do autor, como se desprende da própria decisão de cassação [...], limitando tal revisão ao processo formal ou aspectos jurídicos da sentença, não cumpre as garantias exigidas pelo n.º 5 do artigo 14.º do Pacto. Consequentemente, foi negado ao autor o direito de rever a sua condenação e sentença, em violação do artigo 14, parágrafo 5, do Pacto [ONU, Comitê de Direitos Humanos, M. Sineiro Fernández v. Espanha (1007/2001), parecer de 7 de agosto de 2003, pars. 7 e 8; e ONU, Comitê de Direitos Humanos, C. Gómez Vásquez v. Espanha (701/1996), parecer de 20 de julho de 2000, par. 11.1.].

167. No presente caso, os recursos interpostos contra a condenação de 12 de novembro de 1999 não atenderam ao requisito de ser um recurso amplo, de modo a permitir ao tribunal superior realizar uma análise ou exame abrangente e integral de todas as questões debatidas e analisadas em primeira instância. Esta situação levou aos recursos de cassação interpostos pelos senhores Fernán Vargas Rohrmoser e Mauricio Herrera Ulloa, e pelo defensor deste último e pelo representante especial do jornal “La Nación”, respectivamente (par. 95. w supra), contra a condenação, não satisfizessem os requisitos do artigo 8.2 h. da Convenção Americana na medida em que não permitiram um exame abrangente, mas limitado.⁴²³

Ademais, ressaltou que compõe a garantia do devido processo legal ser julgado por um juiz ou tribunal imparcial, motivo pelo qual a Corte considerou violada a garantia da imparcialidade prevista no art. 8.1 da CADH, uma vez que os magistrados da Terceira Sala da Corte Suprema de Justiça que proveram o recurso de cassação contra a sentença absolutória, declarando a nulidade da absolvição e remetendo os autos para o juízo competente, a fim de

⁴²³ OEA. Corte IDH. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**. Exceções preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C, nº. 107, §§ 161-167 Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf. Acesso em: 4 jun. 2023. Tradução livre. No original: “161. De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. [...] 164. La posibilidad de “recurrir del fallo” debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. 165. Independientemente de la denominación que se le de al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice una examen integral de la decisión recurrida. 166. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos concluyó [...] que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación [...], limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto [O.N.U., Comité de Derechos Humanos, M. Sineiro Fernández c. España (1007/2001), dictamen de 7 de agosto de 2003, párrs. 7 y 8; y O.N.U., Comité de Derechos Humanos, C. Gómez Vásquez c. España (701/1996), dictamen de 20 de julio de 2000, párr. 11.1.] 167. En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. Esta situación conlleva a que los recursos de casación interpuestos por los señores Fernán Vargas Rohrmoser y Mauricio Herrera Ulloa, y por el defensor de éste último y apoderado especial del periódico “La Nación”, respectivamente (supra párr. 95. w), contra la sentencia condenatoria, no satisficieron los requisitos del artículo 8.2 h. de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado.”

que fosse proferida nova sentença, foram os mesmos que analisaram e negaram provimento ao recurso interposto pela defesa de Herrera Ulloa e do diretor do jornal "La Nación". Conforme entendimento da Corte, tais juízes estavam impedidos de julgar o recurso defensivo, porquanto já tinham se manifestado sobre o mérito da causa em momento anterior.

Em razão da condenação, o Estado da Costa Rica promoveu, mediante a Lei 8.837/2010, alterações em seu sistema recursal, de tal modo que, quanto às condenações passadas, o Tribunal de Cassação passou a ser competente para realizar o reexame fático e probatório da condenação, se as pessoas já condenadas assim o requeressem; e, no tocante aos fatos posteriores, previu o recurso de apelação para assegurar a reapreciação integral da condenação.

Sendo assim, avançando sobre a temática do duplo grau de jurisdição, a Corte IDH estabeleceu que o recurso contra a condenação deve ser acessível, ou seja, que sua interposição não envolva maiores complexidades, e que permita o reexame integral, abrangendo todas as questões debatidas na instância anterior, vedada a participação de magistrados que tenham se pronunciado sobre os fatos anteriormente.

4.1.1.3 Caso Barreto Leiva vs. Venezuela

Os fatos se passaram em fevereiro de 2009, quando foi aprovada pelo então Presidente da Venezuela, Carlos Andrés Pérez Rodríguez, uma retificação orçamentária no valor de duzentos e cinquenta milhões de bolívares.

Oscar Enrique Barreto Leiva exercia, à época, o cargo de Diretor-Geral Setorial de Administração e Serviços do Ministério da Secretaria da Presidência da República. Barreto Leiva foi processado, juntamente com outras autoridades com prerrogativa de foro (o presidente, um senador e um deputado), e condenado pela Corte Suprema de Justiça da Venezuela como autor do crime de malversação agravada pelo grau de cumplicidade, recebendo a pena de um ano e dois meses de prisão, além de outras penas acessórias. Barreto Leiva não foi assistido por um defensor de sua escolha no momento da investigação, não teve a oportunidade de fazer perguntas às testemunhas, de conhecer e contraditar as provas que estavam sendo produzidas, tampouco de apresentar provas em sua defesa. Além disso, Barreto Leiva foi intimado, durante a fase investigativa, para prestar declarações como testemunha, porém foi surpreendido com a decretação de sua prisão preventiva, sem a possibilidade de obter liberdade mediante fiança, ficando custodiado por período superior ao tempo de condenação.

A denúncia foi protocolada perante a CIDH em 09 de agosto de 1996, que, depois de emitir os informes de admissibilidade e de mérito em 17 de julho de 2008, exarou

recomendações ao Estado da Venezuela, que permaneceu inerte, razão pela qual a demanda foi apresentada à Corte IDH em 31 de outubro de 2008.

Dentre as várias alegações, a CIDH, contando com a adesão pelo representante de Barreto Leiva, sustentou que, por ter sido condenado, em única instância, pela alta corte venezuelana, Barreto Leiva não foi julgado por um tribunal competente, uma vez que ele não possuía foro por prerrogativa de função⁴²⁴, e não teve assegurado seu direito de revisão da condenação.

Após o processamento do caso, a Corte IDH proferiu sentença de mérito, reparações e custas em 17/11/2009, constatando que o Estado venezuelano violou as seguintes disposições da CADH: conhecimento formal e previamente dos fatos imputados pelo acusado (art. 8.2 da CADH); ampla defesa e contraditório (art. 8.2.c da CADH); assistência de defesa técnica (art. 8.2.d da CADH); presunção de inocência; liberdade pessoal; e duplo grau de jurisdição (art. 8.2.h da CADH).

A Corte IDH, então, condenou a Venezuela, entre outras formas de reparação, a possibilitar, dentro de um prazo razoável, de interposição de recurso para revisar a condenação na íntegra, caso assim desejasse a vítima, bem como a adequar o ordenamento jurídico interno a fim de garantir o duplo grau das decisões condenatórias, incluindo-se as hipóteses de foro por prerrogativa de função.

No tocante à garantia do duplo grau de jurisdição⁴²⁵, entendeu a Corte IDH que o julgamento de um acusado perante o mais alto tribunal do Estado, embora compatível com a CADH, não o desonera de assegurar ao imputado o direito de recorrer de eventual decisão condenatória⁴²⁶. Nesse sentido, a Corte IDH propôs⁴²⁶, como forma de compatibilizar as hipóteses de foro por prerrogativa de função e o duplo grau previsto no art. 8.2.h da CADH, que o Estado

⁴²⁴ Como predito, as problemáticas recursais acerca do foro por prerrogativa de função fogem do escopo da pesquisa. Ainda assim, registre-se que, no caso em exame, a Corte IDH assinalou que o foro “privilegiado” constituía uma proteção à integridade de determinadas funções estatais, com inegável interesse público.

⁴²⁵ “A dupla conformidade judicial, expressada mediante a íntegra revisão da condenação, confirma o fundamento e outorga maior credibilidade ao ato jurisdicional do Estado, e ao mesmo tempo brinda com maior segurança e proteção aos direitos do condenado.” (OEA. Corte IDH. **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela**. Sentença de mérito, reparações e custas de 17 de novembro de 2009. Série C, nº. 206, § 89. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf. Acesso em: 9 set. 2023.) Tradução livre. No original: “La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado.”

⁴²⁶ Para a Corte IDH, ao menos que o Estado formule reservas aos dispositivos convencionais, não há qualquer exceção ao duplo grau de jurisdição, no que os sistemas regional americano e universal de proteção dos direitos humanos divergem do sistema europeu, sendo que neste último foi editado o Protocolo nº 7 à CEDH que prevê, em seu art. 2.2, expressamente, que: “Este direito [ao duplo grau] pode ser objeto de exceções em relação a infrações menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição.”

poderia definir ser atribuição do Presidente da Suprema Corte o julgamento em primeira instância ou de uma de suas turmas, enquanto o exame da impugnação recursal poderia ser atribuído ao pleno, frise-se, com exclusão dos julgadores que tiverem se pronunciado sobre o caso⁴²⁷.

Em suma, colhe-se deste precedente, para além da orientação da Corte IDH no sentido de ser imprescindível a observância do duplo grau de jurisdição nas ações de competência originária dos Tribunais, que o reexame em fase recursal pode ser realizado por outro órgão colegiado de um mesmo tribunal.

4.1.2 Caso Mohamed vs. Argentina

Os fatos ocorreram em 16 de março de 1992, quando Oscar Alberto Mohamed, motorista de ônibus na cidade de Buenos Aires, atropelou uma senhora e provocou sua morte, sendo, então, processado pelo crime de homicídio culposo (art. 84 do Código Penal argentino).

Em 30 de agosto de 1994, a primeira instância do poder judiciário argentino (*Juzgado Nacional en lo Correccional n° 3*) absolveu Mohamed por insuficiência de provas da autoria delitiva, aplicando “la regla del *favor re*”. Já no dia seguinte, o Ministério Público foi intimado da sentença e interpôs recurso de apelação.

Em 22 de fevereiro de 1995, no julgamento de recurso interposto pela acusação, a segunda instância do poder judiciário argentino (*Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal Correccional*), composta por três juízes, reformou a sentença e condenou Mohamed pelo crime de homicídio culposo a três anos de prisão, concedendo-lhe uma espécie de suspensão condicional da pena, e suspensão do direito de dirigir qualquer automotor pelo prazo de oito anos. A condenação em segundo grau foi fundamentada, inclusive, em regulamento posterior (Decreto n° 692/92 – Regramento de Trânsito e Transporte), que definia a imprudência no trânsito (lei penal em branco) e que sequer vigia ao tempo dos fatos, porque publicado no diário oficial argentino em 30 de abril de 1992.

Dentre outros motivos, a defesa de Mohamed, no dia 13 de março de 1995, interpôs recurso extraordinário federal, com base no art. 256 do Código *Procesal Civil y Comercial de la Nación*, alegando violação aos princípios da legalidade e da irretroatividade de norma penal

⁴²⁷ No original: “[...] Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso.” (OEA. Corte IDH. **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela**. Sentença de mérito, reparações e custas de 17 de novembro de 2009. Série C, n°. 206, § 90. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf. Acesso em: 9 set. 2023.)

maléfica, bem como ao dever de fundamentação. Em 4 de julho de 1995, a *Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional* inadmitiu o recurso, entendendo que a defesa pretendia reexame de fatos e provas e que a *Corte Supremo de la Justicia de la Nación* não era uma terceira instância. A respeito da aplicação da norma posterior aos fatos, o tribunal de segundo grau compreendeu a questão como um “erro material”.

Na data de 17 de julho de 1995, Mohamed foi demitido, por justa causa, do seu emprego de motorista de ônibus em razão de sua inabilitação para dirigir.

Inadmitido o recurso extraordinário federal, a defesa de Mohamed, em 18 de julho de 1995, interpôs um recurso de queixa (*recurso de queja*), similar ao agravo do art. 1042 do Código de Processo Civil (CPC), perante a *Corte Suprema de la Justicia de la Nación*, tendo esta, porém, rejeitado o recurso em 19 de setembro de 1995. Ainda no dia 27 de setembro daquele mesmo ano, outra vez sem sucesso, a defesa de Mohamed apresentou um requerimento perante a Corte Suprema, solicitando a revogação da decisão que rejeitou o recurso de queixa.

A defesa de Mohamed, em 18 de março de 1996, protocolou denúncia à CIDH, que, por sua vez, admitiu o caso mediante Informe de Admissibilidade nº 02/05, em 22/02/2005. Posteriormente, em 02 de novembro de 2010, a CIDH expediu Informe de Mérito nº 173/10, remetendo o caso à Corte IDH em 13 de abril de 2011, sob alegação de violação aos princípios da legalidade e da irretroatividade, ao direito de defesa, à garantia do duplo grau e ao direito à proteção judicial consagrados nos arts. 9, 8.2.c, 8.2.h e 25.1 da CADH, cumulados com as obrigações previstas nos arts. 1.1 e 2 também da CADH, requerendo a adoção de medidas de reparação.

Expedidas as notificações do Estado e do advogado de defesa a respeito da submissão do caso pela CIDH nos dias 18 e 20 de maio de 2011, Mohamed comunicou à Corte IDH que naquele 4 de julho seu então representante processual havia falecido, solicitando a nomeação de um defensor público interamericano. Em seguida, a Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEF) informou à Corte IDH a designação de Gustavo Vitale e Marcelo Torres Bóveda, defensores públicos da Argentina e Paraguai, respectivamente, para exercerem a representação legal de Mohamed⁴²⁸.

Apresentado o Escrito de Petições, Argumentos e Provas (EPAP) pela defesa técnica de Mohamed em 11 de dezembro de 2011, os defensores endossaram as alegações da CIDH, solicitando à Corte IDH que fossem reconhecidas violações: a) ao princípio da legalidade penal (anterioridade) e da irretroatividade da lei penal (art. 9º c/c art. 1.1 da CADH); b) a garantias

⁴²⁸ Este foi o segundo processo julgado pela Corte IDH em que houve atuação da Defensoria Pública Interamericana. A atuação pioneira se deu no Caso Furlan e familiares vs. Argentina.

judiciais do direito de ser ouvido, do direito de defesa em juízo, do direito a recurso efetivo, do direito de não ser julgado duplamente por um mesmo fato (vedação ao *bis in idem*) e do direito à decisão fundamentada (arts. 8.1, 8.2.c, 8.2.d, 8.2.e, 8.2.h, 8.4, c/c 1.1 da CADH); c) e à garantia da proteção judicial (art. 25.1, 25.2.a e 25.2.b, c/c art. 2º da CADH). Por fim, requereram a reparação dos danos causados a Mohamed e seus familiares (esposa e quatro filhos).

O Estado Argentino, em contestação apresentada no dia 28 de fevereiro de 2012, apresentou exceção preliminar, ao argumento de que a violação ao princípio do *non bis in idem* (art. 8.4 da CADH) não havia sido alegada no âmbito interno, nem perante a CIDH, estando a matéria preclusa, sustentando também que a inovação da questão afrontava o caráter subsidiário da Corte e o princípio do *estoppel* (*venire contra factum proprium*). No mérito, rechaçou todas as alegações por parte da vítima, defendendo que o Estado não teria desrespeitado os direitos consagrados nos arts. 8.2.c, 8.2.h, 8.4, 9 e 25.1 da CADH, tampouco os arts. 1.1 e 2 do mesmo instrumento, uma vez que: a) a verdadeira vítima seria a senhora que foi atropelada; b) o processo criminal argentino havia tramitado e apurado os fatos regularmente; c) houve equívoco técnico pela defesa na interposição do recurso extraordinário federal; d) a CADH exigia sentença definitiva para se falar em violação ao *bis in idem*; e) não houve violação à anterioridade da lei penal, pois não era necessária a norma complementar de trânsito acerca do dever de cuidado, bastando a comprovação da conduta imprudente; e que a mera menção de um regramento posterior não ofenderia tal princípio, mesmo porque havia regramento anterior, de 1945, que complementava a questão; f) Mohamed não teria alegado a violação ao duplo grau de jurisdição e violação a *bis in idem* em âmbito interno.

Em manifestação, a CIDH asseverou que a garantia do duplo grau não consistia em “direito a duas instâncias”, mas sim na revisão, por parte de um tribunal superior, da condenação independentemente da fase processual em que fosse proferida. Ressaltou que o recurso extraordinário federal não permitiu uma revisão eficaz, oportuna e acessível de acordo com os padrões convencionais. Além do art. 8.2.h, defendeu que houve consecutiva violação ao art. 2º da CADH (dever de adotar disposições de direito interno). Refutou, por extemporaneidade, a exceção preliminar do Estado Argentino de que a vítima nunca teria sustentado violação ao duplo grau nos recursos interno.

Realizadas audiências públicas em 20 e 21 de junho de 2012⁴²⁹, em uma das quais, frise-se, foi ouvido como perito o professor argentino Julio Bernardo José Maier⁴³⁰, a Corte IDH proferiu sentença de exceção preliminar, mérito, reparações e custas.

Em sentença datada de 23 de novembro de 2012, a Corte IDH rejeitou a objeção de admissibilidade, ao fundamento de que, segundo sua jurisprudência (Caso Cinco Pensionistas vs. Peru), as vítimas e seus representantes poderiam invocar violação de outros direitos distintos do compreendidos no informe de mérito da CIDH, desde que se correlacionasse com os marcos fáticos estabelecidos pela Comissão. Nesse sentido, a Corte IDH entendeu que a alegação de violação ao *non bis in idem* estava relacionada com os mesmos fatos delimitados pela CIDH no informe de mérito (apelar de uma sentença absolutória), mas apenas sob outra roupagem jurídica.

Afirmando sua competência para análise do caso, porquanto a Argentina era Estado-Parte da CADH desde 05 de setembro 1994, reconhecida a competência contenciosa na mesma data, a Corte IDH admitiu, sem ressalvas, inclusive das partes, toda a prova documental, bem como as declarações da vítima e a prova pericial.

Acerca das violações propriamente ditas, a Corte IDH não se pronunciou sobre as alegadas violações aos arts. 8.2.c, 8.2.d, 8.2.e, 25.2.a e 25.2.b da CADH, entendendo que os representantes não apresentaram argumentos jurídicos sobre, nem se referiram a quais fatos versariam. Também não se pronunciou sobre as violações aos arts. 8.1, 8.2.c e 25.1, porque decorrentes da violação ao direito ao recurso. A decisão, portanto, ficou restrita ao direito de recorrer da condenação a um juiz ou tribunal superior (art. 8.2.h, c/c o art. 2º da CADH) e ao direito de não ser duplamente processado sobre um mesmo fato (art. 8.4 da CADH).

Quanto à alegação de infringência ao art. 8.4 da CADH⁴³¹ (proibição ao *bis in idem*), para os representantes de Mohamed, o recurso contra uma sentença de juízo regular somente teria natureza de direito do acusado e, por isso, não poderia ser utilizado pela acusação. Dessa forma, a possibilidade de um novo julgamento, submetendo o réu a novo risco de condenação, infringiria o princípio segundo o qual ninguém poderia ser julgado duas vezes pelo mesmo fato. Essa tese contou com a adesão dos peritos ouvidos pela Corte IDH, os juristas argentinos

⁴²⁹ Disponível em: <https://vimeo.com/album/1982419>. Acesso em: 2 set. 2023.

⁴³⁰ Um dos maiores nomes do Direito Processual Penal da América do Sul e da América Central, cujas obras são referências para o estudo do Processo Penal. Julio Maier foi juiz do Tribunal Superior de Justiça da Cidade Autônoma de Buenos Aires.

⁴³¹ Art. 8.4 da CADH – “O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.”. (OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, 1969)

Alberto Binder e Julio Maier, que defendiam a natureza unilateral do recurso de apelação no processo penal.⁴³²

A Corte IDH, no entanto, rejeitou a tese dos defensores interamericanos e não responsabilizou o Estado Argentino, adotando a vertente pela bilateralidade do direito ao recurso no processo penal. Salientou também que, à luz do art. 8.4 da CADH, para que fosse configurado o *bis in idem*, seria necessário a realização de um primeiro processo que resultasse em sentença absolutória transitada em julgado, o que não era o caso, acrescentando que ficou provado que a legislação argentina garantia uma proteção mais ampla que nos termos firmados na CADH. Portanto, não se sustentava a argumentação de que o recurso da acusação seria um novo processo, pois este se desenvolvia em etapas, sendo a fase recursal apenas uma delas.⁴³³

Em contrapartida, a Corte IDH concluiu que a Argentina violou a garantia do duplo grau de jurisdição, prevista no art. 8.2.h da CADH⁴³⁴, porque não foi garantida a interposição, contra a condenação em segundo grau, de um recurso ordinário, ou seja, um recurso que permitisse ampla discussão de fatos, provas e questões jurídicas.

Ainda como embasamento, a Corte IDH lançou mão do art. 14.5 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), que dispunha que: "Toda pessoa culpada por um delito

⁴³² PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. 3ª ed. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 234-235. Conforme a interpretação de MAIER a respeito dos reflexos do arts. 8.2.h da CADH e 14.5 do PIDCP sobre a legislação processual argentina, sob influência da proibição do *double jeopardy* típica dos sistemas do *common law*, "o recurso contra a sentença já não pode ser concebido como uma faculdade de todos os intervenientes no procedimento que corresponde também aos acusadores, em especial ao acusador público (fiscal), para remover qualquer motivo de injustiça da sentença, conforme as pretensões dos outros intervenientes distintos do condenado penalmente; deverá perder, assim, seu caráter bilateral – o de ser faculdade de todos os participantes – para transformar-se em um direito exclusivo do condenado a requerer a dupla conformidade com a condenação, condição de execução de uma pena; isso equivale a dizer que só a condenação penal ditada por um tribunal de juízo é recorrível e somente pelo condenado: a absolvição – salvo no caso de aplicação de uma medida de segurança – e a condenação não recorrida a favor do imputado permanecem firmes por seu único pronunciamento e qualquer persecução penal posterior deve ser considerada um *bis in idem*." (MAIER, Julio B. J.. **Derecho procesal penal: fundamentos**. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, t. 1, p. 709.) Tradução livre. No original: "El recurso contra la sentencia ya no puede ser concebido como una facultad de todos los intervinientes en el procedimiento que corresponde también a los acusadores, en especial al acusador público (fiscal), para remover cualquier motivo de injusticia de la sentencia, conforme a las pretensiones de los otros intervinientes distintos del condenado penalmente; deberá perder, así, su carácter bilateral – el de ser facultad de todos los participantes – para transtorsarse en un derecho exclusivo del condenado a requerir la doble conformidad con la condena, condición de la ejecución de una pena estatal; ello equivale a decir que sólo la condena penal dictada por un tribunal de juicio es recurrible y sólo lo es por el condenado: la absolución – salve el caso de aplicación de una medida de seguridad y corrección – y la condena no recurrida a favor del imputado quedan firmes por su solo pronunciamento y cualquier persecución penal posterior debe ser considerada un *bis in idem*."

⁴³³ *Ibid.*, p. 235.

⁴³⁴ Art. 8.2.h da CADH: "[...] durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior." (OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, 1969)

terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, na forma da lei."⁴³⁵.

Para a Corte IDH, portanto, não haveria exceção ao duplo grau de jurisdição, instaurando-se divergência no tocante ao entendimento que prevalecia no Sistema Europeu.

Neste aspecto, esclarece-se que a Corte Europeia de Direitos humanos (Corte EDH) permite que a garantia ao duplo grau seja limitada quando o réu for condenado em segundo grau em recurso contra a sua absolvição proferida na instância de origem, conforme art. 2.2 do Protocolo nº 7 à Convenção Europeia de Direitos humanos (CEDH), que prevê expressamente que:

Este direito [ao duplo grau] pode ser objeto de exceções em relação a infrações menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição.⁴³⁶

De forma distinta, o entendimento da Corte IDH foi de que o exercício do duplo grau de jurisdição surgia com a condenação, de modo que “resulta contrário ao propósito desse direito específico que não seja garantido frente a quem é condenado mediante uma sentença que revoga uma decisão absolutória.”⁴³⁷.

A Corte IDH, ademais, sublinhou que o PIDCP tinha uma redação que não permitia qualquer restrição ao duplo grau, na medida que deveria ser assegurado a toda pessoa declarada culpada por um crime, de modo que, se o indivíduo é condenado somente a partir do julgamento de uma apelação, pelo órgão jurisdicional de segundo grau, disso surgiria o seu direito a um recurso ordinário.⁴³⁸

O recurso ordinário, por sua vez, compreenderia meio efetivo para análise de questões fáticas, probatórias e jurídicas, já que “[...] existe uma interdependência entre as determinações fáticas e a aplicação do direito, de forma que uma equivocada determinação dos fatos implica uma equivocada ou indevida aplicação do direito”⁴³⁹. E mais,

⁴³⁵ ONU. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**, 1966.

⁴³⁶ CE. **Protocolo nº 7 à Convenção Europeia de Direitos Humanos**, 1984.

⁴³⁷ OEA. Corte IDH. **Caso Mohamed vs. Argentina**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 novembro de 2012. Série C, nº. 255, § 92. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf. Acesso em: 2 set. 2023.

⁴³⁸ PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. 3ª ed. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 234.

⁴³⁹ OEA. Corte IDH. **Caso Mohamed vs. Argentina**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 novembro de 2012. Série C, nº. 255, § 100. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf. Acesso em: 2 set. 2023. Tradução livre. No original: “existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho.”

97. O Tribunal indicou que o direito de recorrer da decisão é uma garantia primordial que deve ser respeitada no âmbito do devido processo legal, a fim de permitir que uma sentença adversa seja revista por um juiz diferente ou tribunal de hierarquia organizacional superior. A dupla conformidade judicial, expressa através do acesso a um recurso que confere a possibilidade de revisão integral da condenação, confirma o fundamento e confere maior credibilidade ao ato jurisdicional do Estado, e ao mesmo tempo proporciona maior segurança e proteção aos direitos dos condenados. Da mesma forma, a Corte indicou que o importante é que o recurso garanta a possibilidade de um exame integral da decisão recorrida.

[...]

99. O Tribunal considerou que o artigo 8.2.h da Convenção se refere a um recurso ordinário acessível e eficaz. Isso significa que deve ser garantido antes que a sentença adquira o caráter de coisa julgada. A eficácia do recurso implica que este deve fornecer resultados ou respostas à finalidade para a qual foi concebido. Da mesma forma, o recurso deve ser acessível, ou seja, não deve exigir complexidades maiores que tornem esse direito ilusório.⁴⁴⁰

Portanto, concluiu a Corte IDH que os recursos extraordinário federal e de queixa não constituíram meio de impugnação efetivo para Mohamed, pois tais recursos se limitavam à fiscalização de questões relativas à validade de uma lei, tratado, norma constitucional ou arbitrariedade de uma sentença, excluindo-se questões fáticas e probatórias, bem como questões de direito de natureza jurídica não constitucional. Assim, o sistema processual penal argentino aplicado a Mohamed não lhe garantiu um recurso ordinário acessível e eficaz que permitisse o reexame pleno de sua condenação, em conformidade com o art. 8.2.h da CADH.

Em relação ao princípio da legalidade (anterioridade), embora tenha feito algumas considerações, a Corte IDH entendeu que a questão deveria ser examinada pelo Tribunal Superior a quem caberia conhecer do recurso contra a condenação, como consequência da violação ao art. 8.2.h da CADH. Dessa maneira, numa espécie de juízo de prejudicialidade, não decidiu se houve ou não violação ao art. 9º da CADH⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ OEA. Corte IDH. **Caso Mohamed vs. Argentina**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 novembro de 2012. Série C, nº. 255, §§ 97 e 99. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf. Acesso em: 2 set. 2023. Tradução livre. No original: “97. El Tribunal há señalado que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los der Echos del condenado. Asimismo, la Corte ha indicado que, lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida. [...] 99. La Corte ha sostenido que el artículo 8.2.h de la Convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz. Ello supone que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiriera la calidad de cosa juzgada. La eficacia del recurso implica que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido. Asimismo, el recurso debe ser accesible, esto es, que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho.”

⁴⁴¹ Art. 9º da CADH: “Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a

A Corte IDH, então, determinou que o Estado Argentino: a) adotasse as medidas necessárias para garantir a Mohamed o direito de recorrer da sentença condenatória, nos termos estabelecidos no art. 8.2.h da CADH⁴⁴²; b) suspendesse os efeitos da condenação até o julgamento do recurso a ser interposto por Mohamed; c) publicasse, no prazo de seis meses, o resumo oficial da sentença em diário de ampla circulação nacional, bem como disponibilizasse, por um ano, a sentença na íntegra em *site* oficial; d) e pagasse as indenizações fixadas em 50.000 dólares por danos materiais e morais, além de 3.000,00 dólares de custas e 7.539,42 dólares de restituição ao fundo de assistência legal das vítimas; e) dentro de um ano da notificação da sentença, informasse as medidas adotadas para cumprimento da decisão.

No dia 13 de novembro de 2015, a Corte IDH, em resolução de supervisão de cumprimento da sentença, resolveu encerrar o caso, declarando cumpridas: a) as publicações pelo Estado Argentino; b) o pagamento das indenizações por danos materiais e morais; c) a adoção das medidas necessárias para garantia do duplo grau a Mohamed, porque o representante da vítima requereu, em escritos datados de 2014 e 2015, que a Argentina fosse eximida dessas obrigações, haja vista que o cumprimento redundaria mais prejuízos do que benefícios à vítima, pois importaria em reabrir uma causa penal já prescrita; d) a adoção das medidas para suspender os efeitos da condenação, em especial os registros dos antecedentes, uma vez que os antecedentes já não existiam mais por terem caducado, segundo o direito interno argentino.

Convém anotar que, cerca de dois anos após a sentença de mérito, reparações e custas da Corte IDH, dois fatos interessantes ocorreram no Estado Argentino.⁴⁴³

O primeiro foi que a Suprema Corte Argentina no precedente *García Belsunce* (causa C. 382.XLIX), em acórdão dos juízes Raúl Zaffaroni, Juan Carlos Maqueda y Carlos Fayt,

imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado.” (OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, 1969)

⁴⁴² O art. 2º da Convenção Americana contempla o dever geral dos Estados-Partes de adaptar seu direito interno às suas disposições para garantir os direitos nela consagrados. A Corte estabeleceu que tal dever implica a adoção de medidas em dois aspectos. Por um lado, a supressão de normas e práticas de qualquer natureza que impliquem violação das garantias previstas na Convenção. Por outro lado, a emissão de normas e o desenvolvimento de práticas conducentes ao efetivo cumprimento das referidas garantias. (OEA. Corte IDH. **Caso Mohamed vs. Argentina**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 novembro de 2012. Série C, nº. 255, § 113. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf. Acesso em: 2 set. 2023. Tradução livre. No original: “El artículo 2 de la Convención Americana contempla el deber general de los Estados Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella consagrados. La Corte ha establecido que dicho deber implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.”)

⁴⁴³ Oportuno esclarecer que, anteriormente à sentença no Caso Mohamed vs. Argentina, após a reforma constitucional de 1994, que inseriu o art. 75, inc. XXII, na Constituição argentina, reconhecendo a hierarquia constitucional da CADH, a Corte Suprema de Justiça da Nação reviu posicionamento anterior e passou a tomar decisões a partir do *status* constitucional da garantia do duplo grau de jurisdição, por vezes, mencionando precedentes da Corte IDH.

julgou procedente um recurso extraordinário interposto pela defesa de Carlos Alberto Carrascosa, acusado da morte de sua esposa, María Marta García Belsunce, e tornou sem efeito a decisão da Suprema Corte de Justiça da Província de Buenos Aires, que havia rejeitado os recursos extraordinários de nulidade e inaplicabilidade de lei por defeitos formais e mantido o pronunciamento da Primeira Turma do Tribunal de Cassação de Buenos Aires, que condenou o réu à pena de prisão perpétua como um coautor do crime de homicídio agravado pelo parentesco, do qual havia sido absolvido pelo Tribunal Penal nº. 6 de San Isidro. Por ocasião do julgamento, a Suprema Corte Argentina, dentre outros motivos, fundamentou a decisão com base no Caso Mohamed vs. Argentina.⁴⁴⁴ Posteriormente, Carlos Alberto Carrascosa foi absolvido definitivamente.⁴⁴⁵

O segundo, por sua vez, decorreu da Lei 27.063/2014, que promulgou um novo Código de Processo Penal da Nação Argentina⁴⁴⁶, prevendo em seu art. 21, relativo ao “direito de recorrer”, que: “Toda pessoa tem direito a recorrer da sanção penal que tenha sido imposta perante outro juiz ou tribunal com amplos poderes para sua revisão.”⁴⁴⁷

Em síntese final, no Caso Mohamed vs. Argentina, a Corte IDH asseverou que, para atender às exigências da garantia do duplo grau de jurisdição (art. 8.2.h da CADH), deve-se assegurar um reexame integral de toda condenação, independentemente da instância de julgamento, caso assim o réu deseje, e não apenas da sentença condenatória de primeiro grau.

Portanto, impõe-se que o recurso contra o acórdão condenatório que reforma uma absolvição seja: a) ordinário, ou seja, que permita a rediscussão completa e ampla da decisão condenatória questionada em todos os seus aspectos, sejam eles fáticos, probatórios e jurídicos; b) acessível, isto é, que não se exija requisitos complexos de admissibilidade, com formalidades excessivas que dificultem seu conhecimento; c) eficaz, a ponto de permitir plena reversão do

⁴⁴⁴ Disponível em: <https://www.cij.gov.ar/nota-14479-Caso-Garc-a-Belsunce--la-Corte-nacional-pidi--que-la-Suprema-Corte-bonaerense-garantice-la-doble-instancia-penal.html>. Acesso em: 8 jan. 2024.

⁴⁴⁵ Disponível em: <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-absuelve-definitivamente-carlos-carrascosa-causa-homicidio-su-esposa-nv27522-2020-12-10/123456789-0abc-225-72ti-lpsedadevon?&o=8&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%20tem%20de%20Documento&t=24038>. Acesso em: 8 jan. 2024.

⁴⁴⁶ Disponível em: <http://www.saij.gov.ar/se-promulgo-ley-27063-aprobacion-nuevo-codigo-procesal-penal-nacion-se-promulgo-ley-27063-aprobacion-nuevo-codigo-procesal-penal-nacion-nv9812-2014-12-04/123456789-0abc-d21-89ti-lpsedadevon>. Acesso em: 8 jan. 2024.

⁴⁴⁷ Tradução livre. No original: “Artículo 21. Derecho a recurrir. Toda persona tiene derecho a recurrir la sanción penal que se le haya impuesto ante otro juez o tribunal con facultades amplias para su revisión.”. Disponível em: <http://www.saij.gov.ar/descarga-archivo?guid=klmnoprstuvw-nove-dade-sley27063pdf&name=ley27063.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2024.

quadro prejudicial gerado ao réu pela condenação, de modo que a via impugnativa deve ser disponibilizada antes do trânsito em julgado.

4.1.3 Precedentes posteriores ao Caso Mohamed vs. Argentina

4.1.3.1 Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname

Historiando o caso, referem-se os fatos à persecução criminal que se viu submetido Liakat Ali Alibux, sociólogo, ex-Ministro de Recursos Naturais (1996 a 2000) e ex-Ministro de Finanças (1999 a 2000) de Suriname, em vista da acusação de que, enquanto Ministro de Finanças, entre os meses de junho e julho de 2000, empenhou a compra de um imóvel no valor de US\$ 900.000,00 (novecentos mil dólares) para o Ministério do Desenvolvimento Regional, transação essa que foi investigada entre abril e agosto de 2001, verificando-se, em tese, a prática dos crimes de falsificação, fraude e violação de regulamentação cambial.

Em 09 de agosto de 2001, o Procurador-Geral remeteu uma carta ao governo solicitando que o Sr. Alibux fosse acusado perante a Assembleia Nacional e, assim, autorizasse a deflagração da ação penal. Em 26 de outubro de 2001, foi aprovada a Lei sobre Acusação de Funcionários com Cargos Políticos (LAFCP) com o propósito de regular o art. 140 da Constituição do Estado do Suriname e estabeleceu regramento para o processamento de funcionários públicos com cargos políticos, mesmo após a aposentadoria, por atos criminosos cometidos durante o exercício de seus cargos. Após a aprovação da LAFCP, em 4 de janeiro de 2002, o Procurador-Geral retirou o pedido anterior de acusação e apresentou um novo pedido à Assembleia Nacional para a acusação do Sr. Alibux, nos moldes do novo regramento. Com a aprovação da Assembleia Nacional, em 29 de outubro de 2002, após passar pela fase de investigação, o Procurador-Geral iniciou um processo criminal contra o Sr. Alibux perante o Supremo Tribunal de Justiça, a mais alta corte de justiça do país.

Em 11 de novembro de 2002, o Sr. Alibux apresentou uma petição ao Supremo Tribunal de Justiça, alegando que a acusação era ilegal por violar os princípios da não retroatividade e da legalidade, uma vez que o primeiro pedido de acusação contra ele foi apresentado antes da entrada em vigor da LAFCP, e solicitou a imediata interrupção do processo. Em 27 de dezembro de 2002, o Supremo Tribunal de Justiça declarou inadmissível o pedido do Sr. Alibux, sob fundamento de que a declaração de ilegalidade de um ato do Procurador-Geral e a interrupção do procedimento não estariam dentro dos poderes conferidos ao Tribunal.

Em sua defesa, o Sr. Alibux indicou que o art. 140 da Constituição do Suriname e a LAFCP eram incompatíveis com a CADH, uma vez que previam um processo de instância única, também reiterou a irretroatividade da aplicação da LAFCP. Em 12 de junho de 2003, a Alta Corte de Justiça negou as exceções preliminares do Sr. Alibux por considerar que um tratado internacional não teria efeito direto em um caso específico, que a Corte não poderia estabelecer um recurso que não estava contemplado na legislação nacional, e que a LAFCP era aplicável, porquanto não estabelecia conduta punível (lei substantiva que existia antes das ações do Sr. Alibux), mas apenas regulamentava o processo de tal conduta.

Em 5 de novembro de 2003, o Supremo Tribunal de Justiça, em instância única, composta três juízes, condenou o Sr. Alibux por uma das acusações de falsificação a um ano de detenção e inabilitação de exercer o cargo político por um período de três anos, ordenando sua prisão imediata. O Sr. Alibux deu início ao cumprimento da pena em fevereiro de 2004 e foi solto em 14 de agosto de 2004 por indulto presidencial.

Na data da condenação, a LAFCP não previa nenhum recurso contra a sentença condenatória. Em 27 de agosto de 2007, a LAFCP foi alterada para permitir um recurso de apelação, dispondo que o primeiro julgamento seria realizado por uma turma de três juízes da Alta Corte de Justiça e o recurso seria julgado por uma turma composta por cinco a nove juízes do mesmo órgão. Essa reforma estabeleceu, ainda, um prazo de três meses para que todas as pessoas que haviam sido condenadas anteriormente pudessem interpor o recurso de apelação, faculdade que não foi exercida pelo Sr. Liakat.

Feita a denúncia à CIDH em 20 de julho de 2003, que expediu os informes de admissibilidade (09 de março de 2007) e de mérito (22 de julho de 2011), o caso foi remetido à Corte IDH em 20 de janeiro de 2012, sendo a sentença de execuções preliminares, mérito, reparações e custas prolatada em 30 de janeiro de 2014.

Após rejeitar exceção preliminar arguida pelo Estado do Suriname de não esgotamento dos recursos internos e não acolher, no mérito, a alegação de violação do princípio da irretroatividade da norma penal mais grave, ressaltando se tratar de inovação legal procedimental, o que afastaria a incidência do art. 9º da CADH, a Corte entendeu que, em razão de o Sr. Liakat ter sido julgado em primeira e última instância pelo tribunal máximo do seu país, sem direito ao recurso, o Suriname violou a garantia do duplo grau de jurisdição (art. 8.2.h da CADH). Além disso, destacou que a implementação posterior do recurso não afastava a responsabilidade internacional do Suriname, porque tal meio de impugnação mostrou-se inadequado e ineficaz, uma vez que só foi disponibilizado ao Sr. Alibux depois do cumprimento

da pena e, conseqüentemente, não foi capaz de mitigar os danos antes que ele sofresse os efeitos da condenação.

Com relação ao ponto central deste trabalho, a Corte IDH reiterou os precedentes até então existentes a respeito da garantia do duplo grau de jurisdição, ressaltando não haver exceções ao recurso contra uma condenação nos termos do art. 8.2.h da CADH.

Ponto interessante, em rechaço à argumentação do Estado do Suriname, foi a fundamentação da Corte IDH⁴⁴⁸ no sentido que a CADH assegurou a garantia do duplo grau de jurisdição de forma mais extensa do que o PIDCP, pois este, ao prevê-la, ressaltou que o exercício da garantia seria feito “[...] em conformidade com a lei” (art. 14.5 do PIDCP), ao passo que o art. 8.2.h não fez qualquer ressalva. Demais disso, a Corte IDH tornou a frisar sua concordância com a interpretação feita pelo CDH no Comentário Geral nº 32⁴⁴⁹, salientando que o próprio Comitê Onusiano entendia que a remissão à disciplina normativa interna no art. 14.5 do PIDCP não justificava restrições à garantia do duplo grau de jurisdição⁴⁵⁰.

Demais disso, a Corte IDH retomou a interpretação feita no Caso Mohamed vs. Argentina com relação ao termo “[...] juiz ou tribunal superior”, ao qual se refere o art. 8.2.h da CADH, de que, não existindo um tribunal de grau hierárquico mais elevado, prescindiria que o órgão encarregado pelo reexame fosse hierarquicamente superior ao prolator da decisão impugnada, do ponto de vista de estrutura do poder judiciário, pelo que poderia ser entendido por “superior” aquele que tivesse competência para efetuar a revisão completa do caso. A isso, a Corte IDH acrescentou algumas possibilidades encontradas, a partir de estudo comparado das legislações dos Estados membros da OEA, para o exercício do duplo grau de jurisdição quando não há órgão hierarquicamente superior a ser acionado: a) em casos que uma Turma julga em primeira instância, o Tribunal Pleno funciona como instância revisora do recurso interposto; b) quando uma determinada Turma julga em primeira instância, outra Turma, de composição distinta, decide o recurso apresentado; c) quando uma Turma formada por um número certo de membros julga em primeira instância, outra Turma composta por um número superior de juízes

⁴⁴⁸ OEA. Corte IDH. **Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 30 de janeiro de 2014. Série C, nº. 276, § § 90-94. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf. Acesso em: 7 jul. 2023.

⁴⁴⁹ Conforme já explicado no item 4.1.1.2.

⁴⁵⁰ “[...] A expressão “de acordo com a lei” nesta disposição não pretende deixar a própria existência do direito de revisão à discricção dos Estados-Partes, uma vez que esse direito é reconhecido pelo Pacto, e não apenas pelo direito interno. O termo de acordo com a lei, ao contrário, refere-se à determinação das modalidades pelas quais a revisão por um tribunal superior deve ser realizada, bem como qual tribunal é responsável por realizar uma revisão de acordo com o Pacto”. (ONU. Comitê de Direitos Humanos. **Comentário Geral nº 32**, de 23 de agostos de 2007. § 45. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7726135/mod_resource/content/1/Comenta%CC%81rios%20Gerais%20da%20ONU.pdf. Acesso em: 7 jul. 2023)

que não participaram do processo de primeira instância decide o recurso. Em todas as hipóteses, a Corte IDH frisou que a composição das instâncias revisoras incluía apenas membros que não conheceram do caso em primeira instância e que a decisão emitida pudesse modificar ou revogar a condenação revisada.⁴⁵¹

Em resumo, depreende-se deste julgado o entendimento sedimentado pela Corte IDH de que o duplo grau de jurisdição não admite qualquer exceção, não havendo margem de apreciação aos Estados-Partes da CADH que permita restringir a garantia, mesmo quando o julgamento ocorrer na mais alta corte do país, incumbindo-lhes, por outro lado, regulamentar os meios impugnativos internamente, como exemplificado no estudo comparativo feito pela Corte, desde que respeitadas as diretrizes mínimas de proteção construídas jurisprudencialmente pela Corte IDH.

4.1.3.2 *Caso Norín Catrimán e outros vs. Chile*

O caso em questão insere-se em contexto de conflito social entre os Povos Indígenas Mapuche e o Estado do Chile em região onde tradicionalmente viviam o povo originário Mapuche e que passou a ser objeto de disputas movidas por interesses na exploração de recursos naturais pelo governo chileno. Figuraram como vítimas no sistema interamericano Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequeo Pichún Paillalao, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Licán, Patricia Roxana Troncoso Robles e Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, submetidos à perseguição penal chilena em razão da suposta prática de atos terroristas (incêndios e ameaças de incêndio a estabelecimentos e bens das empresas autorizadas a explorar os recursos naturais da região, sem resultar, todavia, qualquer dano à integridade física ou à vida de alguma pessoa).

⁴⁵¹ OEA. Corte IDH. **Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 30 de janeiro de 2014. Série C, nº. 276, § 98. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf. Acesso em: 7 jul. 2023. Tradução livre. No original: “De igual manera, la Corte observa que en estos supuestos, en donde no existe una instancia superior al máximo órgano, que pueda hacer una revisión íntegra del fallo condenatorio, algunos Estados de la región han adoptado distintas fórmulas jurídicas con el fin de garantizar el derecho a recurrir el fallo. En este sentido, el Tribunal constata que ello se ha logrado a través de diversas prácticas, a saber: a) cuando una Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia es la que juzga en primera instancia, para que luego el Pleno de la misma, sea la instancia que revise el recurso interpuesto; b) cuando una determinada Sala de la Corte Suprema juzga en primera instancia y otra Sala, de distinta composición, resuelve el recurso presentado, y c) cuando una Sala conformada por un número determinado de miembros juzga en primera instancia y otra Sala conformada por un número mayor de jueces que no participaron en el proceso de primera instancia, resuelva el recurso. Asimismo, el Tribunal observa que la composición de las instancias revisoras incluye miembros que no conocieron del caso en primera instancia y que la decisión emitida por aquellas puede modificar o revocar el fallo revisado.”

Deflagradas as ações penais respectivas, Segundo Aniceto Norín Catrimán e Pascual Huentequero Pichún Paillalao foram condenados como autores do crime de ameaça de incêndio terrorista, sendo-lhes aplicadas penas de cinco anos e um dia de prisão e sanções acessórias de inabilitação que restringiam o exercício do direito à liberdade de expressão e dos direitos políticos. Juan Ciriaco Millacheo Licán, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Sarvia e Patricia Roxana Troncoso Robles foram condenados como autores do delito de incêndio terrorista a penas de dez anos e um dia de prisão e sanções acessórias de inabilitação que limitavam o exercício dos direitos políticos. Por fim, Victor Manuel Ancalaf Llaupe foi condenado como autor do crime de terrorismo, tipificado no art. 2º, nº 4, da Lei 18.314, ao cumprimento de cinco anos e um dia de prisão e sanções acessórias de inabilitação que restringiam o exercício do direito à liberdade expressão e dos direitos políticos.

Esgotados os recursos internos, foram apresentadas quatro petições de denúncia à CIDH entre os anos de 2003 e 2005, apreciadas conjuntamente, a pedido do Estado Chileno. A CIDH emitiu informes de admissibilidade em 21 de outubro de 2006 e 02 de maio de 2007, assim como o informe de mérito em 05 de novembro de 2010, recomendando que o Chile tornasse sem efeito todas as condenações e procedesse com a adequação do ordenamento interno. Diante do não cumprimento das recomendações, a CIDH remeteu o caso à Corte IDH em 07 de agosto de 2011.

No que toca à pesquisa a respeito do duplo grau de jurisdição, a Corte IDH, em sentença de mérito, reparações e custas datada de 29 de maio de 2014, reiterou sua jurisprudência sobre o alcance e conteúdo da citada garantia judicial, repisando que, para fins de cumprimento do art. 8.2.h da CADH, é imprescindível que o recurso: i) esteja ao alcance de toda pessoa condenada; ii) seja um recurso ordinário garantido antes da formação da coisa julgada; iii) seja acessível, de modo que as formalidades exigidas para admissibilidade seja mínimas e, assim, não constituam obstáculos para que o recurso cumpra com seu objeto de reexaminar e decidir as teses alegadas pelo recorrente; iv) seja eficaz, de maneira que, independentemente da denominação, do procedimento ou sistema recursal adotado pelos Estados-Partes, constituía meio adequado para corrigir uma condenação equivocada; v) permita uma revisão integral do decisão condenatória recorrida, permitindo a análise ampla de fatos, provas e teses jurídicas; vi) esteja ao alcance de toda pessoa condenada, inclusive para quem é condenado mediante uma decisão que reforma uma sentença absolutória; vii) respeite as garantias processuais mínimas insertas no art. 8º da CADH no marco do devido processo legal.

Questão muito importante que foi salientada pela Corte IDH é que o recurso contra a condenação não pode se restringir a um exame de coerência interna dos fundamentos da decisão, ou seja, não basta o órgão revisor dizer que o resultado condenatório encontrou embasamento lógico na própria argumentação apresentada pelo julgador, incumbindo-lhe a exposição de fundamentação própria a conferir suporte à conclusão pela manutenção da condenação no segundo exame.

Ademais, a Corte IDH pontuou existir “na atividade jurisdicional uma interdependência entre as determinações fáticas e a aplicação do direito, de tal forma que uma equivocada fixação dos fatos implica um erro ou aplicação indevida do próprio direito”.⁴⁵²

Analisando as especificidades de cada vítima, a Corte IDH destacou que, ao tempo dos fatos, a legislação processual do Chile, dada pela Lei nº 19.696/2000, determinava que as sentenças proferidas por um tribunal de juízo oral seriam inapeláveis (art. 364 do Código de Processo Penal do Chile), prevendo como meio de impugnação da sentença condenatória o recurso de nulidade para invalidar o juízo oral e a decisão definitiva “por causas expressamente assinaladas na lei” (art. 372 do Código de Processo Penal do Chile), que, apesar de ter sido interposto por parte dos peticionários, tal meio de impugnação foi considerado ineficaz, pois não permitiu o reexame amplo de questões fáticas, probatórias e jurídicas.

Em suma, além da sistematização dos standards mínimos de proteção que devem ser observados para garantir o duplo grau de jurisdição, a Corte, no caso em questão, avançou na temática ao prestar destaque à interdependência entre os fatos e as teses jurídicas na esfera criminal e à impossibilidade de adoção de um recurso contra a condenação com hipóteses de cabimento taxativas e que vise apenas analisar aspectos formais no plano das nulidades.

4.1.3.3 *Caso Zegarra Marín e outros vs. Peru*

O Sr. Zegarra Marín ocupou o cargo de Diretor Adjunto de Passaportes da Diretoria de Migração e Naturalização do Peru de 10 de março a 28 de setembro de 1994. Entre os meses de agosto e outubro de 1994, foi denunciado pela imprensa a existência de passaportes supostamente processados irregularmente, dentre eles, o do Sr. Manrique Carreño, que tinha um mandado de prisão em aberto por ter cometido uma fraude financeira. Segundo noticiado

⁴⁵² OEA. Corte IDH. **Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, Membros e Ativista do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 29 de maio de 2014. Série C, nº. 279, § 270. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf. Acesso em: 8 ago. 2023. Tradução livre. No original: “[...] en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho.”

pela mídia à época, este passaporte teria sido emitido com a assinatura do Sr. Zegarra Marín. Em razão dessa suspeita, em 12 de setembro de 1994, foi nomeado um promotor *ad hoc* para investigar a suposta autoria do Sr. Manrique.

Como resultado desta investigação preliminar, o Ministério Público considerou que várias autoridades dos gabinetes de imigração teriam supostamente concorrido para os crimes relacionados com o processamento irregular de passaportes. Em 21 de outubro de 1994, a Promotoria denunciou 11 pessoas, incluindo o Sr. Zegarra Marín. No mesmo dia, o juiz do Trigésimo Sétimo Juízo Penal da Corte Superior de Justiça de Lima expediu um mandado de prisão em desfavor de Zegarra Marín. Tal mandado foi objeto de vários recursos e revogado em 22 de junho de 1995, porque as acusações contra o Zegarra Marín foram desconstituídas quando se constatou, dentre outras questões, que a assinatura constante do passaporte era falsa, motivo pelo qual recuperou sua liberdade em 30 de junho de 1995, após ter permanecido detido por mais de oito meses.

Em 8 de novembro de 1996, a Quinta Câmara Penal da Corte Suprema de Justiça proferiu a condenação de Zegarra Marín por crimes contra a administração da justiça, fé pública e corrupção de funcionários, sendo-lhe aplicada pena privativa de liberdade de quatro anos, suspensão condicionalmente, e o pagamento de indenização para reparação civil. A condenação baseou-se, decisivamente, na certeza indicada nas declarações dos corréus, salientando expressamente que a defesa de Zegarra Marín não refutou completamente as acusações contra ele, em nítida inversão do ônus da prova.

A defesa Zegarra Marín interpôs recurso de nulidade e, em 17 de dezembro de 1997, a Primeira Câmara Penal Transitória da Corte Suprema de Justiça prolatou decisão na qual confirmou a condenação proferida em primeira instância e impôs outras penas adicionais. Em 14 de setembro de 1998, Zegarra Marín interpôs recurso de revisão perante o Presidente da Corte Suprema de Justiça da República, o qual foi julgado improcedente.

Na data de 16 de maio de 2000, Zegarra Marín protocolou denúncia perante a CIDH, que emitiu os informes de admissibilidade, em 19 de março de 2009, e de mérito, em 02 de abril de 2014. Não cumpridas as recomendações pelo Estado peruano, a CIDH submeteu o caso à jurisdição da Corte IDH em 22 de agosto de 2014, que, após processamento, proferiu sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas em 15 de fevereiro de 2017.

Dentre as violações apontadas pela CIDH e pela vítima, sustentou-se que os recursos disponíveis na legislação processual penal peruana para impugnar a decisão condenatória não eram eficazes, infringindo o art. 8.2.h da CADH. A vítima fez uso do recurso de nulidade, o qual reputou ineficaz, pois não lhe garantiu o reexame integral da condenação, já que era vedada

a discussão sobre matéria fática-probatória. Também interpôs o recurso de revisão, que se viu inadmitido pelo tribunal, uma vez que a matéria debatida não constava do rol taxativo de admissibilidade.

Com relação ao recurso de revisão, a Corte IDH entendeu que não houve desrespeito ao enunciado no art. 8.2.h., c/c art. 25, ambos da CADH, uma vez que, por se tratar de um recurso excepcional, não seria este a via adequada para acionamento do duplo grau de jurisdição, o qual demanda um meio impugnativo que permita reexame integral da condenação.

Em contrapartida e no que importa primordialmente ao presente estudo em torno do art. 8.2.h da CADH, a Corte IDH, prestigiando toda a jurisprudência até ali construída, além de confirmar a limitação do recurso nulidade, cuja interposição era imediata à condenação, acrescentou ao debate o dever de motivação das decisões. No recurso de nulidade interposto por Zegarra Marín, o juízo *ad quem*, adotando a problemática “fundamentação” *per relationem*, limitou-se a ratificar os dizeres do Ministério Público e os fundamentos da sentença de condenação, sem enfrentar os argumentos levantados pela defesa, que consistiam na tese de que cabia ao órgão acusatório o ônus da prova, e não ao réu, que a perícia grafotécnica atestou que Zegarra Marín não assinou os passaportes fraudulentos e que as palavras dos corrêus foram valoradas sem considerar suas contradições.⁴⁵³

Assim, resumidamente, pode-se afirmar que a Corte IDH, aproximando o dever legal de fundamentação à garantia do duplo grau de jurisdição, fixou entendimento de que a eficácia do recurso contra a condenação está diretamente atrelada à incumbência da instância recursal de

⁴⁵³ OEA. Corte IDH. **Caso Zegarra Marín vs. Peru**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 15 de fevereiro de 2017. Série C, nº. 331, §§ 179 a 181. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_331_esp.pdf. Acesso em: 8 ago. 2023. No original: “179. En este sentido, en aras de resolver las cuestiones planteadas por el recurrente, resultaba necesario que la Primera Sala de la Corte Suprema hiciera referencia a las impugnaciones del señor Zegarra Marín, y se pronunciara sobre las principales cuestiones planteadas. Lo anterior a fin de garantizar la posibilidad de un examen integral de la sentencia recurrida, a la luz de las características de la doble conformidad (supra, párr. 171). Al respecto, la Corte recuerda que el recurso efectivo implica que el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas¹⁷². 180. A pesar de lo anterior, el 17 de diciembre de 1997 la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia emitió su pronunciamiento declarando sin lugar el recurso de nulidad interpuesto, al señalar que: “[...] de conformidad en parte con lo dictaminado por el señor Fiscal; por los fundamentos de la sentencia en materia de grado; y [considerando] que habiéndose acreditado la responsabilidad penal de los encausados así como la comisión de delitos materia de la instrucción, la pena impuesta a estos se encuentra arreglada a la ley” (supra párr. 100). 181. En virtud de ello, esta Corte nota que la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia se limitó a confirmar las consideraciones de la sentencia condenatoria sin pronunciarse sobre los argumentos principales presentados por el recurrente. En particular, los relativos, inter alia, a que: i) se le exigió que presentara pruebas de descargo contundentes, cuando era el órgano judicial el que tenía la obligación de demostrar su culpabilidad con pruebas admitidas en el proceso e idóneas; ii) no se valoró el peritaje de grafotecnia de la División de Criminalística de la Policía Nacional que demostraba que él no había firmado los pasaportes expedidos fraudulentamente, y iii) no se fundamentó el valor probatorio de las declaraciones de su coimputado, tomando en cuenta las contradicciones reiteradas durante el proceso penal.”

motivar suas decisões, enfrentando as questões suscitadas pelo condenado, não lhe sendo permitido o mero endosso dos fundamentos da sentença recorrida. É por meio da fundamentação que o tribunal *ad quem* explicita as razões fáticas, probatórias e jurídicas que confirmem ou refutem a tese acusatória, tendo a presunção de inocência como regra de julgamento também no órgão revisor.⁴⁵⁴

E mais, a Corte IDH afiançou que os recursos excepcionais, por suas limitações de admissibilidade e análise, não são instrumentos capazes de garantir o duplo grau de jurisdição.

4.1.4 Síntese dos padrões convencionais mínimos estabelecidos pela Corte IDH ao duplo grau de jurisdição

Com respaldo na análise dos precedentes tratados na pesquisa, convém sistematizar os padrões mínimos fixados pela Corte IDH acerca da garantia do duplo grau de jurisdição.

Para a Corte IDH, ao menos que o Estado-Parte formule reservas aos dispositivos convencionais (art. 8.2.h da CADH e art. 14.5 do PIDCP), não há qualquer exceção ao duplo grau de jurisdição, garantia exclusiva da pessoa condenada e que surge, independentemente da instância de julgamento, com a condenação, ainda que proferida em grau recursal por ocasião de reforma de uma decisão absolutória.

O duplo grau de jurisdição não se aperfeiçoa com a mera existência de um órgão superior com competência para revisar a condenação, sendo indispensável que tal órgão reúna todos os requisitos que legitimam o devido processo legal. Dessa forma, é imperativo que seja um juízo natural, competente, imparcial, independente e, frise-se, que não tenha se pronunciado sobre os fatos anteriormente.

Tal órgão revisor, a propósito, caso não exista um tribunal de grau hierárquico mais elevado do ponto de vista da composição orgânica do poder judiciário, pode ser formado por outro órgão colegiado de um mesmo tribunal, desde que sua composição inclua membros que não tomaram conhecimento do primeiro julgamento e tenham plena competência para modificação ou reforma completa da condenação reexaminada.

O efetivo exercício do duplo grau de jurisdição depende da existência de um recurso simples e acessível, cuja interposição não envolva maiores complexidades na admissibilidade;

⁴⁵⁴ Posteriormente, a Corte IDH consolidou este entendimento pela vinculação entre a efetividade do duplo grau de jurisdição e o dever de motivação das decisões também no Caso Amrhein e outros vs. Costa Rica. (OEA. Corte IDH. **Caso Amrhein e outros vs. Costa Rica**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 25 de abril de 2018. Série C, nº. 354, §§ 268-270. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_354_esp.pdf. Acesso em: 9 ago. 2023.)

eficaz, a ponto de permitir plena reversão do quadro prejudicial gerado ao réu pela condenação, de modo que a via impugnativa deve ser disponibilizada antes do trânsito em julgado; e ordinário, ou seja, que permita não apenas a reanálise de aspectos formais no plano das nulidades, mas ampla rediscussão do caso, abrangendo todas as questões fáticas, probatórias e jurídicas, justamente por haver uma interdependência entre a determinação dos fatos e a aplicação do direito.

A eficácia deste recurso ordinário contra a condenação, ainda, está diretamente atrelada ao dever da instância recursal de motivar suas decisões, enfrentando as questões suscitadas pelo condenado, o que não se perfaz com um mero exame de coerência interna dos fundamentos da decisão recorrida, endossando os mesmos motivos questionados. Incumbe à instância de revisão a exposição de fundamentação própria a conferir suporte à conclusão pela manutenção da condenação no segundo exame. É por meio da fundamentação que o tribunal *ad quem* explicita as razões fáticas, probatórias e jurídicas que confirmem ou refutem a hipótese acusatória, tendo, assim, a presunção de inocência como regra de julgamento também no órgão revisor.

Portanto, os recursos extraordinários, que não admitem reexame fático e probatório, embora sejam instrumentos de impugnação, não constituem meios de acionamento da garantia do duplo grau de jurisdição, tampouco as revisões criminais que, além de terem hipóteses de cabimento restritas, somente podem ser ajuizadas após o trânsito em julgado, isto é, quando o condenado já cumpriu ou se encontra cumprindo os efeitos da condenação.

4.2 O duplo grau de jurisdição e a exigência de recurso ordinário para impugnação de acórdão que reforma sentença absolutória em segundo grau: um problema a ser resolvido no sistema recursal brasileiro

Traçadas as premissas teóricas e conhecidos os padrões convencionais mínimos estabelecidos pela Corte IDH sobre a temática, são oportunas algumas breves reflexões em torno da garantia do duplo grau de jurisdição e da exigência de um recurso ordinário para rediscutir eventual condenação, em segunda instância, no âmbito de recurso acusatório contra sentença de absolvição.

Em seu digesto⁴⁵⁵, a Corte IDH reitera que o duplo grau de jurisdição “não pode ser efetivo se não for garantido a todo aquele que é condenado, já que a condenação é a

⁴⁵⁵ Documento público que contém todos os pronunciamentos jurídicos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), a respeito de um artigo da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), atualizado até dezembro de 2022.

manifestação do poder punitivo do Estado”, sendo “contrário ao propósito desse direito específico que não o seja garantido a quem é condenado mediante uma sentença que revoga uma decisão absolutória”, uma vez que “implicaria deixar o condenado desprovido de um recurso contra a condenação.”⁴⁵⁶

No caso de uma condenação em segunda instância, em que se reforma uma sentença absolutória, os recursos e as ações de impugnação previstas na legislação processual brasileira não satisfazem os padrões convencionais mínimos para o exercício da garantia ao duplo grau de jurisdição.

A oposição de embargos infringentes (art. 609, § único, do CPP) é restrita ao resgate do voto vencido favorável em julgamentos de segunda instância não unânimes; os embargos de declaração (art. 619 do CPP) são limitados à existência de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão na decisão recorrida. A interposição de recursos especial (art. 105, III, da CRFB/88) e extraordinário (art. 102, III, da CRFB/88), igualmente, fica adstrita à infringência de normas infraconstitucionais e constitucionais, respectivamente, sem contar os rígidos requisitos de admissibilidade; bem como o *habeas corpus* (art. 647 do CPP e art. 5º, LXVIII, da CRFB/88) não admite dilação probatória. A revisão criminal (art. 621 do CPP) é cabível apenas após o trânsito em julgado e quando a condenação for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, ou se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos, ou se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena. Dessa forma, não existe meio impugnativo que permita ampla discussão de fatos, provas e tese jurídicas a quem é condenado em segunda instância mediante reforma de sentença absolutória anterior.

Todos os recursos cabíveis contra o acórdão condenatório que reforma uma absolvição e as citadas ações impugnativas são de abrangência limitada, com requisitos legais e jurisprudenciais rígidos⁴⁵⁷, não garantindo ampla rediscussão dos fatos, provas e teses jurídicas.

O escopo da pesquisa, segundo antecipado, era identificar, a partir dos *standards* mínimos fixados na jurisprudência da Corte IDH sobre a garantia do duplo grau de jurisdição, os padrões convencionais violados quando há reforma de sentença absolutória em segunda instância. O diagnóstico que se faz, por sua vez, é que há evidente necessidade de revisão da legislação processual para que se concretize plenamente a garantia do duplo grau de jurisdição na hipótese demarcada.

⁴⁵⁶ OEA. Corte IDH. **Digesto** **Themis**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/digesto.cfm#_ftnref_662. Acesso em: 31 jan. 2024.

⁴⁵⁷ P. ex., os enunciados sumulares nº 7 do STJ e nº 279 do STF obstam o reexame probatório nos respectivos recursos excepcionais.

A adequação do sistema recursal brasileiro, imperativa por força dos arts. 1.1 e 2 da CADH, operacionalizando as possíveis soluções jurídicas⁴⁵⁸ para os casos de reforma de sentença absolutória com condenações em segundo grau, desafia outra investigação científica, que não só fugiria ao objeto deste trabalho, como demandaria um exame comparativo com outras legislações, com acréscimo de outras premissas teóricas, que não se amoldaria ao curto tempo da pesquisa do mestrado.

Ainda assim, diante da atual ordem jurídica brasileira, propõem-se, sem qualquer pretensão de esgotamento do assunto, ao menos quatro instigações finais às defesas de réus absolvidos que eventualmente figurem como recorrido em apelação proposta pelo Ministério Público.

A primeira, a arguição de inconveniência do recurso da acusação e requerimento pelo não conhecimento do apelo, entendendo-se que o duplo grau de jurisdição é garantia exclusiva do acusado, nos exatos termos do art. 8.2.h da CADH e do art. 14.5 do PIDCP. Embora a tese seja minoritária na doutrina e não tenha sido acolhida pela Corte IDH, assim defende Geraldo Prado:

A questão agora é se o princípio do duplo grau de jurisdição, concebido na esteira das convenções internacionais, comporta essa ideia de bilateralidade? Para nós a noção mais afinada com as citadas convenções prestigia a ideia de unilateralidade dos recursos no processo penal, oferecendo-se o direito somente à Defesa.⁴⁵⁹

⁴⁵⁸ As propostas, em geral, variam entre a criação de um meio impugnativo que permita ampla rediscussão do caso, como, por exemplo, um recurso ordinário para tribunal superior ou para órgão distinto de um mesmo tribunal que não tenha participado do julgamento do recurso acusatório, até as mais “radicais” pela limitação (impossibilidade de reexame fático-probatório) ou extinção do recurso da acusação contra a sentença absolutória. Nesse sentido, cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos criminais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 74-82; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efeito da sentença condenatória**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 86-87 e p. 96; MAIER, Julio B. J.. **Derecho procesal penal: fundamentos**. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, t. 1, p. 714; PAULA, Leonardo Costa de. Os recursos a partir de um sistema acusatório e do estado democrático de direito - a garantia do indivíduo e a legitimidade das partes para recorrer no processo penal. In: POSTIGO, Leonel González (dir.). **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Santiago: CEJA, 2017, p. 205-221; MORENO, Rafael Alvarez. **A garantia do duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: análise à luz do Direito Internacional dos Direitos humanos**. 2021. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021, p. 341-342. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-13072022-110032/>. Acesso em: 28 jan. 2024. Contrariamente à posição pela extinção do recurso ministerial em caso de absolvição do réu, com especial crítica a Ferrajoli, defende Alexander Araujo de Souza que, a seu ver – ponto de vista ilusório, diga-se de passagem –, o Ministério Público por ser parte imparcial no processo penal brasileiro e “detentor da missão de buscar sempre a correta aplicação da lei, não há qualquer fundamento razoável para que se lhe suprima o recurso em caso de absolvição do acusado em primeiro grau de jurisdição”, escolha que, no seu entendimento, afrontaria a própria teoria garantista de Ferrajoli e a ideia de paridade de armas. (SOUZA, Alexander Araujo de. A Supressão do Recurso Criminal do Ministério Público em Caso de Absolvição do Acusado: Quando Ferrajoli si è Sbagliato. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº 58, p. 29-51, out./dez. 2015)

⁴⁵⁹ PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana sobre Direitos humanos em Homenagem às ideias de Julio B. J. Maier. In: PRADO, Geraldo. **Em**

A segunda, a arguição de inconveniência por ausência de recurso ordinário para impugnar plenamente condenação, requerendo-se a manutenção da sentença absolutória em decorrência de um estado de inconveniência até que o Congresso Nacional regulamente o recurso contra acórdão condenatório em segundo grau, que reforme sentença absolutória, permitindo ampla discussão de fatos, provas e teses jurídicas.

A terceira, a aplicabilidade imediata do art. 8.2.h da CADH e do art. 14.5 do PIDCP, à luz do art. 1º, I, do CPP, requerendo preenchimento da lacuna normativa pela integração analógica, conforme art. 3º do CPP, aplicando-se o recurso ordinário previsto no art. 105, II, alínea “a”, da CRFB/88, nos ditames do voto do Min. Marco Aurélio no RHC nº 79.785/RJ⁴⁶⁰.

A quarta e não menos importante, sob enfoque de redução de danos, o zelo na elaboração de contrarrazões a recurso do Ministério Público, não se resumindo à ratificação dos fundamentos da sentença absolutória, mas, para além, explorando outras teses absolutórias e subsidiárias, notadamente em relação aos aspectos relativos à dosimetria da pena, regime prisional, substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, suspensão condicional do processo, direito de recorrer em liberdade, custas etc., promovendo-se contraditório efetivo com fim de influenciar a decisão colegiada que potencialmente poderá afetar o réu.

torno da jurisdição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 42. No mesmo sentido, cf. CASARA, Rubens Roberto Rebello. O direito ao duplo grau de jurisdição e a constituição: em busca de uma compreensão adequada. *In*: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Org.). **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da constituição da república de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 506; FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris, Volume II, **Teoria della democrazia**, 2ª ed., Roma-Bari: Laterza, 2009, p. 464-465; e MAIER, Julio Bernardo José. **Derecho procesal penal**: tomo I. Fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: del Puerto, 2004, p. 709.

⁴⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC Nº 79.785/RJ**, Relator(a): Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 29-03-2000, DJ 22-11-2002, p. 311-312 e p. 314.

CONCLUSÕES

Ante o exposto, as conclusões desta pesquisa serão listadas em sequência numérica, dando-se destaque aos pontos fundamentais explorados em cada seção:

1. A participação dos cidadãos, somada à articulação com os direitos humanos, é o que legitima e controla a ação estatal no paradigma do Estado Democrático de Direito. Essa democracia participativa não está restrita aos poderes legislativo e executivo. O poder judiciário também está incluído na estrutura democrática e, portanto, seus atos também dependem da participação dos cidadãos, com enfoque nos afetados pelas decisões, para que sejam legítimos. Disso ressaí a importância do processo, que, por inteligência do art. 1º, § único, da CRFB/88, é o espaço procedimentalizado para que as decisões proferidas por juízes, que não são eleitos pelo povo, sejam democraticamente legitimadas, mediante a participação dos destinatários que serão afetados.

2. O processo penal constitucional deve informar e conformar o poder punitivo estatal a fim de que seja exercido democraticamente. Há, assim, uma relação estreita entre processo e democracia, de tal forma que só haverá processo legítimo se promovida, mediante contraditório, a participação de eventual afetado pela decisão.

3. O processo penal, nos limites do Estado Democrático de Direito, com base na teoria fazzalariana, é procedimento cuja construção do provimento final é realizada mediante o exercício pleno e efetivo do contraditório por quem sofrerá os efeitos da decisão, a saber, o acusado. A perspectiva material do contraditório é o que permite a paridade de armas, que, aprioristicamente, é assimétrica no processo penal, o qual é desenvolvido entre desiguais.

4. Se o acusado é quem pode ser afetado pelo provimento final, o contraditório, no processo penal, aplica-se exclusivamente ao réu, mesmo porque é o único titular de direito humano. O Ministério Público, no processo penal, não atua em decorrência do contraditório, e sim da legalidade, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, segundo o art. 127 da CRFB/88.

5. O processo penal, no Estado Democrático de Direito, enquadra-se como uma estrutura democrática e protetiva do indivíduo, balizada pelos direitos humanos, de modo que os direitos e garantias funcionam como proteção ao acusado em relação ao poder punitivo estatal. Para além do efeito limitador ao mecanismo punitivo estatal, é papel do Estado a materialização dos direitos e garantias aos acusados no processo penal.

6. O modelo de processo penal constitucional e democrático assume o papel de garantia da dignidade da pessoa humana e de espaço de participação democrática, e não de

instrumento que objetiva finalidades que fujam à juridicidade, o que tornam incompatíveis as teorias da relação jurídica e da instrumentalidade do processo.

7. Para além do marco principiológico constitucional, é possível a proposição não só da harmonização convencional do modelo estudado, mediante diálogo interdisciplinar com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas também a interação das bases principiológicas constitucionais e convencionais como mecanismo ampliativo dos efeitos humanizantes sobre o processo penal.

8. Não há democracia sem o pleno respeito aos direitos humanos, assim como sem democracia não há respeito aos direitos humanos. Segundo a Corte IDH, a legitimidade democrática de certos fatos ou atos está limitada também pelas normas e obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos reconhecidos em tratados como a CADH, de modo que a existência de um verdadeiro regime democrático é determinada por suas características tanto formais quanto substanciais. Portanto, o princípio democrático inspira, irradia e guia a aplicação da própria CADH, comportando-se tanto como um princípio orientador, quanto como um mecanismo interpretativo.

9. A prática processual penal no Brasil, de modo geral, continua presa à legislação ordinária, inflada por leis emergenciais, simbólicas e ultrapassadas. Todavia, não pode mais subsistir a ideia de uma codificação nacional autossuficiente, sendo salutar ao aperfeiçoamento do sistema a expansão dos parâmetros de filtragem às normativas internacionais de direitos humanos.

10. Os direitos humanos, em decorrência da historicidade que os caracteriza, devem ser compreendidos dentro de um permanente processo histórico de construção progressiva, não só com o surgimento de novos direitos humanos, mas com o constante processo de evolução, em verdadeira abertura cognitiva (ou semântica) por meio da qual se permite atualizar, expandir o conteúdo do direito humano, poroso e permeável a novas concepções que aumentem seu grau de proteção. Assim, o conteúdo do direito humano não permanece estático, mas aberto a novas propostas que aumentem seu alcance protetivo. No entanto, essa abertura não comporta retrocessos (supressão ou restrição).

11. Em vista de uma normatividade plúrima, é imperativa uma abordagem interativa e coordenada entre normas domésticas e internacionais, o que, no marco do processo penal constitucional e, necessariamente, convencional, as normas processuais domésticas também devem ser filtradas e integradas com as disposições da CADH e as interpretações dadas pela Corte IDH.

12. Ao se propor a dupla proteção dos direitos humanos na esfera processual penal, não só mediante o controle de constitucionalidade ou de recepção da norma pré-constitucional, mas também pelo controle de convencionalidade, almeja-se reforçar a base humana como limite intransponível ao poder punitivo estatal. A releitura constitucional e convencional das normas funciona como meio de sustentação de um processo penal cuja dinamicidade evolua progressivamente em direção a uma maior proteção do acusado, assegurando e expandindo os limites do poder punitivo estatal, sem possibilidade de retrocessos mediante interpretações oportunistas que restrinjam, em nome de qualquer fim metajurídico, direitos humanos de quem sofrerá os efeitos da decisão final.

13. A integração com o Direito Internacional dos Direitos Humanos não compromete a soberania estatal, que não é absoluta e é reafirmada quando são observados os compromissos internacionais convencionalizados. A República Federativa do Brasil, que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88) e é regida nas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, da CRFB/88), ao promulgar a CADH, mediante o Decreto nº 678/92, comprometeu-se a respeitar os direitos e garantias nela reconhecidos (art. 1.1 da CADH), incumbindo-lhe o dever de adotar disposições de direito interno (art. 2 da CADH) quantas forem necessárias para efetivar tais direitos e garantias consagrados no Pacto de San José da Costa Rica.

14. Um modelo de processo penal que se propõe democrático deve ser sistematizado em torno tanto dos princípios, direitos e garantias constitucionais, quanto das normativas internacionais de direitos humanos, proporcionando uma interação harmônica entre as ordens jurídicas domésticas e internacionais a partir de uma hermenêutica integradora, ou mesmo da ideia de interconstitucionalidade desenvolvida por CANOTILHO ou do transconstitucionalismo de NEVES.

15. Não se defende a substituição do Modelo Constitucional por um Modelo Convencional de Processo Penal, e sim uma aposição, uma coexistência reciprocamente contributiva, conjugando os princípios e garantias fundamentais aos influxos advindos da tutela internacional dos direitos humanos.

16. O controle de convencionalidade enquadra-se na consolidação e aprimoramento do modelo de processo penal democrático, contribuindo para a expansão das balizas à atuação legítima do poder punitivo estatal, consolidando-se diante do quadro de deficiência democrática e da herança autoritária na região latino-americana.

17. O controle de convencionalidade pode ser definido como o exame de conformidade de uma norma ou prática interna em relação às normas internacionais de proteção

dos direitos humanos, incluindo não somente tratados, mas também a jurisprudência internacional. Além do exame de constitucionalidade, é dever do juiz nacional (não só dele, mas principalmente) controlar convencionalmente as leis e práticas internas.

18. O controle de convencionalidade tem sua base normativa nos 1.1, 2º, 25 e 29 da CADH, assim como nos arts. 26 e 27 da CVDT.

19. No plano jurisprudencial da Corte IDH, as primeiras menções diretas ao controle de convencionalidade remontam a três votos concorrentes fundamentados apresentados pelo juiz Sergio García Ramírez nos casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, *Tibi vs. Equador* e *López Álvarez vs. Honduras*. No entanto, foi apenas no Caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, que a Corte IDH adotou formalmente, no corpo de sua sentença, o termo “controle de convencionalidade”, consagrando a função que já era exercida desde sua primeira sentença proferida no chamado “ciclo hondurenho”, além de expandir tal mister às jurisdições nacionais.

20. O alcance e outros aspectos sobre o controle de convencionalidade foram tratados em julgados posteriores pela Corte IDH, cuja síntese é: a) além da Corte IDH, toda autoridade pública é responsável por exercer, ainda que de ofício, o controle de convencionalidade em face de normas ou práticas estatais; b) os filtros de convencionalidade não se restringem à CADH, incluindo-se os demais tratados e convenções de direitos humanos dos quais sejam partes os Estados, assim como as interpretações alcançadas pelas Corte IDH sobre estes e aquela, seja na função contenciosa ou consultiva; c) a CADH não impõe um modelo específico para o exercício do controle de convencionalidade; d) a Corte IDH, embora seja a intérprete última, é responsável pela aplicação subsidiária e complementar do controle de convencionalidade.

21. Quanto às finalidades, o controle de convencionalidade tem (i) um escopo preventivo em matéria de respeito e garantia dos direitos humanos; (ii) um objetivo de fortalecimento do diálogo judicial entre as cortes nacionais e a Corte Interamericana; (iii) atrelado ao segundo, um propósito de construir um *ius commune* interamericano em matéria de direitos humanos, funcionando como um piso sobre o qual os estados podem erguer uma estrutura protetiva mais ampla.

22. A função da Corte IDH é complementar à proteção existente no direito interno quanto à garantia dos direitos humanos, sendo certo que a Corte IDH não substitui os tribunais nacionais, tampouco atua como uma “quarta-instância” recursal, muito embora atos internos dos Estados possam ser examinados por ela, restando-lhe, assim, decidir por último.

23. Conforme decidido pela Corte IDH no Caso *Gelman vs. Uruguai*, em sede de supervisão do cumprimento de sentença, há efeitos diretos para as partes do processo

internacional (*res judicata*) e indiretos para os Estados-Partes da CADH (*res interpretata*) da sentença interamericana e sua relação com o controle de convencionalidade, sendo que destes se depreende a força vinculante da jurisprudência da Corte IDH.

24. O controle de convencionalidade envolve conhecer e aplicar todos os *standards* jurisprudenciais mínimos fixados nos precedentes da Corte IDH, ainda que o Brasil não tenha sido processado por determinado assunto perante a jurisdição interamericana, ressalvado, por óbvio, os casos em que a proteção interna seja mais ampla que o firmado pela CADH e pela jurisprudência da Corte IDH, bem como as hipóteses de *distinguishing*.

25. Com relação ao processo de internalização de tratados de direitos humanos no Brasil, o texto constitucional (art. 49, I e art. 84, VIII, da CRFB/88) adotou a teoria da junção de vontades ou dos atos complexos, tendo em vista a participação dos poderes executivo e legislativo na incorporação dos tratados internacionais na ordem jurídica interna, desdobrando-se tal processo em quatro etapas (assinatura, apreciação congressional, ratificação e promulgação).

26. No tocante à hierarquia dos tratados de direitos humanos, há ao menos quatro correntes principais sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos: natureza supraconstitucional; natureza constitucional; natureza de lei ordinária federal; e natureza supralegal.

27. Não obstante a existência de forte base doutrinária e interpretativa do texto constitucional (art. 5º, §§ 1º e 2, da CRFB/88) em defesa do *status* de constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, fato é que prevalece hoje no Brasil a teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos: supralegal para os que não foram aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º, da CRFB/88, independentemente de serem anteriores ou posteriores à EC n. 45/2004; e constitucional para os aprovados de acordo com o citado rito especial das emendas constitucionais. De todo modo, os tratados de direitos humanos incorporados pelo Brasil são hierarquicamente superiores à legislação ordinária e, por isso, são parâmetros para o exercício do controle de convencionalidade.

28. O art. 14 do PIDCP e o art. 8º da CADH ditam um padrão mínimo de devido processo penal. Diz-se mínimo, pois não é exaustivo, já que o espectro de proteção pode ser alargado pelas legislações internas dos estados, bem como pelas interpretações dos tribunais, sejam as cortes domésticas ou internacionais.

29. O duplo grau de jurisdição distingue-se do direito de recorrer. O direito de recorrer é expressão mais genérica, que inclui o reexame de qualquer decisão judicial, e pode ser limitado, tal como ocorre nos recursos excepcionais que só podem versar sobre

questões infraconstitucionais ou constitucionais. O duplo grau de jurisdição é uma garantia que está atrelada a um momento específico (após a condenação), exclusivo do imputado e não pode ser limitado, pois atinge com profundidade a presunção de inocência, já que relacionado diretamente com a decisão condenatória em seus aspectos fáticos, probatórios e jurídicos. Assim, recurso e duplo grau de jurisdição não se confundem, pois, embora interligados, são institutos distintos.

30. O duplo grau de jurisdição implica o reexame da condenação, por órgão diverso, que, no Brasil, em regra, é colegiado e superior ao juízo antecedente, permitindo um controle amplo da matéria fática, probatória e jurídica dita, em tese, como suficiente a superar a presunção de inocência no caso.

31. Apesar dos fundamentos psicológicos-subjetivos e políticos, o que justifica juridicamente o núcleo primordial do duplo grau de jurisdição, a partir de um modelo constitucional e convencional de processo, é a limitação do poder punitivo estatal, controlando a decisão condenatória mediante reforço protetivo da presunção de inocência.

32. A Constituição de 1988, que tem por característica ser analítica, estendendo o texto constitucional a muitas disciplinas que poderiam ser regulamentadas por lei ordinária, não previu expressamente o duplo grau de jurisdição. Diante desse cenário, instaurou-se debate intenso a respeito do plano constitucional de normatividade de tal garantia, que pode ser resumido em três posicionamentos: i) pela ausência de *status* constitucional; ii) pela previsão constitucionalmente implícita; iii) pela previsão explícita por integrar bloco de constitucionalidade.

33. Seja explicitamente previsto mediante adesão ao bloco de constitucionalidade, seja implicitamente deduzido das diversas normas constitucionais, seja compreendido como norma supralegal, presumindo-se uma pretensa colisão – que não existe – entre a Constituição e os tratados de direitos humanos, o suposto conflito deve ser resolvido pelas normas de interpretação do art. 29 da CADH, das quais despontam os critérios *pro homine* e da primazia da norma mais favorável.

34. Não há antinomia entre o previsto no art. 8.2.h da CADH e no art. 14.5 do PIDCP com a Constituição de 1988, pois não há contrariedade ou contraditoriedade, já que inexistente dispositivo constitucional que proíba o condenado de recorrer da condenação. A Constituição de 1988 não previu todos os recursos processuais penais, sobretudo nos casos dos tribunais estaduais, nem limitou o legislador ordinário de criá-los, sendo certo que os direitos humanos, assim como os direitos e garantias fundamentais, têm aplicação imediata, de forma que o art. 8.2.h da CADH e art. 14.5 do PIDCP devem ser imediatamente aplicados pelos tribunais.

35. Fixadas as distinções entre direitos e garantias, o duplo grau de jurisdição enquadra-se como garantia processual do imputado, pois é instrumento voltado a salvaguardar a legitimidade democrática do processo e, sobretudo, de proteção do estado de inocência de quem se vê inicialmente condenado. O duplo grau de jurisdição garante o controle democraticamente demarcado do provimento final do magistrado, que não se faz contraditor, permitindo o reexame amplo dos fatos, das provas e das teses jurídicas pelo imputado.

36. O titular da garantia do duplo grau de jurisdição é a pessoa condenada. O Ministério Público não recorre em razão da garantia do duplo grau de jurisdição, cujo exercício é exclusivo do imputado e contra a condenação, e sim por haver previsão infraconstitucional, ou seja, em decorrência da legalidade. Vale dizer que, quando recorre, o Ministério Público não compartilha do direito humano cujo único titular é o acusado, mas age legitimamente em virtude da legalidade a que se encontra submetido. Assim, certas restrições ao recurso da acusação são defensáveis como forma de balancear a inerente disparidade entre réu e Estado no processo penal. Nessa perspectiva, as garantias processuais, pensadas para o indivíduo, funcionam como instrumentos de equalização em favor do réu, de tal sorte que não podem ser subvertidas em prejuízo do acusado, desmantelando-se os limites do poder punitivo estatal.

37. A partir da análise dos precedentes tratados na pesquisa, apontam-se os seguintes padrões mínimos fixados pela Corte IDH acerca da garantia do duplo grau de jurisdição: 37.1) O duplo grau de jurisdição não se aperfeiçoa com a mera existência de um órgão superior com competência para revisar a condenação, sendo indispensável que tal órgão reúna todos os requisitos que legitimam o devido processo legal. Dessa forma, é imperativo que seja um juízo natural, competente, imparcial, independente e, frise-se, que não tenha se pronunciado sobre os fatos anteriormente; 37.2) Tal órgão revisor, caso não exista um tribunal de grau hierárquico mais elevado do ponto de vista da composição orgânica do poder judiciário, pode ser formado por outro órgão colegiado de um mesmo tribunal, desde que sua composição inclua membros que não tomaram conhecimento do primeiro julgamento e tenham plena competência para modificação ou reforma completa da condenação reexaminada; 37.3) O efetivo exercício do duplo grau de jurisdição depende da existência de um recurso simples e acessível, cuja interposição não envolva maiores complexidades na admissibilidade; eficaz, a ponto de permitir plena reversão do quadro prejudicial gerado ao réu pela condenação, de modo que a via impugnativa deve ser disponibilizada antes do trânsito em julgado; e ordinário, ou seja, que permita não apenas a reanálise de aspectos formais no plano das nulidades, mas ampla rediscussão do caso, abrangendo todas as questões fáticas, probatórias e jurídicas, justamente por haver uma interdependência entre a determinação dos fatos e a aplicação do direito; 37.4)

A eficácia deste recurso ordinário contra a condenação está diretamente atrelada ao dever da instância recursal de motivar suas decisões, enfrentando as questões suscitadas pelo condenado, o que não se perfaz com um mero exame de coerência interna dos fundamentos da decisão recorrida, endossando os mesmos motivos questionados, incumbindo-lhe a exposição de fundamentação própria a conferir suporte à conclusão pela manutenção da condenação no segundo exame. É por meio da fundamentação que o tribunal *ad quem* explicita as razões fáticas, probatórias e jurídicas que confirmem ou refutem a hipótese acusatória, tendo, assim, a presunção de inocência como regra de julgamento também no órgão revisor; 37.5) Os recursos extraordinários, que não admitem reexame fático e probatório, embora sejam instrumentos de impugnação, não constituem meios de acionamento da garantia do duplo grau de jurisdição, tampouco as revisões criminais que, além de terem hipóteses de cabimento restritas, somente podem ser ajuizadas após o trânsito em julgado, isto é, quando o condenado já cumpriu ou se encontra cumprindo os efeitos da condenação.

38. Os padrões convencionais mínimos estabelecidos pela Corte IDH, do ponto de vista interpretativo e expansivo, colocam em xeque o sistema processual penal brasileiro, o qual não se encontra estruturado em conformidade com o que se define a respeito do duplo grau de jurisdição nas hipóteses de reforma de sentenças absolutórias em segunda instância.

39. No caso de uma condenação em segunda instância, mediante reforma uma sentença absolutória, a possibilidade de oposição de embargos infringentes (art. 609, § único, do CPP) ou de declaração (art. 619 do CPP), interposição de recursos especial (art. 105, III, da CRFB/88) e extraordinário (art. 102, III, da CRFB/88), bem como ajuizamento de *habeas corpus* (art. 647 do CPP e art. 5º, LXVIII, da CRFB/88) ou revisão criminal (art. 621 do CPP) não satisfaz os padrões convencionais mínimos para o exercício da garantia do duplo grau de jurisdição. Não existe meio impugnativo, na legislação processual penal brasileira, que permita ampla discussão de fatos, provas e tese jurídicas a quem é condenado em segunda instância.

40. O diagnóstico que se faz é que há evidente necessidade de revisão da legislação processual para que se concretize plenamente a garantia do duplo grau de jurisdição na hipótese demarcada, a saber, os casos de reforma de sentença absolutória com condenações em segundo grau. De todo modo, não foi o propósito desta dissertação operacionalizar as possíveis adequações necessárias ao sistema recursal brasileiro, prorrogando-se este desafio para investigação científica ulterior.

41. Ainda assim, diante da atual ordem jurídica brasileira, propõem-se, sem qualquer pretensão de esgotamento do assunto, ao menos quatro instigações finais às defesas de réus absolvidos que eventualmente figurem como recorrido em apelação proposta pelo Ministério

Público: 41.1) A arguição de inconveniência do recurso da acusação e requerimento pelo não conhecimento do apelo, entendendo-se que o duplo grau de jurisdição é garantia exclusiva do acusado, nos exatos termos do art. 8.2.h da CADH e do art. 14.5 do PIDCP; 41.2) A arguição de inconveniência por ausência de recurso ordinário para impugnar plenamente a condenação, requerendo-se a manutenção da sentença absolutória em decorrência de um estado de inconveniência até que o Congresso Nacional regulamente o recurso contra acórdão condenatório que reforma sentença absolutória, permitindo ampla discussão de fatos, provas e questões jurídicas; 41.3) A aplicabilidade imediata do art. 8.2.h da CADH e do art. 14.5 do PIDCP, à luz do art. 1º, I, do CPP, requerendo preenchimento da lacuna normativa pela integração analógica, conforme art. 3º do CPP, aplicando-se o recurso ordinário previsto no art. 105, II, alínea “a”, da CRFB/88; 41.4) por último, sob enfoque de redução de danos, o cuidado na elaboração de contrarrazões a recurso do Ministério Público, de modo a explorar outras teses absolutórias e subsidiárias, promovendo-se contraditório efetivo com escopo de influenciar a decisão colegiada que potencialmente poderá afetar o réu.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fundamenti costituzionali della giustizia civile: il modelo costituzionale del processo civile italiano**. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. **Teoria Geral do Processo Penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999 *apud* PINTO, Felipe Martins. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos criminais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos criminais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

BANDEIRA, Marcos Thompson. **O duplo grau de jurisdição e o bloco de constitucionalidade: a constituição pode suprimir essa garantia?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARBOSA, Rui. **Obras completas de Rui Barbosa**. v. XX, tomo V. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1893. Disponível em: <https://docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=ObrasCompletasRuiBarbosa&id=55307542536&pagfis=9090>. Acesso em: 5 jan. 2024.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6. ed., 1995.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BORGES, Bruno Barbosa. **O controle de convencionalidade no sistema interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 123**, de 7 de janeiro de 2022. Ministro Luiz Fux. Brasília, DF. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1519352022011161dda007f35ef.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 364**, de 12 de janeiro de 2021. Ministro Luiz Fux. Brasília, DF. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3659>. Acesso em: 1 nov. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Decreto nº 19.841**, de 22 de outubro de 1945.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RHC nº 136.961/RJ**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Julgado em 15/6/2021, DJe de 21/6/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp nº 1.640.084/SP**, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 15-12-2016, Dje 1º-2-2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC nº 39**, Relator(a): Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Julgado em 19-06-2023, processo eletrônico dje-S/N, divulg 17-08-2023, public 18-08-2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1480 MC**, Relator(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04-09-1997, DJ 18-05-2001 PP-00435 EMENT VOL-02031-02 PP-00213.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6512**, Relator(a): Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 21-12-2020, processo eletrônico DJe-025, divulg 09-02-2021, public 10-02-2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 153/DF**. Relator(a): Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 29-04-2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216-01 PP-00011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 23 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 470 AgR-vigésimo sexto**. Tribunal Pleno. Relator(a): Joaquim Barbosa, Relator(a) p/ Acórdão: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 18-09-2013, acórdão eletrônico DJe-032, divulg 14-02-2014, public 17-02-2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292**. Relator(a): Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17-02-2016, processo eletrônico DJe-100 divulg 16-05-2016 public 17-05-2016 RTJ VOL-00238-01 PP-00118.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 466.343-1/SP**, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03-12-2008, DJ 04-06-2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC nº 79.785/RJ**, Relator(a): Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 29-03-2000, DJ 22-11-2002.

BRENER, Paula; PINTO, Felipe Martins. A eficácia do contraditório no Processo Penal: atuação e legitimação para além da legalidade. In: **Revista CNJ**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 37–50, 2019. DOI: 10.54829/revistacnj.v3i1.30, p. 40. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/30>. Acesso em: 14 ago. 2023.

BRENER, Paula; PINTO, Felipe Martins. A legitimação pelo contraditório no processo penal: para além de um silogismo dialético. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 162. ano 27. p. 171-215. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2019.

BÜLOW, Oskar von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Campinas: LZN, 2005.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Chronicle of a fashionable theory in Latin America. Decoding the doctrinal discourse on conventionality control. *In*: HAECK, Yves; RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo; HERRERA, Clara Burbano (org.). **The inter-american court of human rights: theory and practice, present and future**. Cambridge: Intersentia, 2015.

CAMPAGNANI, Arnaldo Lares. **A motivação sobre a valoração da prova testemunhal pela perspectiva de adequação ao dever de fundamentação das decisões judiciais no modelo constitucional de processo penal**. Orientador: Felipe Martins Pinto. 149f.. Dissertação de mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2019.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Apresentação. *In*: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. 2. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. 3. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. 1. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 20. reimpr. Coimbra: Almedina, 2017.

CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería el Foro, 1960.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**: tomo 1. Campinas: Bookseller, 2004.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. O direito ao duplo grau de jurisdição e a constituição: em busca de uma compreensão adequada. *In*: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo penal e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CE. **Protocolo nº 7 à Convenção Europeia de Direitos humanos**, 1984.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. Juízes independentes ou funcionários subordinados. *In*: **Revista cidadania e justiça da Associação dos Magistrados Brasileiros**. Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, 1º sem. 1998.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

DULITZKY, Ariel E. El impacto del control de convencionalidad: ¿un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos? *In: Tratado de los derechos constitucionales*. RIVERA, Julio César; ELIAS, José Sabastian; GROSMAN, Lucas Sebastian; LEGARRE, Santiago (coord.). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014, p. 535. Disponível em: <https://law.utexas.edu/faculty/publications/2014-El-Impacto-del-Control-de-Convencionalidad-Un-Cambio-de-Paradigma-en-el-Sistema-Interameri/download>. Acesso em: 02 dez. 2023.

FAVOREU, Louis. Ponencia francesa. *In: FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco (org.). El Bloque de la Constitucionalidad – simposium franco-espanhol de Derecho Constitucional*. Madrid: Civitas, 1991.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. par. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris, Volume II, **Teoria della democrazia**, 2ª ed., Roma-Bari: Laterza, 2009.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Constitución e processo civil en Latinoamérica**. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

FONSÊCA, Vitor Moreira da. **Processo civil e direitos humanos: o controle de convencionalidade no processo civil**. 2017. 194 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

FUCHS MARINO, T.; COIMBRA DE CARVALHO, L. A doutrina da res interpretata no sistema interamericano de direitos humanos: diferenciais, potencialidades e desafios. *In: Revista Direitos humanos e Democracia*, [S. l.], v. 8, n. 16, p. 75–94, 2020. DOI: 10.21527/2317-5389.2020.16.75-94. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/9737>. Acesso em: 2 dez. 2023.

GATTO, Joaquim Henrique. **O duplo grau de jurisdição e a efetividade do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Bosch, 1935.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GORDILLO, Agustín. **Derechos humanos: doctrina, casos y materiales: parte general**. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Almedina, 2020.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1.

HABERMAS, Jürgen. Direito e moral - Tanner Lectures 1986. *In*: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2.

HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Portella. **O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fapesp, 2001.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. 2ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. **Control de convencionalidad**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.

IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *In*: **Anuario de Derechos Humanos**, [S. l.], n. 8, p. 103-113, 2012, p. 104. Disponível em: <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/20555>. Acesso em: 2 dez. 2023.

JAYME, Fernando Gonzaga. **Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Garantia do duplo grau de jurisdição. *In*: CRUZ e TUCCI, José Rogério (coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, FCH/Fumec, 2008.

LEDESMA, Héctor Faúndez. **El Sistema interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales**. 3ª ed. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Niterói: Impetus, 2013.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Herder, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general**. México: Universidad Iberoamericana, 1984.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**, Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. **Teoria de la sociedad**. Guadalajara, Jalisco, México: Universidad de Guadalajara, 1993.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *In: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Controle de Convencionalidade*. Coordenação: Fabiane Pereira de Oliveira Duarte, Fabricio Bittencourt da Cruz, Tarciso Dal Maso Jardim. Brasília: CNJ, 2016.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. *In: Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, 2011, p. 314-315. Disponível em: www.corteidh.or.cr/tablas/27751.pdf. Acesso em: 2 dez. 2023.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. What do we mean when we talk about judicial dialogue: reflections on a judge of the Inter-American Court of Human Rights. *In: Harvard Human Rights Journal*, 30, 2017, p. 89-128.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MÖLLER, Carlos María Pelayo. Parte I – Deberes de los Estados y Derechos protegidos. *In: STEINER, Christian; Uribe, Patricia. Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentarios*. Bolívia: Fundación Konrad Adenauer, 2014.

MACHADO, Francisco Nogueira. **Interpretação constitucionalmente adequada do ônus probatório no processo penal à luz da presunção de inocência**. 118 f., enc. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2016.

MAIER, Julio B. J.. **Derecho procesal penal: fundamentos**. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, t. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). *In: Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli (coord.). 1ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. *In: Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 43-55, 2016.

MARTINS, Rui Cunha. Interconstitucionalidade e Historicidade. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Stvdia Ivridica 104**. Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. José Joaquim Gomes Canotilho. Coimbra: Editora Coimbra, 2002.

MARTINS, Rui Cunha. Matéria probatória, lesão epistêmica e historicidade processual. *In: J. F. C. et al. (Org.). In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. 1ª ed. Coimbra: Boletim da Faculdade de Coimbra. Ad Honorem – 8. Stvdia Ivridica 109, vol. 2, p. 515-524, 2017.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the Brazilian lessons**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentários ao art. 69. *In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: pacto de San José da Costa Rica*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Gen/Método, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Poder legislativo e os tratados internacionais: o treaty-making power na Constituição brasileira de 1988. *In: Revista de informação legislativa*, v. 38, n. 150, p. 27-53, abr./jun. 2001.

MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. A constituição de 1988 e o poder de celebrar tratados. *In: Revista de informação legislativa*, v. 45, n. 179, p. 89-126, jul./set. 2008. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160460/Constituicao_1988_poder.pdf?sequence=6&isAllowed=y. Acesso em: 6 dez. 2023.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. *In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005 por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Maurício Zanoide de. Princípio do duplo grau de jurisdição e direito ao recurso. *In*: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (org.). **Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 1.

MORENO, Rafael Alvarez. **A garantia do duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro**: análise à luz do Direito Internacional dos Direitos humanos. 2021. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-13072022-110032/>. Acesso em: 23 jan. 2024.

NEVES, Marcelo. **(Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões**. São Paulo: Lua Nova, 93: 201-232, 2014.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editoras WMF Martins Fontes, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, 1969.

OEA. Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 26 de set. 2006, Série C, nº. 154. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_por.pdf. Acesso em: 2 dez. 2023.

OEA. Corte IDH. **Caso Amrhein e outros vs. Costa Rica**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 25 de abril de 2018. Série C, nº. 354. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_354_esp.pdf. Acesso em: 9 ago. 2023.

OEA. Corte IDH. **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela**. Sentença de mérito, reparações e custas de 17 de novembro de 2009. Série C, nº. 206. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf. Acesso em: 9 set. 2023.)

OEA. Corte IDH. **Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México**. Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 26 de nov. 2010, Série C, nº. 220. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: 2 dez. 2023.

OEA. Corte IDH. **Caso Castillo Petrucci e outros vs. Peru**. Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 30 de maio de 1999. Série C, nº. 52.. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf. Acesso em: 3 jun. 2023.

OEA. Corte IDH. **Caso Gelman vs. Uruguai**. Resolução de cumprimento de sentença. Resolução de 20 mar. 2013. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf. Acesso em: 3 dez. 2023.

OEA. Corte IDH. **Caso Gelman vs. Uruguai**. Sentença de mérito e reparações. Sentença de 24 de fev. 2011, Série C, nº. 221. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_por.pdf. Acesso em: 2 dez. 2023.

OEA. Corte IDH. **Caso Gomes Lund e outros ('Guerrilha do Araguaia') vs. Brasil**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº. 219. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 23 set. 2023.

OEA. Corte IDH. **Caso Gorigoitia Vs. Argentina**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 2 de setembro de 2019. Série C, nº. 382.

OEA. Corte IDH. **Caso Gudiel Álvarez e outros ("Diário Militar")**. Sentença de mérito, reparações e custas. Sentença de 20 nov. 2012, Série C, nº. 253. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_253_esp1.pdf. Acesso em: 2 dez. 2023.

OEA. Corte IDH. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**. Exceções preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C, nº. 107. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf. Acesso em: 4 jun. 2023.

OEA. Corte IDH. **Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname**. Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 30 jan. 2014, Série C, nº. 276. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/76dc0db310925e305df1def0e12c9ee7.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2023.

OEA. Corte IDH. **Caso López Álvarez vs. Honduras**. Voto fundamentado do juiz Sergio García Ramírez à sentença de mérito, reparações e custas. Sentença de 01 de fev. 2006. Série C, nº 141.

OEA. Corte IDH. **Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 25 de novembro de 2004. Série C, nº. 119.

OEA. Corte IDH. **Caso Massacres do Rio Negro vs. Guatemala**. Sentença de exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 4 set. de 2012, Série C, nº. 250. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf. Acesso em: 2 dez. 2023.

OEA. Corte IDH. **Caso Mendoza e outros vs. Argentina**. Exceções preliminares, mérito e reparações. Sentença de 14 de maio de 2013. Série C, nº. 260.

OEA. Corte IDH. **Caso Mohamed vs. Argentina**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 novembro de 2012. Série C, nº. 255, § 92. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf. Acesso em: 2 set. 2023.

OEA. Corte IDH. **Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala**. Voto concorrente fundamentado do juiz Sergio García Ramírez à sentença de mérito, reparações e custas. Sentença de 25 de nov. 2003. Série C, nº 101.

OEA. Corte IDH. **Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, Membros e Ativista do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 29 de maio de 2014. Série C, nº. 279. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf. Acesso em: 8 ago. 2023.

OEA. Corte IDH. **Caso Roche Azaña e outros vs. Nicaragua**. Mérito e reparações. Sentença de 18 de novembro de 2020. Série C, nº. 418; OEA. Corte IDH. **Caso V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicaragua**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 8 de março de 2018. Série C, nº. 350.

OEA. Corte IDH. **Caso Rodríguez Revolorio e outros vs. Guatemala**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 14 de outubro de 2019. Série C, nº. 387.

OEA. Corte IDH. **Caso Scot Cochran vs. Costa Rica**. Exceções preliminares e mérito. Sentença de 10 de março de 2023. Série C, nº. 486.

OEA. Corte IDH. **Caso Tibi vs. Equador**. Voto concorrente fundamentado do juiz Sergio García Ramírez à sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 07 de set. 2004. Série C, nº 114.

OEA. Corte IDH. **Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru**. Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de nov. 2006, Série C, nº. 158. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: 2 dez. 2023.

OEA. Corte IDH. **Caso Valle Ambrosio e outro vs. Argentina**. Mérito e reparações. Sentença de 20 de julho de 2020. Série C, nº. 408.

OEA. Corte IDH. **Caso Vargas Areco vs. Paraguai**. Voto fundamentado do juiz Sergio García Ramírez à sentença de mérito. Sentença de 26 de set. 2006. Série C, nº 155.

OEA. Corte IDH. **Caso Zegarra Marín vs. Peru**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 15 de fevereiro de 2017. Série C, nº. 331. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_331_esp.pdf. Acesso em: 8 ago. 2023.

OEA. Corte IDH. **Digesto Themis**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/digesto.cfm#_ftnref_662. Acesso em: 31 jan. 2024.

OEA. Corte IDH. **Opinião Consultiva nº 8**, de 30 de janeiro de 1987. Série A, nº. 8. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf. Acesso em: 4 nov. 2023.

OEA. Corte IDH. **Opinião Consultiva nº 10**, de 14 de julho de 1989. Série A, nº. 10. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf. Acesso em: 30 dez. 2023.

OEA. Corte IDH. **Opinião Consultiva nº 14**, de 09 de dezembro de 1994. Série A, nº. 14. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_esp.pdf. Acesso em: 23 set. 2023.

OEA. Corte IDH. **Opinião Consultiva nº 21**, de 19 de agosto de 2014, Série A, nº. 21. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf. Acesso em: 2 dez. 2023.

OEA. Corte IDH. **Opinião Consultiva nº 28**, de 07 de junho de 2021. Série A, nº. 28. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_28_esp.pdf. Acesso em: 4 nov. 2023.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Pergamum, 2013.

OLIVEIRA, Márcio Luís de. **A Constituição juridicamente adequada: transformações do constitucionalismo e a atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Resolução nº 217 A III**, de 10 de dezembro 1948.

ONU. Comitê de Direitos Humanos. **Comentário Geral nº 32**, de 23 de agosto de 2007. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7726135/mod_resource/content/1/Comenta%CC%81rios%20Gerais%20da%20ONU.pdf. Acesso em: 4 jun. 2023.

ONU. **Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados**, 1969.

ONU. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**, 1966.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. 3ª ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PALACIOS, David Locatón. Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción. *In: Revista Direito e Práxis, [S. l.]*, v. 8, n. 2, p. 1389–1418, 2017, p. 1391. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/27730>. Acesso em: 2 dez. 2023.

PAULA, Leonardo Costa de. **O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

PAULA, Leonardo Costa de. Os recursos a partir de um sistema acusatório e do estado democrático de direito - a garantia do indivíduo e a legitimidade das partes para recorrer no processo penal. *In: POSTIGO, Leonel González (dir.)*. **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Santiago: CEJA, 2017, p. 205-221.

PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de direito internacional público**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo**. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

PINTO, Felipe Martins. **Introdução crítica ao processo penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

PINTO, Felipe Martins. **Introdução crítica ao processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

PINTO, Mónica. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. *In: La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas europeu, africano e interamericano**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PIRES, Francisco Lucas. **Introdução do Direito Constitucional Europeu**. Coleção Monografias. Coimbra: Editora Almedina, 1997.

PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana sobre Direitos humanos em Homenagem às ideias de Julio B. J. Maier. *In: PRADO, Geraldo. Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RAMÍREZ, Sergio García. El controle judicial interno de convencionalidad. *In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. Estudos avançados de Direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo Direito Público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RECONDO, Felipe. GALLUCCI, Mariângela. César Peluso: Somos o único país que tem quatro instâncias recursais. **O Estado de S. Paulo**. 27 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral/cesar-peluso-somos-o-unico-pais-que-tem-quatro-instancias-recursais,658805>. Acesso em: 23 set. 2023.

REZEK, José Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. *In: Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 162, p. 121-148, abr./jun. 2004.

RODRIGUES SANTOS, Hugo Leonardo. Transconstitucionalismo e sistema interamericano de proteção de direitos humanos: necessidade de abertura cognitiva para uma razão transversal no sistema constitucional brasileiro. *In: Revista Thesis Juris*, [S. l.], v. 5, n. 3, p. 732-747, 2016. DOI: 10.5585/rtj.v5i3.490. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/9914>. Acesso em: 4 dez. 2023.

ROSA, Alexandre de Moraes. A superação dos Sistemas Inquisitório e Acusatório com Exigência do Devido Processo Legal Substancial. *In: MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo. Processo penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. 1ª ed. Trad. Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

SÁ, Djanira Radamés de. **Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias com el sistema europeo. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). **Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales**. México: UNAM, 2011, p. 414. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2023.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. In: **Revista Estudios Constitucionales**, vol. 8, núm. 1, 2010, p. 273 e p. 275, *apud* IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **Anuario de Derechos Humanos**, [S. l.], n. 8, p. 103-113, 2012, p. 77. Disponível em: <https://anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/20555>. Acesso em: 2 dez. 2023.

SANTOS, Marina França. **A garantia do duplo grau de jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, São Paulo, n. 4, p. 241-271, jul./dez. 2004.

SEVERO ROCHA, L.; TONET, F. A interconstitucionalidade como produção jurídica descentralizada dentro das novas observações estatais. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 115, 27 nov. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOARES, Rafael Santos. **As provas obtidas por meios ilícitos e seu juízo de inadmissibilidade no processo penal brasileiro**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/46618/1/PDFA%20Tese%20-20Rafael%20Santos%20Soares%20-%20FINAL.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2024.

SOUZA, Alexander Araujo de. A Supressão do Recurso Criminal do Ministério Público em Caso de Absolvição do Acusado: Quando *Ferrajoli si è Sbagliato*. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n° 58, p. 29-51, out./dez. 2015.

TAVARES, André Ramos. Análise do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 8, v. 30, São Paulo, jan./mar. 2000.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução de José Engrácia Nunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

VASAK, Karel. **A 30-year Struggle: The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights**. The Unesco Courier. Southern Africa at grips with racism, Paris, nov. 1977. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0007/000748/074816eo.pdf#nameddest=48063>. Acesso em: 26 ago. 2023.

VASAK, Karel. For the Third Generation of Human Rights: The Right of Solidarity. Inaugural Lecture. Tenth Study Session. International Institute of Human Rights. jul. 1979. *In: The international dimension of human rights*. Paris: Unesco, 1982. v. I e II.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efeito da sentença condenatória**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Duplo Grau de Jurisdição na Justiça Criminal: o direito ao recurso como possibilidade de questionamento da motivação da sentença condenatória. *In: GIACOMOLLI, Nereu; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (org.). Processo Penal e Garantias Constitucionais. Estudos para um processo penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 219-255.

VÍTOLO, Alfredo M. Una novedosa categoría jurídica: el «querer ser». Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del «control de convencionalidad». *In: Pensamento Constitucional*, nº 18, 2013, p. 365. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8961/9369>. Acesso em: 3 dez. 2023.

VOLPINI, Carla Ribeiro; LIMA, Renata Mantovani de. Uma análise da proteção dos direitos humanos pela constituição brasileira após a emenda constitucional nº 45/2004: o caso TPI. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 61, pp. 127 - 147, jul./dez. 2012.