



MESTRADO EM DIREITO, GOVERNANÇA E POLÍTICAS PÚBLICAS

MATHEUS LINS ROCHA

O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MECANISMO EFETIVADOR DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: À GUIA DE PROSPECTAR SUA APLICAÇÃO, QUAL COROLÁRIO, À SAÚDE NO SISTEMA PRISIONAL

Salvador
2021

MATHEUS LINS ROCHA

O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MECANISMO EFETIVADOR DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: À GUIA DE PROSPECTAR SUA APLICAÇÃO, QUAL COROLÁRIO, À SAÚDE NO SISTEMA PRISIONAL

Dissertação apresentada Mestrado em Direito, Governança e Políticas Públicas da UNIFACS Universidade Salvador, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. José Euclimar Xavier de Menezes.

Salvador
2021

Ficha Catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas da
Universidade Salvador UNIFACS

Rocha, Matheus Lins

O controle jurisdicional de convencionalidade de políticas públicas como mecanismo efetivador dos direitos humanos fundamentais: à guisa de prospectar sua aplicação, qual corolário, à saúde no sistema prisional. Matheus Lins Rocha - Salvador, 2021.

304 f.: il.

Dissertação apresentada ao Mestrado em Direito, Governança e Políticas Públicas da UNIFACS Universidade Salvador, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. José Euclimar Xavier de Menezes.

1. Direito. 2. Direitos Humanos. 3. Políticas públicas. I. Menezes, José Euclimar Xavier de, orient. II. Título

CDD: 340

TERMO DE APROVAÇÃO

MATHEUS LINS ROCHA

O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MECANISMO EFETIVADOR DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: À GUIA DE PROSPECTAR SUA APLICAÇÃO, QUAL COROLÁRIO, À SAÚDE NO SISTEMA PRISIONAL

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Governança e Políticas Públicas da UNIFACS Universidade Salvador, aprovada pela seguinte banca examinadora:

José Euclimar Xavier de Menezes - Orientador _____
Doutor pela Universidade Estadual de Campinas/UNICAMP, Brasil
UNIFACS Universidade Salvador

Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas _____
Doutor pela Universidade Federal da Bahia, UFBA, Brasil
UNIFACS Universidade Salvador

César Oliveira de Barros Leal _____
Doutor pela Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México
Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, IBDH

María Esther Martínez Quinteiro _____
Doutora pela Universidad de Salamanca, USAL, Espanha
Universidad de Salamanca, USAL, Espanha.

Salvador, de

de 2021.

A essência dos Direitos Humanos é o direito a ter direitos.

(Hannah Arendt)

AGRADECIMENTOS

Após todo aprendizado, ingresso no período de finalização da dissertação e defesa no Mestrado em Direito, Governança e Políticas Públicas, abordando tema tão importante na área dos direitos humanos.

Agradeço, primeiramente, a Deus por capacitar-me e por todos os benefícios que tem me concedido.

À minha família, em especial aos meus pais Liliane e Edilson, a David e Thiago, a Fernando, bem como aos meus tios, primos e avós.

À Larissa por todo apoio essencial na escrita desta dissertação. Agradeço a Marli e Jeaziel.

Aos integrantes da Lins & Lins Advogados Associados, em especial aos meus avós Isaias Lins e Enilda Lins, a meu tio Eric Lins, a Bruno e a Adriana pelas discussões jurídicas diárias e pelo aprendizado. Agradeço também ao meu tio Isaias Lins Neto por todas as discussões jurídicas e pelo aprendizado.

Aos meus tios e primos que tanto me apoiaram na realização deste Mestrado, principalmente na instância internacional, em especial aos tios Hélio, Luciano e Carla.

Ao querido orientador Professor Doutor José Euclimar Xavier de Menezes, grande referência para mim, por todos os ensinamentos sobre filosofia, direitos humanos e tantas outras áreas do conhecimento, além de todas as oportunidades inimagináveis concedidas neste Mestrado, me proporcionando pesquisas no plano nacional e internacional, além da irretocável orientação.

Ao estimado Professor Coordenador Doutor Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas por todos os ensinamentos e contribuições na graduação, especialização e no mestrado, tanto nas disciplinas quanto nesta dissertação, sendo também um grande referencial na minha atuação como docente.

Ao caro Professor Doutor César Barros Leal por todos os ensinamentos em matéria de direitos humanos, desde o nosso encontro em Salamanca, bem como por todo o zelo nas correções, contribuições e envios de materiais para esta dissertação.

Ao Professor Carlos Martheo Guanaes pelo aprendizado na seara dos direitos humanos e pela amizade por todas as oportunidades concedidas.

Aos integrantes do Grupo de Estudos de Direito no Âmbito Internacional (GEDAI-UNIFACS), que contribuiu como orientador a convite do professor Martheo,

pelas discussões sobre direitos humanos que me proporcionam maior conhecimento.

Aos professores do Programa do Mestrado em Direito, Governança e Políticas Públicas da Universidade Salvador por todos os ensinamentos, em especial aos professores Rodolfo Pamplona Filho, Geovane Peixoto, José Gileá, Fábio Periandro, André Portela, Edvaldo Boaventura (*in memoriam*), Gustavo Costa e Vaner do Prado.

À Universidade Salvador (UNIFACS) e ao curso de Direito da UNIFACS por ter me formado juridicamente, desde a graduação, passando pela pós-graduação (lato sensu) e agora no programa do mestrado (stricto sensu), além da oportunidade de lecionar na instituição, nas pessoas dos coordenadores e professores Prof. Dr. Miguel Calmon Dantas, Prof.^a Ma. Fernanda Lordêlo, Prof.^a Dr.^a Amanda Barbosa e todo o corpo docente e discente da instituição.

À Universidade Portucalense Infante D. Henrique (UPT), na pessoa da Prof.^a Cristina Costa Lobo pela oportunidade na realização do “Research Stay”.

AGRADECIMENTO PELA INSTÂNCIA DE INVESTIGAÇÃO E HOMENAGEM À PROFESSORA ESTHER QUINTEIRO

Neste momento, evidencio minha honra, felicidade, gratidão e privilégio de ter realizado instância de investigação (*research stay*) na península ibérica, sendo recebido formalmente pela Universidad de Salamanca (USAL) na Espanha.

Esta é uma homenagem à Professora Doutora María Esther Martínez Quinteiro agradecendo a receptividade, atenção e cuidado neste período de investigação, fator essencial para o meu desenvolvimento nas pesquisas realizadas. Para além da vinculação como colaboradora do *Stricto Sensu* da UNIFACS, a professora Esther conferiu uma afetuosidade ao meu acolhimento instalando em mim a sensação de pertencimento à USAL, em cuja instituição atua hoje promovendo formação em nível pós doutoral em Direitos Humanos.

Após período de investigação em Portugal, tive a oportunidade de iniciar investigação na Espanha, sendo recebido formalmente pela Universidad de Salamanca (USAL) pelas Professoras Doutoradas Esther Quinteiro e Maria de la Paz Pando Ballesteros. Realizei investigações na biblioteca da Faculdade de Direito da instituição, além de participar do *XXII Congreso Internacional de Historia de los Derechos Humanos de la Universidad de Salamanca*, dirigido pelas professoras que me receberam, evento em que apresentei o quarto seminário deste mestrado.

Também tive a oportunidade de visita de investigação nas faculdades de direitos da Universidad Complutense de Madrid e Universidad Autónoma de Madrid.

Após convite da professora Esther Quinteiro tive a felicidade de participar como palestrante no *XXIII Congreso Internacional de Historia de los Derechos Humanos de la Universidad de Salamanca*, tratando sobre o tema do terceiro capítulo desta dissertação, com o recorte “*Control jurisdiccional de políticas públicas y efectividad de Derechos Humanos: un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal*”.

Portanto, manifesto minha profunda gratidão aos professores que me acompanharam e atuaram como pilares na minha formação, especialmente à atenção recebida na instância internacional de investigação em Salamanca, com o acompanhamento da prof.^a Esther Quinteiro.

RESUMO

O presente relatório de pesquisa tem como objetivo registrar a investigação sobre o controle de convencionalidade aplicado às políticas públicas com objetivo de efetivação dos direitos humanos fundamentais, com ênfase na saúde no âmbito do sistema prisional. Possui justificativa por sua relevância teórica, por motivo das divergências no que tange à sua aplicação por parte dos operadores do direito brasileiro, bem como pela contradição insolúvel entre os entendimentos da doutrina majoritária de direitos humanos e do Supremo Tribunal Federal, no que se refere à posição hierárquico-normativa das Convenções Internacionais que tratam de direitos humanos, além da investigação sobre a possibilidade de controle de políticas públicas, tendo como parâmetro os tratados internacionais. Justifica-se, ainda, por sua relevância social, pela discussão sobre o controle de políticas públicas relativas ao direito à saúde no campo carcerário. Trabalhou-se com a hipótese de que é possível exercer o controle de convencionalidade, de forma ampla, das políticas públicas no sentido da efetivação dos direitos humanos, com enfoque especial aos relacionados à saúde no sistema carcerário. Trata-se de uma pesquisa teórica transdisciplinar no âmbito do direito, que engloba as disciplinas Direito Constitucional, Direito Internacional e dos Direitos Humanos. O raciocínio utilizado no presente trabalho foi o dedutivo. A técnica metodológica utilizada foi a pesquisa teórica e procedimento da análise de conteúdo, além do recurso jurídico-dogmático, com linha da tecnologia social científica e a crítico-metodológica. A pesquisa foi construída a partir dos tipos de investigação jurídico-compreensivo, jurídico-comparativo e jurídico-propositivo. Foi realizado estudo sobre os ordenamentos jurídicos da Argentina, da Espanha e de Portugal, investigando-se a relação entre estes ordenamentos e os tratados internacionais de direitos humanos. A pesquisa trabalhou com dados primários, quais sejam, legislação, jurisprudência e doutrina, sendo que esta última será aprofundada tanto como fonte primária, quanto como fonte secundária, partindo da análise de determinados trabalhos acadêmicos. Foram também analisados dados secundários provenientes do banco de dados do INFOPEN/SISDEPEN, referentes aos anos de 2019 e 2020, para verificação e comparação do quadro de saúde nas unidades prisionais no Estado da Bahia, em cenários antes e durante à pandemia. Foram discutidos os direitos humanos e a sua relação com o ordenamento jurídico brasileiro pareando nas análises o Controle de Convencionalidade indagando acerca da parametricidade de ações. O controle de políticas públicas também foi analisado verificando-se a possibilidade no ordenamento pátrio. Por fim, foi investigada a situação da saúde no sistema prisional na Bahia, com dados secundários específicos extraídos do INFOPEN/SISDEPEN, para que fosse possível investigar a situação da saúde no cárcere baiano, analisando-se o cenário anterior e durante a pandemia do COVID-19, analisando de que forma o controle de convencionalidade pode impulsionar a elaboração e a avaliação de políticas públicas relativas ao direito à saúde no plano prisional.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Controle de convencionalidade. Controle de políticas públicas. Direito à saúde no sistema prisional baiano.

ABSTRACT

This research aims to carry out the analysis on the control of conventionality applied to public policies in order to enforce fundamental human rights, with an emphasis on health within the prison system. It is justified by its theoretical relevance, due to the divergences regarding the application of the control of conventionality by the operators of Brazilian law, as well as by the insoluble contradiction between the understandings of the majority doctrine of human rights and the Supreme Federal Court with regard to the hierarchical-normative position of International Conventions dealing with human rights, in addition to the investigation of the possibility of controlling public policies, taking international human rights treaties as a parameter. It is also justified by its social relevance, by the discussion about the control of public policies related to the right to health in the prison environment. We worked with the hypothesis that it is possible to exercise the control of conventionality, in a broad way, of public policies in the sense of the enforcement of human rights, with special focus on those related to health in the prison system. This is a transdisciplinary theoretical research in the scope of law, which encompasses the subjects of Constitutional Law, International Law, as well as Human Rights. The reasoning used in the present work was deductive. The methodological technique used was the theoretical research and content analysis procedure, in addition to the legal-dogmatic resource, with a line of scientific social technology, as well as the critical-methodological one. The research was built from the types of legal-comprehensive, legal-comparative and legal-propositional research. A study was carried out on the legal systems of Argentina, Spain and Portugal, investigating the relationship between these systems and international human rights treaties. The research worked with primary data, namely legislation, jurisprudence and doctrine, the latter being used both as a primary source and as a secondary source, starting from the analysis of certain academic works as an intermediary within the reach of other doctrinal thoughts. Secondary data from the INFOPEN / SISDEPEN database, referring to the years 2019 and 2020, were also analyzed to check and compare the health situation in prisons in the State of Bahia, in scenarios before and during the pandemic. Human rights and their relationship with the Brazilian legal system were discussed, conceptualizing the Control of Conventionality, with the analysis of its parametry. The control of public policies was also analyzed, verifying the possibility in the national organization. Finally, the health situation of the prison system in Bahia was investigated, with specific secondary data extracted from INFOPEN / SISDEPEN, so that it was possible to investigate the health situation in the Bahia State prisons, analyzing the previous scenario and during the COVID- pandemic. 19, analyzing how conventionality control can boost the development and evaluation of public policies related to the right to health in the prison environment.

Keywords: Human Rights. Conventionality control. Control of public policies. Right to health in the Bahian prison system.

RESUMEN

Esta investigación tiene como objetivo realizar un análisis sobre el control de la convencionalidad aplicada a las políticas públicas con el objetivo de hacer realidad los derechos humanos fundamentales, con énfasis en la salud dentro del sistema penitenciario. Se justifica por su relevancia teórica, por las divergencias en cuanto a la aplicación del control de convencionalidad por parte de los operadores del derecho brasileño, así como por la insoluble contradicción entre los entendimientos de la doctrina mayoritaria de derechos humanos y la Suprema Corte Federal en materia de derechos humanos. se refiere a la posición jerárquica-normativa de las Convenciones Internacionales sobre derechos humanos, además de la investigación de la posibilidad de controlar las políticas públicas, tomando como parámetro los tratados internacionales de derechos humanos. También se justifica por su relevancia social, por la discusión sobre el control de las políticas públicas relacionadas con el derecho a la salud en el ámbito penitenciario. Trabajamos con la hipótesis de que es posible ejercer el control de convencionalidad, de manera amplia, de las políticas públicas en el sentido de la concretización de los derechos humanos, con especial foco en las relacionadas con la salud en el sistema penitenciario. Se trata de una investigación teórica transdisciplinaria en el ámbito del derecho, que engloba las disciplinas Derecho Constitucional, Derecho Internacional, así como Derechos Humanos. El razonamiento utilizado en el presente trabajo fue deductivo. La técnica metodológica utilizada fue la investigación teórica y el procedimiento de análisis de contenido, además del recurso jurídico-dogmático, con una línea de tecnología científica social, así como la crítico-metodológica. La investigación se construyó a partir de los tipos de investigación legal-integral, legal-comparativa y legal-proposicional. Se realizó un estudio sobre los sistemas legales de Argentina, España y Portugal, con la investigación de la relación entre estos sistemas y los tratados internacionales de derechos humanos. La investigación trabajó con datos primarios, a saber, legislación, jurisprudencia y doctrina, siendo esta última utilizada tanto como fuente primaria como secundaria, partiendo del análisis de determinadas obras académicas como intermediarias al alcance de otros pensamientos doctrinales. También se analizaron datos secundarios de la base de datos INFOPEN / SISDEPEN, referidos a los años 2019 y 2020, para verificar y comparar la situación de salud en las cárceles del Estado de Bahía, en escenarios antes y durante la pandemia. Se discutieron los derechos humanos y su relación con el ordenamiento jurídico brasileño, conceptualizando el Control de Convencionalidad, con el análisis de su parametrización. También se analizó el control de las políticas públicas, verificando su posibilidad en la organización nacional. Finalmente, se investigó la situación de salud del sistema penitenciario en Bahía, con datos secundarios específicos extraídos de INFOPEN / SISDEPEN, para que se pudiera investigar la situación de salud en la prisión bahiana, analizando el escenario anterior y durante la pandemia de COVID. 19, analizando cómo el control de convencionalidad puede impulsar el desarrollo y evaluación de políticas públicas relacionadas con el derecho a la salud en el ámbito penitenciario.

Palabras clave: Derechos humanos. Control de convencionalidad. Control de políticas públicas. Derecho a la salud en el sistema penitenciario bahiano.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS, TRATADOS INTERNACIONAIS E O DIREITO À SAÚDE	19
2.1 DISTINÇÕES TERMINOLÓGICAS: DIREITOS DO HOMEM, DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	19
2.2 OS DIREITOS HUMANOS PROVENIENTES DOS TRATADOS INTERNACIONAIS.....	27
2.3 OS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO.....	32
2.4 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO ATIVIDADE DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	40
2.5 PRINCIPAIS MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS	44
2.6 A SAÚDE COMO IMANENTE AOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS	47
2.6.1 <i>O Direito à Saúde nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos</i>	48
2.6.2 <i>O Direito à Saúde no Ordenamento Jurídico Brasileiro</i>	52
2.7 A SAÚDE DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE NA BAHIA	57
3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO MECANISMO EFETIVADOR DOS DIREITOS HUMANOS	62
3.1 O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	62
3.2 O CONCEITO E A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	75
3.3 A REALIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA PERSPECTIVA NACIONAL E INTERNACIONAL	84
3.4 O CARÁTER VINCULANTE DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA REALIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE	95
3.5 A OBRIGATORIEDADE DA REALIZAÇÃO DAS ESPÉCIES DE APLICAÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE	97

3.6 A PARAMETRICIDADE DA APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	101
3.6.1 A parametricidade adotada na aplicação do controle de convencionalidade na República Federativa do Brasil.....	101
3.6.2 A parametricidade adotada na aplicação do controle de convencionalidade na República Argentina	114
3.6.3 A (in)aplicabilidade do controle de convencionalidade no ordenamento jurídico português	123
3.6.4 A (in)aplicabilidade do controle de convencionalidade no ordenamento jurídico espanhol.....	135
3.6.5 A aplicação do controle de convencionalidade em determinados países integrantes do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos	140
3.7 A APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	154
3.7.1 Casos concretos que evidenciam a importância do controle de convencionalidade.....	155
3.7.2 As espécies de controle das leis e atos normativos a depender da parametricidade adotada.....	162
3.7.3 O Poder Executivo e o Legislativo como aplicadores do mecanismo do controle de convencionalidade.....	166
3.7.4 A responsabilidade do estado brasileiro na aplicação do controle de convencionalidade.....	169
4 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS	172
4.1 AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO TECNOLOGIA JURÍDICA GOVERNAMENTAL	172
4.2 A ADPF 45/2004 E A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	174
4.3 AS ESPÉCIES DE CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	194
4.4 O PROJETO DE LEI 8058/2014	197
5 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO SISTEMA PRISIONAL	201

5.1 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A VULNERABILIDADE RELACIONADA À SAÚDE DE PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE	201
5.2 O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE.....	210
5.3 A APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO QUADRO DA SAÚDE DE PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE NA BAHIA	216
5.4 O CASO CHINCHILA SANDOVAL E OUTROS VS. REPÚBLICA DA GUATEMALA E A ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA DE SAÚDE NO SISTEMA PRISIONAL.....	219
5.5 A REPRESENTAÇÃO PERANTE OS ÓRGÃOS DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E PROJETO DE LEI PARA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	225
6 CONCLUSÃO	230
REFERÊNCIAS.....	236
APÊNDICE A – TABELAS SOBRE A SAÚDE NO SISTEMA PRISIONAL COM DADOS EXTRAÍDOS DO INFOPEN (SISDEPEN).....	275
APÊNDICE B – PROJETO DE LEI SOBRE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO SENTIDO DE APRESENTAR REPRESENTAÇÕES AOS SISTEMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS.	285
ANEXO A - TABELA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS	288
ANEXO B - PROJETO DE LEI SOBRE CONTROLE E INTERVENÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS.....	289

1 INTRODUÇÃO

O Controle de Convencionalidade pode ser conceituado como a “compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país” (MAZZUOLI, 2013, p. 79). O referido mecanismo tem sido aplicado gradativamente no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos, proporcionando, de forma mais efetiva, a concretização dos direitos humanos.

Em que pese haja uma constante evolução no método de aplicabilidade dos direitos humanos no plano internacional, é possível verificar que não há um avanço proporcional na esfera do plano nacional, mesmo com uma Constituição Federal que possui normas programáticas e que objetivem, ainda que na teoria, a promoção e a efetivação dos direitos humanos fundamentais.

A justificativa para o desenvolvimento deste projeto de mestrado reside na relevância teórica do tema, uma vez que ainda há divergências no que tange à aplicação do controle de convencionalidade por parte dos operadores do direito brasileiro, divergências que se acentuam quando discutida a sua parametricidade e quando se coloca em perspectiva a maneira de realização do controle de forma concentrada. Existe uma contradição insolúvel entre os entendimentos da doutrina majoritária de direitos humanos e do Supremo Tribunal Federal no que se refere à posição hierárquico-normativa das Convenções Internacionais que tratam de direitos humanos, bem como da força normativa das decisões emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Enquanto a doutrina majoritária objetiva atribuir status constitucional aos diplomas internacionais, o Supremo Tribunal Federal demonstrou o seu caráter conservador e limitador dos direitos humanos no contexto do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-SP, definindo a posição hierárquica das referidas normas internacionais como infraconstitucionais e supralegais. A presente pesquisa também confere relevo à possibilidade de controle de políticas públicas, tendo como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos e, se possível o controle, coloca em questão qual seria a delimitação da referida parametricidade.

Alem disso, é possível justificar este trabalho por sua relevância social, na medida em que, a partir do estudo do mecanismo do Controle de Convencionalidade e da consequente utilização para o controle de políticas públicas, os direitos humanos, em especial o direito à saúde, poderão, no meio carcerário, ser efetivados por meio de decisões judiciais. É evidente o fato de que existe uma necessidade social brasileira de que haja a aplicação efetiva dos direitos humanos. É de crucial importância que o Estado brasileiro, em sua totalidade, respeite os preceitos fundamentais estabelecidos pelo Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos para que seja concretizado, de forma indubitável, o almejado Estado Democrático de Direito, a partir da elaboração de políticas públicas e análise das que são executadas, com a avaliação destas pelos preceitos ratificados pelo próprio Estado brasileiro nos tratados internacionais de direitos humanos.

É possível verificar, a partir de casos concretos como, por exemplo, o caso *Gomes Lund vs. Brasil (Guerrilha do Araguaia)*, que o Estado brasileiro ainda não garante, de forma efetiva os direitos fundamentais dos cidadãos, mesmo com a evolução do direito internacional, que tem demonstrado o objetivo de efetivar a proteção dos direitos humanos de forma qualitativa, quantitativa, teórica e prática sendo, cada vez mais, utilizado o controle de convencionalidade pelo judiciário dos países que compõem a Organização dos Estados Americanos como mecanismo de indução. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com fundamento na soberania nacional, não oferece um caráter vinculante aos preceitos estabelecidos pelo Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, tal como às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo o Poder Judiciário atuado com total independência e, às vezes de forma desfavorável, com relação à ampla aplicabilidade do referido controle.

Em face do exposto, pergunta-se: existe a possibilidade e a necessidade de se efetivar um controle das políticas públicas de saúde relacionadas ao sistema carcerário tendo como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos? Ao recurso, caberiam potencialidades que os outros mecanismos que buscam garantias de efetividade dos direitos humanos não disporem?

A pesquisa da qual deriva este relatório considerou a hipótese de que é possível exercer o controle de convencionalidade das políticas públicas com o objetivo de promover os direitos humanos, com enfoque especial aos relacionados à saúde no sistema prisional, sendo que este controle deverá ser realizado de forma ampla, por ação ou por omissão, de forma concreta e abstrata, principal e incidental, assim como concentrada e difusa.

Para verificar esta hipótese, estudou-se os direitos humanos e fundamentais traçando uma teoria da aplicação do controle de convencionalidade, verificando a relação entre os tratados internacionais de direitos humanos e os ordenamentos do Brasil, da Argentina, de Portugal e da Espanha, para verificar, posteriormente, a possibilidade de controle das políticas públicas, sobretudo no caso concreto do sistema carcerário.

Tratou-se de uma pesquisa teórica transdisciplinar no âmbito do direito, que englobou as disciplinas Direito Constitucional, Direito Internacional e dos Direitos Humanos. O raciocínio utilizado no presente trabalho foi o dedutivo, tendo em vista que a investigação partiu do estudo de regras gerais propostas pela legislação, doutrina e jurisprudência acerca do mecanismo do controle de convencionalidade e do controle de políticas públicas para o caso específico da aplicação do mecanismo para o controle das políticas relacionadas à saúde no sistema prisional, com delimitação de estudo no Estado da Bahia.

A técnica metodológica utilizada foi a pesquisa teórica, uma vez que houve o manejo e a construção de conceitos específicos, investigando diferentes argumentações dos setores do direito constitucional, internacional, de direitos humanos e da sociologia, para que estas pudessem ser utilizadas para a criação das posteriores conclusões e proposições. Foi utilizado o procedimento da análise de conteúdo (GUSTIN; DIAS, 2006) para concretizar a técnica escolhida, tendo em vista que foram analisadas legislação, doutrina e jurisprudência a fim de fundamentar a discussão do presente trabalho.

No que concerne à metodologia do presente trabalho, foi usado o recurso jurídico-dogmático, uma vez que este objetiva a análise do ordenamento jurídico,

especificamente com relação às normativas atinentes ao campo do direito constitucional, direito internacional e direitos humanos. A linha deste trabalho é a da tecnologia social científica (GUSTIN; DIAS, 2006), tendo em vista que se utiliza do direito como uma tecnologia para efetivação dos direitos humanos e a crítico-metodológica (GUSTIN; DIAS, 2006), dado que objetiva repensar o direito com a aplicação do controle de convencionalidade às políticas públicas para efetivação dos direitos humanos no campo prisional.

Esta pesquisa foi construída a partir dos tipos de investigação jurídico-compreensivo, jurídico-comparativo e jurídico-propositivo. Busca compreender o instituto do controle de convencionalidade, verificando a mais adequada parametricidade para a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e a possibilidade de efetivação do controle de políticas públicas, com o objetivo de efetivação dos direitos humanos no setor do sistema prisional. Foi realizado também um estudo nos ordenamentos jurídicos da Argentina, da Espanha e de Portugal, para que fosse investigada a relação entre estes ordenamentos e os tratados internacionais de direitos humanos. Foram escolhidos os países mencionados tendo em vista que a Argentina é integrante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e evidencia diferente recepção dos Tratados Internacionais sobre direitos humanos, além de Portugal e Espanha, por motivo de relações históricas e jurídicas no que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro, mas integrando sistema diferente de proteção aos direitos humanos, fator que proporcionou uma releitura dos tratados internacionais no ordenamento pátrio.

A presente pesquisa também ocorreu a partir do tipo de investigação jurídico-propositivo (GUSTIN; DIAS, 2006), visto que, uma vez confirmada a sua hipótese, propôs a aplicação do controle de convencionalidade às políticas públicas, com enfoque, ao final, no direito humano fundamental à saúde relacionados ao sistema presidencial.

Esta pesquisa trabalhou com dados primários, quais sejam, legislação, jurisprudência e doutrina, sendo que esta última foi trabalhada tanto como fonte primária, quanto como fonte secundária, partindo da análise de determinados trabalhos acadêmicos como intermediador da ordem argumentativa recolhida dom

estado da arte aqui eleito. Foram também analisados dados secundários provenientes do banco de dados do INFOPEN/SISDEPEN, referentes aos anos de 2019 e 2020, para verificação e comparação do quadro de saúde nas unidades prisionais no Estado da Bahia, em cenários que cobrem o antes e o durante a pandemia.

Objetivou-se verificar a possibilidade de controle das políticas públicas, tendo como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos, para efetivação dos direitos humanos, notadamente o direito à saúde no cárcere. Para isso, foi necessário, primeiramente, discutir os direitos humanos e a sua relação com os tratados internacionais subscritos pelo Brasil.

No segundo capítulo, o mecanismo do controle de convencionalidade foi conceituado e delimitado, sendo verificada a sua evolução no que tange à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, além de suas peculiaridades. Deste modo, foi discutida a parametricidade do Controle de Convencionalidade, sendo realizado um estudo da aplicação do controle no plano do ordenamento jurídico brasileiro, argentino, português e espanhol.

Em seguida, as políticas públicas foram investigadas, verificando se há caráter normativo e a possibilidade de serem estas objeto de controle, tendo como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos, ratificados e em vigor pelo e no Brasil.

No capítulo final, foi investigada a situação da saúde no sistema prisional na Bahia, com dados secundários específicos extraídos do INFOPEN/SISDEPEN, para que fosse verificada a situação da saúde no cárcere baiano, analisando-se o cenário antecedente e durante a pandemia do COVID-19. Deste modo, foi posto em análise a forma de o controle de convencionalidade, na prática, impulsionar a elaboração, a execução e a análise de políticas públicas, sendo estas aplicadas ao sistema penitenciário, com a finalidade de promover o direito à saúde dos reclusos.

2 DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS, TRATADOS INTERNACIONAIS E O DIREITO À SAÚDE

O presente relatório deriva de investigação de mestrado que escrutina o controle de convencionalidade aplicado às políticas públicas, com a sua mais adequada parametricidade para que seja efetivada a máxima proteção dos direitos humanos, o que requer uma digressão analítica sobre os direitos humanos fundamentais, para que seja possível a construção das demais proposições que compõe a ordem argumentativa deste trabalho.

O sentido valorativo e axiológico dos direitos humanos fundamentais detém o caráter da historicidade. A partir do ano de 1945, com a criação da Organização das Nações Unidas, foram desenvolvidos sistematicamente em perspectiva internacional (MAZZUOLI, 2015, p. 31), sendo ampliados os diplomas normativos de proteção formal dos indivíduos.

2.1 DISTINÇÕES TERMINOLÓGICAS: DIREITOS DO HOMEM, DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil, no seu título II, trata “Dos Direitos e garantias Fundamentais”, prevendo uma série de direitos essenciais conquistados pelo homem ao longo da história. Para o início do estudo, é essencial que se delimite o conceito dos direitos humanos fundamentais, procedendo-se à comparação entre estes e outras espécies de direitos que são, muitas vezes, confundidas e utilizadas como sinônimos pelos estudiosos do direito. Esta perspectiva torna possível verificar a aplicação do instituto do controle de convencionalidade e da mais adequada parametricidade que promova a máxima efetividade dos citados direitos.

Os termos “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “direitos subjetivos”, “direitos públicos subjetivos” e “direitos humanos” são lembrados por especialistas (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 147) para a delimitação terminológica e conceitual dos direitos fundamentais. O conceito das expressões “direitos do homem”, “direitos

fundamentais” e “direitos humanos” serão essenciais para o presente estudo, para que seja verificada a aplicação do mecanismo de controle e sua mais adequada parametricidade, com o objetivo da máxima efetivação dos direitos humanos fundamentais. Importante salientar que o termo “delimitação” não implica, automaticamente, em um afastamento entre as expressões.

Não é fácil estabelecer um conceito dos direitos fundamentais, justamente pela gradativa evolução destes ao longo da história. Silva (2005, p. 175) afirma que são utilizadas “ várias expressões para designá-los, tais como: *direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.*” Estas expressões se relacionam amplamente com os direitos fundamentais, no momento em que foram utilizadas justamente para referenciá-los.

Os direitos naturais são inerentes ao ser humano de forma ontológica, ou seja, pelo fato de ser homem e por existir. Foram estabelecidos ao decorrer do tempo, traçando um mínimo de direitos a partir do jusnaturalismo, tendo em vista que, no momento inicial do estudo filosófico, o movimento do positivismo jurídico ainda não tinha sido iniciado. Pode-se dizer que os direitos naturais se relacionam com os direitos fundamentais, sendo uma forma primitiva de direitos não positivados. Daí decorrem os direitos do homem, “expressão de cunho jusnaturalista que conota a série de direitos naturais (ou seja, ainda não positivados).” (MAZZUOLI, 2015, p. 25).

A expressão “liberdades públicas”, por sua vez, é proveniente da doutrina francesa que a utiliza para referenciar “um conjunto de direitos de defesa do homem contra qualquer interferência do estado” (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 147), fator para o qual converge o termo que atribuí significado à primeira dimensão de direitos, os denominados negativos (pois pregam postura de Estado mínimo), ou também individuais. Percebe-se que os direitos fundamentais são mais amplos do que a expressão francesa, que se limita aos direitos do homem de forma individual, (SILVA, 2005) que são oponíveis ao Estado. Schmitt (1928) declara que tanto os direitos fundamentais quanto os direitos do homem, em face do Estado, expressam o pensamento do Estado burguês de direito. (BONAVIDES, 2013, p. 579).

O conceito de direitos individuais e as normativas dele derivadas asseguram aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país direitos “referentes à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade” (CUNHA JUNIOR, 2004, p. 148), sendo as normas autoaplicáveis ou *Self Executing Provisions* (COOLEY, 1890). Canotilho (2004) também confere às normativas de direito internacional a classificação de *Self-executing* e *Non self-executing*, sendo que, enquanto a primeira não necessita de ato do direito interno para a concretização da norma internacional, na segunda espécie há a necessidade de um esquema processual organizado pelo direito nacional.

O movimento iluminista elabora o substrato reflexivo que norteia o questionamento moderno sobre o tema, com expoentes como Voltaire, Rousseau, Montesquieu, Locke e, principalmente, para este estudo, Beccaria, considerado um dos principais representantes do iluminismo penal, tendo publicado a obra *Dos delitos e das penas* (2011) em período em que as penas se concretizavam na forma de tortura, pena de morte, banimentos, prisões em estados desumanos, tendo em vista que a era, muitas vezes, entendida a punição como uma vingança social.

Ao longo da história, estes direitos foram sendo desenvolvidos com a *Magna Carta* (1215), a *Petition of Rights* (1628) *Lei de Habeas Corpus* (1679), *Bill of Rights* (1689), *Declaração de Direitos de Virgínia* (1776), adquirindo uma grande expressão com a Revolução Francesa, em período de reivindicações incessantes advindas da classe burguesa que sofria com arbitrariedades do monarca absoluto, fator que contribuiu para a elaboração da *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão* (1789). Os referidos direitos ainda se encontram em constante evolução como a grafada pela *Declaração Universal de Direitos do Homem* (1948). Na esfera do direito brasileiro, o artigo 5º da Constituição Federal adita a investigação dos direitos individuais.

Historicamente, constata-se que as classes sociais perceberam que apenas os direitos individuais não eram suficientes para proporcionar a existência digna, relacionando-se com a expressão “Direitos públicos subjetivos”. No século XIX, período marcado por intensa inquietude com a questão social, o crescimento da população europeia era exponencial, ocasionando o inchaço das grandes cidades,

com os seus problemas consequentes, principalmente no que toca às condições de trabalho e de saúde no período da Revolução Industrial, culminando-se na preocupação estatal, na década de 60 do século XX, com os direitos de segunda dimensão, também denominados de direitos positivos, relacionados à coletividade, que exigem normas programáticas e postura ativa do Estado, inclusive com a elaboração de políticas públicas.

Em perspectiva internacional, os pleitos coletivos e sociais foram colocados no horizonte jurídico com a Constituição alemã de Weimar (1919) tal qual a do México (1917) que positivaram os direitos sociais e econômicos, complementando os direitos civis e políticos que eram os únicos importantes para o liberal-capitalismo (COMPARATO, 2013, p. 205). Aqui o estado foi incumbido de, ativamente, proporcionar a concretização desses direitos, sendo atribuído ao Estado o elemento da finalidade social.

No contexto do direito brasileiro, Silva (2005) atribui a estes enunciados a classificação de normas programáticas, que dependem de uma atuação ativa do Estado como um todo para proporcionar a concretização dos direitos fundamentais sociais.

A expressão “direitos subjetivos” pode ser conceituada como “aquelas prerrogativas outorgadas ao indivíduo em conformidade com certas regras do ordenamento jurídico” (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 148/149). Este termo é muito criticado pela doutrina com o fundamento de que esses direitos são disponíveis e renunciáveis, o que não condiz com a regra geral relativa aos direitos fundamentais. A dogmática alemã trouxe, ainda, a expressão “direitos públicos subjetivos” que seriam aqueles em uma relação jurídica entre o Estado e o indivíduo de uma forma subjetiva (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 149).

No que corresponde ao conceito de direitos humanos, pode-se afirmar que estes são “todas as prerrogativas e instituições que conferem a todos, universalmente, o poder de existência digna, livre e igual” (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 149), sendo muito relacionados com o direito internacional público (MAZZUOLI, 2015, p. 23).

Piovesan (2008) destaca o conteúdo ético da dignidade da pessoa humana nos direitos humanos, do mesmo modo que a inter-relação e interdependência entre as categorias de direitos humanos, além da paridade na relevância entre os direitos civis e políticos, quando comparados com os sociais. Frise-se que a conceituação de direitos humanos é complexa, uma vez que “os participantes no discurso dos direitos humanos nem sempre compartilham a mesma concepção dos direitos” (CABRITA, 2011, p. 14).

Sobre o conteúdo básico dos direitos humanos, posiciona-se Herrera Flores em teoria crítica proposta:

Como se vê, para nós, o conteúdo básico dos direitos humanos não é o direito a ter direitos (círculo fechado que não cumpriu com seus objetivos desde que se “declarou” há quase seis décadas). Para, nós, o conteúdo básico dos direitos humanos será o conjunto de lutas pela dignidade, cujos resultados, se é que temos o poder necessário para isso, deverão ser garantidos por normas jurídicas, por políticas públicas e por uma economia aberta às exigências da dignidade. (2009, p. 33).

Pode-se asseverar que os direitos humanos são aqueles mais essenciais para a efetivação da dignidade da pessoa humana, que estão positivados em diplomas internacionais específicos.

Os direitos fundamentais podem ser conceituados de forma sistemática e com a observância da estrutura da Constituição Federal como uma categoria genérica que abrange todas as espécies de direitos, podendo ser associadas às liberdades, à igualdade e à solidariedade, ou, aos direitos civis individuais e coletivos, aos direitos sociais, aos direitos de nacionalidade, aos direitos políticos e aos direitos dos partidos políticos, além dos direitos econômicos (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 153).

A análise sistemática da Constituição Federal possibilita perceber que são direitos fundamentais todas as matérias tratadas no seu Título II. Porém, não é correto afirmar que estes direitos se esgotam nestas previsões ou na própria Constituição, consubstanciando-se “como núcleo da proteção da dignidade da pessoa” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 135). Os direitos fundamentais, portanto, participam do coração do constitucionalismo e direcionam a ação do Poder Constituinte, devendo a

sociedade trabalhar no sentido da sua consagração, expansão, promoção, efetividade e garantia. (DANTAS, 2005, p. 273).

Todas as expressões abordadas são de essencial importância para a conceituação dos direitos fundamentais que possuem relação com os direitos humanos, justamente pelo fato de que são construídas a partir da evolução da humanidade e tratam dos direitos mais essenciais à pessoa humana. Por fim, temos aqui um conceito constitucional esclarecedor sobre os direitos fundamentais, unindo o sentido formal com o material nos seguintes termos:

Os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidas no texto da Constituição formal (fundamentalmente formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos tratados que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material). (CUNHA JUNIOR, 2004, p. 155).

A importância deste conceito se evidencia por definir os direitos fundamentais tanto pelo seu caráter formal, quanto pelo caráter material e axiológico.

Com fundamento na Constituição da República, Silva classifica os direitos fundamentais em “(a) direitos que estabelecem relações civis, correspondentes basicamente aos nossos direitos individuais; (b) direitos que fundamentam relações ético-sociais; (c) direitos prevendo relações econômicas; (d) direitos fundamentados nas relações políticas.” (SILVA, 2005, p. 182). Sarlet define os direitos fundamentais como os “direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada estado” (SARLET, 2010, p. 30).

Sustenta Canotilho (1999):

Direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (1999, p. 369).

Ferrajoli (2010, p. 37) define os direitos fundamentais como:

[...] todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

Pode-se conceituar, portanto, os direitos fundamentais como aqueles mais essenciais para que seja concretizada a dignidade da pessoa humana, sendo positivados em um ordenamento jurídico, de forma preferencial em uma Constituição de determinado Estado.

Além da importância dos direitos fundamentais, os tratados internacionais de direitos humanos enunciam a proteção fundamental ao ser humano, o que evidencia a importância do mecanismo do Controle de Convencionalidade que é utilizado com o objetivo da concretização dos referidos direitos, tendo em vista que o paradigma de controle, aqui, são os tratados internacionais que versam acerca desta espécie de direitos.

Manifesta-se sobre a compreensão do significado de “direitos do homem”, “direitos fundamentais” e “direitos humanos” como algo preliminar para compreender a aplicação do instituto internacional. A possibilidade de utilização efetiva do Controle de Convencionalidade ganha sentido com a análise desses conceitos, como explanado a seguir.

Os “direitos do homem” têm relação com o jusnaturalismo, que pensa a proteção do ser humano, independentemente do tempo ou espaço, sem que, necessariamente, estejam positivados em algum diploma normativo (MAZZUOLI, 2015, p. 25). Há aqui uma relação com os direitos inerentes ao homem, consolidados, de forma absoluta, não pela escrita, mas pela consciência humana, formada ao longo da história.

Os direitos fundamentais possibilitam a proteção do ser humano no domínio interno, estando positivados em uma Constituição de determinado Estado, independentemente do tempo ou espaço. Os Direitos Humanos, por sua vez, são os direitos que possibilitam a proteção do ser humano em um plano externo, previstos nos tratados internacionais (MAZZUOLI, 2015).

A diferença entre os “direitos do homem”, os “direitos fundamentais” e os “direitos humanos” reside no aspecto formal da sua positivação, bem como no diploma específico em que está positivado. Enquanto os direitos do homem podem não estar positivados, os direitos fundamentais e os direitos humanos estão expressos em espaços nacionais e internacionais, respectivamente, sendo estas matérias essenciais para a proteção do homem, possuindo similar carga axiológica (MARTINS, 2011).

Miranda (2001), por sua vez, esclarece que os direitos fundamentais radicam do direito natural, figurando como limites transcendentais do próprio poder constituinte material originário, tal como dos princípios axiológicos fundamentais.

Corroborando com isto o entendimento de Mazzuoli (2015, p. 26):

Como se nota, ambas as expressões analisadas – direitos do homem e direitos fundamentais – diferem do conceito de “direitos humanos” por versarem direitos que, ou não estão inscritos em quaisquer textos (“direitos do homem”), ou estão apenas previstos na ordem jurídica interna dos Estados (“direitos fundamentais”). Assim, quando se fala em “direitos humanos”, está-se a referir aos direitos inscritos (positivados) em tratados ou previstos em costumes internacionais. Trata-se, em suma, daqueles direitos que já ultrapassaram as fronteiras estatais de proteção e ascenderam ao plano de proteção internacional.

Cunha Júnior (2004, p. 151) aduz que “Preliminarmente, é preciso esclarecer que os direitos fundamentais não passam de direitos humanos positivados nas Constituições estatais”. É o disposto por Peixoto (2013, p. 33):

Perceba-se que a questão em discussão aqui não é o processo de positivação, tampouco o locus jurídico onde esse se deu, ou seja, não é um problema de matriz formal, mas sim uma questão de substância, de essência, que transcende, portanto, toda e qualquer discussão formatada pelo modelo positivista de trabalhar os direitos fundamentais.

Neste diapasão, Tavares (2013) demonstra uma proximidade entre as referidas espécies de direitos que beira à igualdade. Este entendimento é reforçado pelas mesmas características que ambas as espécies de direitos possuem. É cediço que a historicidade, a universalidade, a irrenunciabilidade, a inalienabilidade, a

imprescritibilidade e a proibição do retrocesso são características dos direitos fundamentais, bem como o são dos direitos humanos.

A propósito, Borges (2011, p. 202) enuncia:

Os direitos fundamentais são os direitos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no direito interno, quanto no direito internacional: são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais ratificados. Desta forma, os direitos humanos seriam algo inerente à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos.

Saliente-se que os direitos humanos podem ser transformados em direitos fundamentais, no sentido técnico das expressões, bastando que o ordenamento jurídico interno incorpore, a nível da Constituição, o diploma internacional que versa sobre direitos humanos, atribuindo, desta forma, a natureza de direito fundamental (SILVA NETO, 2013). Deste modo, nasce a expressão “direitos humanos fundamentais” utilizada por parte da doutrina, demonstrando assim, que há uma estreita aproximação entre os direitos fundamentais com os direitos humanos, sendo que, a concretização destes é o objetivo primordial do controle de convencionalidade. O referido argumento torna-se essencial para a fixação de sua parametricidade.

2.2 OS DIREITOS HUMANOS PROVENIENTES DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

A doutrina afirma que existem três vertentes de direitos e garantias referidas pela Constituição Federal de 1988. Estas são verdadeiras fontes constitucionais de proteção dos direitos humanos, podendo ser divididas em direitos e garantias expressos na constituição, direitos e garantias previstos na Constituição de forma implícita e os direitos e garantias expressos decorrentes de tratados internacionais em que o Estado brasileiro seja parte (PIOVESAN, 2003).

Neste sentido, aduz Mazzuoli (2013, p. 137):

[...] além dos direitos expressos na Constituição (primeira vertente), há também os direitos nela implícitos (segunda vertente), que decorrem do regime (primeira subdivisão da segunda vertente) e dos princípios (segunda subdivisão da segunda vertente) por ela adotados, e os direitos provenientes de tratados (terceira vertente), que não estão nem expressa nem implicitamente previstos na Constituição, mas provêm ou podem vir a provir dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil. [...]

Corroborando com este entendimento, assevera Cunha Jr. (2016, p. 10):

Concluindo, pode-se afirmar que – como consequência do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro (CF, art. 1º, III) – a Constituição Federal adota cláusula aberta ou de não tipicidade dos direitos fundamentais, para admitir a existência de outros direitos fundamentais, para além dos nela positivados, seja decorrentes do regime e dos princípios que adota (reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, que vem desde a Constituição de 1891), seja decorrentes dos tratados internacionais que o Estado brasileiro seja parte (reconhecimento de direitos fundamentais instituídos por tratados, que foi inovação da Constituição de 1988).

A Constituição Federal prevê, de forma expressa, diversos direitos, sendo estes individuais, sociais e coletivos, estabelecendo um mínimo de proteção aos indivíduos. Entretanto, existem direitos implícitos decorrentes de princípios e do regime adotado pela Constituição e os direitos humanos fundamentais previstos pelos tratados internacionais. “De fato, além desses direitos explicitamente reconhecidos, admite existirem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (FERREIRA FILHO, 2001, p. 290).

Os Tratados Internacionais são a principal fonte de obrigação do Direito Internacional Público (MAZZUOLI, 2014), constituindo-se em acordos entre estados que, com *animus contraendi* (REZEK, 2013), consagram novas regras do Direito Internacional, codificam regras preexistentes consolidadas pelos costumes ou modificam as regras que existem (PIOVESAN, 2012). Na definição de Bevilacqua (1939: 6) “os tratados e convenções são actos bilateraes, como também as declarações feitas, conjuntamente, por diversas nações”.

Henkin (1990, p. 137) conceitua:

O termo “tratado” é geralmente usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são regulados pelo Direito Internacional. Além do termo “tratado”, diversas outras denominações são usadas para se referir aos acordos internacionais. As mais comuns são Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio, como também Tratado ou Acordo Internacional. Alguns termos são usados para denotar solenidade (por exemplo, Pacto ou Carta) ou a natureza suplementar do acordo (Protocolo).

Mazzuoli (2014) destaca a amplitude maior dos direitos humanos se comparados aos fundamentais. Porém, a partir desta amplitude dos direitos humanos, pode-se (e deve-se) ampliar os direitos fundamentais, visto que, quando esse direito previsto no tratado internacional for recepcionado por determinado Estado em parâmetro constitucional, conseqüentemente, os direitos fundamentais serão também ampliados.

Diversos tratados de direitos humanos, que foram ratificados pelo ordenamento jurídico brasileiro, possuem o objetivo de ampliar os direitos mais importantes ao homem. Percebe-se que o constituinte demonstrou a sua preocupação com o direito internacional, acompanhando a tendência consolidada após os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial. Merece destaque o § 2º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil ao estabelecer que os direitos expressos na Constituição Federal não excluem outros que decorram do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988).

Torna-se claro o fato de que a Constituição Federal abre completamente o ordenamento jurídico para a ampliação dos direitos fundamentais pelos tratados internacionais que disponham acerca de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte, com a utilização do procedimento de incorporação dos referidos diplomas à ordem normativa.

Assim interpreta o parágrafo Mazzuoli (2013, p. 203):

Da análise do § 2.º do art. 5º da Carta brasileira de 1988, percebe-se que três são as vertentes, no texto constitucional brasileiro, dos direitos e garantias individuais:

a) Direitos e garantias expressos na Constituição, a exemplo dos elencados nos incisos I ao LXXVIII do seu art. 5.º, bem como outros fora do

rol de direitos, mas dentro da Constituição (v.g., a garantia da anterioridade tributária, prevista no art. 150, III, b, do Texto Magno);

b) Direitos e garantias implícitos, subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados; e

c) Direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Com a recepção dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, as disposições constitucionais que tratam sobre direitos fundamentais ganham mais força e maior amplitude, sendo estas proporcionadas pelos tratados internacionais. Não são poucos os exemplos de ampliações dos direitos humanos por meio dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

A título exemplificativo, no âmbito da organização Mercosul, a Educação foi matéria de discussão internacional no Protocolo de Integração Educacional de Assunção no ano de 1995 e no Protocolo de Fortaleza, do ano de 1996, no Protocolo de Brasília de 2002 e no Acordo de San Miguel de Tucumán do ano de 2008. O meio ambiente foi objeto de discussão no Acordo de Assunção do ano de 2001. O Acesso à Justiça foi discutido no Acordo de Florianópolis de 2000, estabelecendo a Justiça Gratuita e a Assistência Jurídica Gratuita nos países da MERCOSUL. Já a promoção geral dos direitos humanos foi tratada no Protocolo de Assunção do ano de 2005.

No Direito global, diversos tratados internacionais de destacam e, ratificados pelo Brasil, ampliam e consolidam a proteção aos referidos direitos. A Carta das Nações Unidas do ano de 1945, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabelecem o início formal dessa proteção, sendo estes ratificados pelo Brasil. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, o Protocolo Facultativo à Convenção da Organização das Nações Unidas Contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, são outros exemplos de diplomas internacionais que permitem uma maior proteção aos direitos humanos fundamentais no Brasil.

No que tange a proteção à mulher, deve-se mencionar a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher de 1979 e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1999.

Faz-se necessário citar, ainda, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Referente à Venda de Criança, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil de 2000 e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativos ao envolvimento de Crianças em Conflitos Armados de 2000.

Especificamente no Sistema Interamericano de Direitos, é essencial a referência à Convenção Americana de Direitos humanos 1969, o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988, mais conhecido como o Protocolo de *San Salvador* e o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referentes à abolição da Pena de Morte de 1990, sendo utilizada no Brasil com a exceção da aplicação da referida pena em períodos de guerra. A Convenção de 1969 elenca uma série de direitos como o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, os direitos à vida, à integridade, à proibição da escravidão, à liberdade, às garantias judiciais, à legalidade, à honra, à dignidade, à indenização, à reunião, ao nome, à criança, à nacionalidade, à propriedade, à igualdade, à proteção judicial, ao desenvolvimento, dentre outros (CASTILHO, 2010).

A *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura* do ano de 1985, a *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher* de 1994, a *Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores* de 1994 e a *Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência* de 1999 são diplomas fundamentais que demonstram a importância dos tratados internacionais de direitos humanos para o ordenamento jurídico brasileiro.

Existem, ainda, 185 Convenções internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 2016) ratificadas pelo Brasil que preveem parâmetros mínimos de proteção à classe dos trabalhadores.

Verifica-se, no arrolamento desse conjunto de dispositivos, uma transnacionalização das esferas sociais e a mundialização da sociedade, inclusive na área do direito (PEREIRA, 2014). Há uma interferência nas administrações nacionais, proporcionada pelas normas estabelecidas por tratados ou organizações internacionais, demonstrando uma tendência global ao direito cosmopolita (BRANCO, 2016) previsto por Immanuel Kant desde o século XVIII. É possível identificar benefícios decorrentes das ratificações dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pelos Estados, sendo investigado o panorama delineado pelos tratados no sistema jurídico brasileiro.

2.3 OS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO

Não é simples a compreensão do processo de elaboração dos tratados internacionais, nem da sua recepção e atribuição hierárquica pelo nosso ordenamento jurídico. A dificuldade ainda se torna maior quando analisada a não uniforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e as divergentes posições doutrinárias acerca do tema. A imprecisão dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição ainda possibilita uma pluralidade de interpretações da norma constitucional, como é possível verificar na prática.

As relações entre o direito interno e o internacional sempre foram objeto de discussão entre os doutrinadores. Ao final do século XIX até a metade do século XX duas correntes eram as predominantes ao se tratar da referida relação, sendo estas o monismo e o dualismo.

A teoria dualista surgiu ainda no século XIX, com os ideais de Henrich Triepel, em sua obra do ano de 1899, sendo complementado por Dionisio Anzilotti, em 1929, estabelecendo a premissa de que as duas ordens jurídicas, a internacional e a

interna seriam completamente distintas, não havendo relação entre ambas. Somente haveria quando determinada norma internacional fosse adequada ao ordenamento interno, com o formato legislativo compatível (BORGES, 2011).

Esses dois sistemas, na concepção dualista, são independentes e separados, com a premissa de que o direito interno trata da ligação entre os indivíduos enquanto o direito internacional regula as relações entre estados (ACCIOLY, 2014).

A teoria monista, que possui como expoente Kelsen, defendia a única normatividade com os sistemas de caráter complementar. Aqui, o ordenamento jurídico interno se integra à ordem internacional. Essa teoria se subdivide em três delimitações, quais sejam, o monismo com prevalência do direito interno, a teoria que prega a prevalência do direito internacional e o monismo que anuncia a paridade entre as normas internas e internacionais (BORGES, 2011).

Importantes são as considerações de Accioly, Silva e Casella (2014, p. 235).

A doutrina monista não parte do princípio da vontade dos estados, mas sim de norma superior, pois o direito é um só, quer se apresente nas relações de um estado, quer nas relações internacionais. Aceita a tese fundamental de que o direito é um só, os defensores da doutrina monista enveredam por dois caminhos opostos: para uns, em caso de dúvida, prevalece o direito internacional: é a tese do primado do direito internacional; já os outros defendem a tese do primado do direito interno. [...]

Borges (2011) aduz falhas e insuficiências dos dois sistemas, afirmando que a teoria dualista não consegue explicar o fenômeno da globalização das normas internacionais, a eventual responsabilização internacional dos Estados e o fenômeno comunitário. Afirma que a teoria monista encontra obstáculos como a soberania estatal que ainda é um dos pilares fundamentais de vários países. Indentifica que podem ser reconhecidos traços predominantes da teoria monista no ordenamento jurídico brasileiro.

Em que pese haja doutrina no sentido de que a teoria predominante no ordenamento jurídico brasileiro é a monista, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela aplicabilidade da teoria dualista moderada.¹

Com a análise do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, vislumbra-se que os direitos expressos na Constituição Federal não excluem os direitos e garantias previstos em tratados internacionais. Grande parte da doutrina se posiciona atribuindo status materialmente constitucional a todos os tratados internacionais de direitos humanos. Cançado Trindade, Valério Mazzuoli e Flávia Piovesan (2003) se posicionam no sentido de que, ao ser incorporado o tratado internacional de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro, este obtém, automaticamente, status materialmente constitucional, com aplicabilidade imediata, por força dos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Constituição, podendo, desta forma, ser o paradigma de aplicação do controle de convencionalidade.

O entendimento clássico do Supremo Tribunal Federal não converge com a doutrina citada. Com a devida análise da jurisprudência da Suprema Corte, verifica-se que o posicionamento majoritário e consolidado se demonstrava no sentido de que os tratados internacionais possuíam status de Lei.²

¹ E M E N T A: MERCOSUL - CARTA ROGATÓRIA PASSIVA - DENEGÇÃO DE EXEQUATUR - PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES (OURO PRETO/MG) - INAPLICABILIDADE, POR RAZÕES DE ORDEM CIRCUNSTANCIAL - ATO INTERNACIONAL CUJO CICLO DE INCORPORAÇÃO, AO DIREITO INTERNO DO BRASIL, AINDA NÃO SE ACHAVA CONCLUÍDO À DATA DA DECISÃO DENEGATÓRIA DO EXEQUATUR, PROFERIDA PELO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL, O DIREITO COMUNITÁRIO E O DIREITO NACIONAL DO BRASIL - PRINCÍPIOS DO EFEITO DIRETO E DA APLICABILIDADE IMEDIATA - AUSÊNCIA DE SUA PREVISÃO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA GERAL DE RECEPÇÃO PLENA E AUTOMÁTICA DE ATOS INTERNACIONAIS, MESMO DAQUELES FUNDADOS EM TRATADOS DE INTEGRAÇÃO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. A RECEPÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DOS ACORDOS CELEBRADOS NO ÂMBITO DO MERCOSUL ESTÁ SUJEITA À DISCIPLINA FIXADA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. [...] (CR 8279 AGR, RELATOR(A): MIN. CELSO DE MELLO, TRIBUNAL PLENO, JULGADO EM 17/06/1998, DJ 10-08-2000 PP-00006 EMENT VOL-01999-01 PP-00042)

² [...] PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando

Apesar deste entendimento, alguns problemas formais foram ocorrendo com o passar dos anos. Os problemas maiores referem-se às relações entre as Leis e os Tratados Internacionais justamente pelo fato de que estes não poderiam ser revogados como uma simples Lei ordinária. Os Tratados Internacionais devem passar por um procedimento específico de denúncia em que “[...] o Estado manifesta sua vontade de deixar de ser parte no acordo internacional.” (BORGES, 2011, p. 78).

Os problemas ainda ganharam maior proporção com a questão da prisão do depositário infiel, permitida pela Constituição Federal, tal como pela Lei Ordinária e proibida pela Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporada ao direito brasileiro desde o ano de 1992. A partir desse momento, a jurisprudência do Supremo começou a rediscutir o posicionamento hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos.³

Em meio à divergência do Supremo Tribunal Federal com relação à doutrina majoritária, fora inserido o parágrafo terceiro ao artigo 5º da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, com a redação no sentido de que: “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. (BRASIL, 1988)”

Deste modo, com a presença do citado parágrafo, a Constituição Federal passou a dispor, expressamente, que os tratados e convenções internacionais poderiam ser equivalentes às emendas constitucionais, quando votados na forma desta.

cabível, do critério da especialidade. Precedentes [...]. (ADI 1480 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 04/09/1997. Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

³ [...] 3. Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias [...]. (RHC 79785 / RJ - RIO DE JANEIRO - RECURSO EM HABEAS CORPUS - Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - Julgamento: 29/03/2000 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

O Ministro Sepúlveda Pertence, em 29 de março de 2000, no seu voto em um Recurso Ordinário Constitucional em sede de Habeas Corpus (RHC 79.785/RJ)⁴ demonstrou sua posição no sentido de haver a possibilidade de considerar os tratados internacionais de direitos humanos como obtentores do status supralegal e infraconstitucional.

Diante desta problemática, o ministro Gilmar Mendes, proferiu seu voto-vista em sede do Recurso Extraordinário 466.343-SP, no sentido da atribuição de um status supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos que não tinham sido incorporados nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal.⁵

A posição que prevaleceu em uma votação de cinco contra quatro votos foi aquela favorável à posição do Ministro Gilmar Mendes. O voto vencido foi do Ministro Celso de Mello que modificou seu entendimento, de forma radical, ao considerar os tratados internacionais de direitos humanos com status constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. O atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos não incorporados de acordo com o trâmite do § 3º o artigo 5º da Constituição possuem hierarquia supralegal e infraconstitucional. Cria-se, aqui, um critério temporal que delimita a hierarquia da norma internacional (ARENHART, 2013).

Segundo Barroso, para que um tratado de direitos humanos seja equivalente às Emendas Constitucionais, deve-se observar o trâmite com a sua celebração pelo

⁴ Supremo Tribunal Federal. RHC 79785 / RJ - RIO DE JANEIRO, RECURSO EM HABEAS CORPUS. Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 29/03/2000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2879785%2EENUME%2E+OU+79785%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zaozskl>> Acesso em: 28 de out. de 2016.

⁵ RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO – VOTO-VOGAL – Ministro Gilmar Mendes.

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. [...]

O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO – VOTO-VOGAL – Ministro Gilmar Mendes)

Presidente da República, aprovação pelo Congresso Nacional nos termos do § 3º do artigo 5º da constituição, sua ratificação e a sua promulgação e publicação (BARROSO, 2013, p. 173). Caso o tratado internacional não seja aprovado com o *quorum* qualificado, obterá o status de norma supralegal e infraconstitucional.

Vale ressaltar que o Ministro Celso de Mello (2008, p. 341) trouxe esta percepção da posição constitucional dos referidos tratados em outras oportunidades, *in verbis*:

Proponho que se reconheça natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, submetendo, em consequência, as normas que integram o ordenamento positivo interno e que dispõem sobre a proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos a um duplo controle de ordem jurídica: o controle de constitucionalidade e, também, o controle de convencionalidade, ambos incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico.

Substancial é o estudo da hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos para que possamos verificar qual é a parametricidade do controle de convencionalidade, com o objetivo de verificar o instituto como efetivador dos direitos humanos fundamentais. Sarlet aduz que “a condição de direitos fundamentais é absolutamente incompatível com uma hierarquia normativa infraconstitucional” (SARLET, 2013, p. 74).

Mello (1997) tende para a aceitação de que os tratados internacionais de direitos humanos merecem um status supraconstitucional. Essa teoria oferece um valor significativo ao direito internacional, assim como à supremacia da Convenção Americana de Direitos Humanos. Com um caráter garantista, esta compreensão encontra árduas dificuldades em sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro como a consolidada supremacia da Constituição Federal. Para o autor, “o atraso brasileiro é monumental, sendo suficiente lembrar que a Constituição do Paraguai admite um “ordenamento jurídico supranacional” [...]” (1997, p. 112). Explicita: “a Holanda adota que a ordem jurídica comunitária está acima de sua Constituição” (1997, p. 114). Machado Neto (1984, p. 46) manifesta:

Acima do ordenamento jurídico nacional, a teoria pura, obedecendo ainda, nesse ponto, ao monismo metodológico que a orienta – coloca o ordenamento internacional, aceitando, assim, a superioridade do direito internacional sobre o interno, posição de que se achava apartada a doutrina tradicional pelo seu apego ao dogma da soberania absoluta.

Este posicionamento é relacionado com a ideia da hierarquia da ordem jurídica e da norma fundamental defendida por Kelsen (1999) como o próprio fundamento de validade de uma ordem jurídica. Na perspectiva de Bobbio (1999), para que se feche o sistema jurídico, deve-se dar um passo além das normas constitucionais.

A cognição atual do Supremo Tribunal Federal é questionável quando comparado aos entendimentos de Cançado Trindade (1991), Flávia Piovesan (2003) e Mazzuoli (2013). Apesar de todo o fundamento do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, percebe-se que este posicionamento não é o mais garantista ou o que promove da melhor forma os direitos humanos no plano nacional.

Cite-se o entendimento de Mazzuoli (2013, p. 37) acerca do tema:

Segundo o nosso entendimento, a cláusula aberta do § 2.º do art. 5.º, da Carta de 1988, sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo *grau* hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa. Portanto, segundo sempre defendemos, o fato de esses direitos se encontrarem em tratados internacionais jamais impediu a sua caracterização como direitos de *status* constitucional.

No mesmo sentido afirma Piovesan (2012, p. 108):

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.

Posicionamento consonante é de Canotilho (2003) ao caucionar a internacionalização e a supranacionalização como um elemento que caracteriza a atual ordem jurídico-constitucional. Salienta o autor que a normação internacional é uma verdadeira fonte do direito. Explicita que o direito internacional geral e o direito internacional convencional fazem parte do direito português.

Miranda (2007, p. 485) aduz: “[...] aceite o primado do Direito internacional, também os actos internacionais (v.g., tratados) têm preferência sobre os actos de Direito interno (v. g., leis).”

Cançado Trindade (1991) enuncia que o Estado não pode criar dificuldades para a efetivação dos diplomas internacionais visando a proteção dos direitos humanos afirmando que o Estado que contraiu as obrigações internacionais de forma voluntária não pode alegar dispositivos legais ou constitucionais para justificar o não cumprimento dos Tratados, nem mesmo invocar a soberania como elemento de interpretação dos tratados.

Mazzuoli (2013) defende, especificamente, que os tratados que se enquadrarem na cláusula aberta do § 2º do artigo 5º da Constituição são incorporados, pelo ordenamento jurídico brasileiro com uma hierarquia materialmente constitucional, enquanto que os tratados incorporados na forma do § 3º do artigo 5º da Carta Magna receberiam, além de materialmente, o *status* formalmente constitucional.

Deste modo, verifica-se uma grande diferença entre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quando comparado ao que estabelece parte da doutrina brasileira. Para o Supremo, após decisão com divergências, os tratados que não versam sobre direitos humanos possuem força de lei. Os tratados de direitos humanos que não foram internalizados pelo § 3º do artigo 5º da Constituição possuem status de norma infraconstitucional e supralegal. Os tratados internacionais incorporados pelo *quorum* qualificado ostentam, por sua vez, status constitucional.

O entendimento encabeçado por Mazzuoli organiza a estrutura hierárquico-normativa brasileira de forma diversa. Para o autor, os tratados internacionais comuns, que não versam sobre direitos humanos possuem status supralegal e infraconstitucional. Por sua vez, quaisquer dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos possuem status de norma constitucional por força do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. Todavia, os tratados não incorporados nos termos do § 3º da Constituição possuem carácter materialmente constitucional, enquanto os tratados incorporados pelo referido procedimento possuem carácter material e formal constitucional.

Em que pese este juízo não seja o utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, estabelece uma maior força aos tratados internacionais de direitos humanos, seguindo com a forte tendência da aplicação efetiva do direito internacional ao interno e possibilitando um Controle de Convencionalidade mais amplo, com relação ao parâmetro de controle.

De qualquer modo, integrando os tratados internacionais à Constituição Federal, independentemente da teoria defendida, percebe-se que estes passam a deter o caráter de normativas supremas, estando em um patamar hierarquicamente superior às demais normas. Sobre a posição doutrinária, esclarece Barroso (2011) que “A Constituição, portanto, é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível.” Nota-se a grande influência do positivismo evidenciado por Bobbio (1999) ao afirmar que acima das normas inferiores, temos a norma superior que é a constitucional.

2.4 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO ATIVIDADE DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A Jurisdição é uma das funções estatais que objetiva dirimir os conflitos por meio de um processo específico, de forma imparcial, com a utilização da justiça analisando o caso concreto. Esta atividade judicial possui um caráter de poder, função e atividade, sendo a manifestação estatal uma imposição de decisões para promover a pacificação social por meio do processo e o conjunto dos atos judiciais no processo, com o exercício do poder e da sua função (CINTRA, 2012).

A partir da atividade da jurisdição:

[...] cuida o Estado de buscar a realização prática daquelas normas em caso de conflito entre pessoas – declarando, segundo o modelo contido nelas, qual é o preceito pertinente ao caso concreto (processo de conhecimento) e desenvolvendo medidas para que esse preceito seja realmente efetivado (processo de execução). Nesse quadro, a jurisdição é considerada uma *longa manus* da legislação, no sentido de que ela tem, entre outras

finalidades, a de assegurar a prevalência do direito positivo do país. (CINTRA, 2012, p.47).

Didier Jr. (2016, p. 155) conceitua a jurisdição declarando que:

[...] é a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo (reconstrutivo), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível.

A jurisdição constitucional, de forma específica, pode ser conceituada como a aplicação pelo Poder Judiciário das normas previstas na Constituição Federal (FUX, 2012, p. 26) ou ainda como “[...] uma forma “qualificada” de jurisdição, pois é aquela que tem como matéria direta a incidência das normas constitucionais (independente de ser material ou formal). [...]” (PEIXOTO, 2013, p. 155).

Com a síndrome da inefetividade das normas constitucionais (STRECK, 2003), a jurisdição constitucional assumiu um papel fundamental relacionado ao estabelecimento do Estado Democrático de Direito. Os modelos de jurisdição constitucional mais utilizados em ordenamentos jurídicos diversos foram estudados para a sua aplicação no sistema brasileiro com o objetivo de que os direitos fundamentais pudessem ser usufruídos pela população. A Jurisdição Constitucional possui um importante papel para a efetivação do Estado Democrático de Direito, com a reaproximação entre direito e moral promovida pelo pós-positivismo, e relacionada com o neoconstitucionalismo (PEIXOTO, 2013).

Importante salientar o entendimento de Queiroz (2002, p. 104) na esfera do direito português:

A protecção dos direitos fundamentais vem agora garantida pelos tribunais, e em particular pelos tribunais de justiça constitucional, sendo portando a estes que caberá, em último termo, a *delimitação jurídico-funcional* e a *coordenação* dessas esferas de liberdade e pretensão em caso de conflito prático.

Diante deste quadro da necessidade da aplicabilidade da jurisdição constitucional, o instituto do controle de constitucionalidade se tornou indispensável para o ordenamento jurídico brasileiro. O instituto pode ser conceituado como “a função jurisdicional exercida para tutelar, manter e controlar a supremacia da constituição”

(CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 375/376). O Supremo Tribunal Federal passa, neste momento, a possuir mais uma função fundamental: a de declarar o direito a ser aplicado no caso concreto, objetivando a efetivação dos direitos fundamentais, por meio do controle concentrado de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade concentrado se relaciona com a lei em tese, tendo efeitos, em regra, *erga omnes*. É um instrumento essencial para a efetivação dos direitos fundamentais, tendo em vista que não permite que as normas infraconstitucionais venham dispor de forma contrária ao diploma supremo do ordenamento jurídico ou possibilita a efetivação de direito fundamental, previsto na Constituição por norma de eficácia limitada, não regulamentada por ineficiência do Estado.

Diante disso, as ações do Controle Concentrado de Constitucionalidade (*Ação Direta de Inconstitucionalidade; Ação Declaratória de Constitucionalidade; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*) se tornam essenciais à efetivação dos direitos fundamentais.

O ordenamento jurídico brasileiro se inspirou no sistema de controle de constitucionalidade concentrado, oriundo do Direito Austríaco, com as contribuições de Hans Kelsen que propôs o sistema com fundamento nos ideais constitucionalistas, diferindo, desta forma, do sistema norteamericano, que era o mais conhecido no campo internacional (CUNHA JÚNIOR, 2004).

Porém, além do Supremo Tribunal Federal, outros órgãos do Poder Judiciário também possuem atribuições no que tange à jurisdição constitucional. Os Magistrados singulares e qualquer Tribunal do Poder Judiciário são incumbidos de realizar o controle difuso de constitucionalidade. Aqui, o controle de constitucionalidade se relacionará com o caso concreto, declarando a constitucionalidade ou não de determinada norma com relação às partes processuais. Os efeitos aqui são *inter partes* sendo exercido um controle subjetivo.

Este sistema difuso é produto da *Common Law* norteamericana, que, a partir da resolução dos casos concretos, tal qual dos precedentes judiciais, possibilitou a

realização de um controle subjetivo pelo Magistrado. Deste modo, no ordenamento jurídico brasileiro, o Magistrado, em linhas genéricas, deve, quando suscitado em determinada ação, se posicionar acerca da constitucionalidade ou não de determinada lei em um plano subjetivo.

O ordenamento jurídico brasileiro adota tanto o sistema concentrado quanto o difuso, ampliando, desta forma, os mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais por meio da jurisdição constitucional. O Controle de Constitucionalidade, deste modo, possui um elementar papel no direito brasileiro.

O Controle de convencionalidade deve ser aplicado de forma similar, tornando a jurisdição constitucional ainda mais ampla, com o controle do ordenamento jurídico interno a partir dos tratados internacionais de direitos humanos. Frise-se que deve haver, na aplicação do mecanismo internacional, um dinâmico diálogo entre as jurisdições da Corte Interamericana e das Cortes latino-americanas de cada Estado (PIOVESAN, 2013).

Para que a jurisdição constitucional seja ampliada mais ainda neste sentido, deve-se partir do pressuposto de que os tratados de direitos humanos incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro possuem, automaticamente, o status materialmente constitucional podendo ser incorporados nos moldes do § 3º do artigo 5º da Constituição, bem como ocuparem, também, o status formalmente constitucional. Na doutrina majoritária brasileira, busca-se a interpretação Constitucional a partir do princípio da vedação do retrocesso.

Isto posto, pode-se afirmar que obtendo os tratados internacionais de direitos humanos o status de norma constitucional com fundamento no artigo 5º, § 2º da Constituição Federal ou, sendo estes equivalentes às emendas constitucionais com base no previsto no artigo 5º, § 3º da Carta Magna, poderão ser paradigma de Controle de Convencionalidade das normas infraconstitucionais no ordenamento jurídico brasileiro (MAZZUOLI, 2013). Deste modo, percebe-se que a jurisdição constitucional poderá ser ampliada no que tange aos mecanismos utilizados pelo Poder Judiciário.

Basta uma análise preliminar para a imediata conclusão de que o controle de convencionalidade será muito mais efetivo se os tratados internacionais de direitos humanos possibilitassem uma ampliação da jurisdição constitucional. Isso somente ocorrerá com a atribuição de um status constitucional aos referidos diplomas normativos.

2.5 PRINCIPAIS MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Após um longo período histórico em que predominava o caráter liberal na maioria dos ordenamentos, os governos perceberam a necessidade de se atribuir ao Estado o elemento finalidade. Além dos definidos componentes fundamentais do Estado que se consubstanciavam somente em povo, território e poder, a finalidade foi incluída em um momento histórico em que o liberalismo desenfreado ensejou a produção de diversos problemas que reverberaram em tensões coletivas demandando ações de magnitude para o enfrentamento.

A crise de 1929 foi outro fator que evidenciou a necessidade de os Estados buscarem efetivar o bem-estar social (*Welfare State*), regulando diversos setores na sociedade, inclusive a economia. Além desses fatores, as Constituições, inspiradas na Constituição do México de 1917 e de Weimar, da Alemanha, do ano de 1919, passaram a dispor de normas programáticas que estabeleciam maior dever estatal na efetivação dos direitos individuais de primeira dimensão, assim como nos “novos” direitos sociais de segunda dimensão.

As normas constitucionais programáticas que definiam o papel do Estado como de relevante importância foi o primeiro passo para a efetivação com a participação ativa do Estado. A partir deste momento o Estado deveria, obrigatoriamente, garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, inclusive com a elaboração de políticas públicas efetivas. Os Estados, portanto, devem atuar com medidas positivas para proteção, principalmente aos mais vulneráveis (ARLETTAZ, 2015).

Todavia, percebe-se que até o instante, o Estado brasileiro não consegue efetivar o rol extensivo de direitos previstos constitucionalmente. A situação ainda se agrava quando se tem em questão os direitos humanos. Diversos mecanismos buscam e conseguem, na maioria das vezes, efetivar os direitos fundamentais, havendo ainda, no entanto, a insuficiência da referida efetivação. Entretanto, é necessário que mecanismos específicos de efetivação dos direitos humanos sejam pensados e colocados em prática no ordenamento jurídico brasileiro.

O Poder Legislativo tem trabalhado para a edição de leis que regulamentam dispositivos constitucionais com a finalidade de trazer concretude às disposições Constitucionais. O Poder Executivo, com as políticas públicas, também se utiliza de mecanismos para a efetivação dos direitos fundamentais, sendo estas políticas também realizadas pelos outros dois poderes estatais. Por sua vez, o Poder Judiciário demonstra sua importância por força dos institutos do ativismo judicial e da judicialização.

As garantias constitucionais também são essenciais ferramentas para a efetivação dos direitos fundamentais. O *Habeas Data*, o *Habeas Corpus*, o Mandado de Segurança e o Mandado de Injunção são remédios constitucionais de extrema importância para o exercício dos direitos pelos cidadãos brasileiros. A ação popular e a ação civil pública também são relevantes para a coletividade brasileira.

O Controle de Constitucionalidade é, também, um mecanismo essencial que possibilita um controle concentrado e difuso das normas infraconstitucionais, tendo como parâmetro a Constituição Federal. A partir deste instrumento complexo, leis e atos administrativos são verificados para que se estabeleça a compatibilidade ou não destes, tendo como parâmetro a Constituição.

Com tantos mecanismos citados, o direito internacional e, em especial, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem atuado com o objetivo principal de efetivar os direitos humanos fundamentais. Diversos tratados internacionais, aqui citados, foram elaborados para estabelecer, em todo o continente americano, parâmetros mínimos de direitos humanos fundamentais que devem ser respeitados pelos Estados signatários.

Com a Convenção Americana de Direitos Humanos, que se uniu aos demais tratados, diversos países, inclusive o Brasil, concordaram em observar os direitos humanos previstos, bem como as disposições e entendimentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A partir deste momento, a Corte e a Comissão atuaram com a finalidade de promover a maior efetivação dos direitos humanos inclusive, com poder jurisdicional.

As competências consultiva e contenciosa possibilitam que a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicione acerca de casos concretos que envolvam o desrespeito dos direitos humanos fundamentais pelos Estados. Em diversos casos, a Corte responsabilizou determinados Estados para que estes agissem de forma a garantir os direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos.

Cançado Trindade (1991) lista os instrumentos básicos de proteção na área global e regional do continente americano, europeu, africano e árabe. Na esfera global, o autor destaca a Carta das Nações Unidas de 1945, a Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948, a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher de 1952, dentre outros, afirmando trinta e nove diplomas globais de proteção aos direitos humanos.

No campo regional, o autor elenca mais trinta e dois instrumentos, sendo quinze do Sistema Interamericano como, por exemplo, a Convenção sobre o Asilo de 1928, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais do mesmo ano, a Carta da Organização dos Estados Americanos de 1967, a Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher de 1948 e a de Concessão de Direitos Políticos à Mulher do mesmo ano, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, dentre outros.

Afirma o autor que a evolução global dos direitos humanos e a expansão do direito internacional proporcionaram um reflexo no ordenamento jurídico brasileiro sendo necessário o estudo sensível das normas da proteção internacional dos direitos humanos (TRINDADE, 1991). Mazzuoli (2015) elenca, em seu Curso de Direitos

Humanos, espécies de mecanismos globais não convencionais de proteção dos direitos humanos. Além dos convencionais, decorrentes de tratados internacionais, existem outros mecanismos não convencionais, ou seja, que não estão previstos de forma originária em tratados internacionais e que são aderidos, formalmente, pelos Estados.

Destaca o Conselho de Direitos Humanos que estabelece Grupos de Trabalho (*Working Groups*) e Relatores Temáticos (*Thematic Rapporteurs*) para acompanhar a situação dos direitos humanos em diversos Estados, bem como as Resoluções 1235 e 1503 do ECOSOC (Conselho Econômico Social e os mecanismos não convencionais de monitoramento que foram estabelecidos pelo Conselho de Direitos Humanos, como o de revisão periódica universal, que possui como objetivo implementar o sistema *peer review* (revisão por pares) que visa cobrar dos Estados, relatórios acerca da situação respectiva na área dos direitos humanos (MAZZUOLI, 2015).

Explicita o autor que o Brasil recebeu visitas de relatores das Nações Unidas com o objetivo de analisarem a situação dos direitos humanos fundamentais no país, tendo sido obrigado a gerar relatórios informativos ao Conselho de Direitos Humanos de forma a prevenir que os aludidos direitos sejam desrespeitados (MAZZUOLI, 2015).

Além de todos esses dispositivos nacionais e internacionais, um novo instrumento quem objetiva máxima efetivação dos direitos humanos tem ascendido cada vez mais no continente americano: o Controle de Convencionalidade.

2.6 A SAÚDE COMO IMANENTE AOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A partir dos conceitos delimitados neste capítulo, a saúde emerge como integrante dos direitos humanos fundamentais, o que revela a exigência de averiguação do seu status no contexto do ordenamento jurídico brasileiro assim como no plano dos tratados internacionais de direitos humanos.

2.6.1 O Direito à Saúde nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos

Na perspectiva histórica internacional, a saúde nem sempre foi considerada como direito, ganhando o referido *status* no início do século XX. Anteriormente, a saúde era apenas relacionada com o direito à vida, que constava em determinadas declarações como a de Virgínia, de 1776 e, de modo implícito, na Declaração Francesa de Direitos Humanos de 1789. O artigo 1º da Declaração de 1776 estabelecia:

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.

Com a gradativa modificação do Estado Liberal para o Estado do Bem-Estar Social, confere-se, principalmente após o período da Segunda Grande Guerra, que a Dignidade da Pessoa Humana possui valor universal e deve relacionar-se de forma intrínseca com o direito.

Necessário salientar a importância do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, criado em 1863, em Genebra, Suíça, para cuidar das vítimas dos conflitos armados. Saliente-se que Henry Dunant, membro integrante fundador do Comitê tinha atuado na tentativa de salvar vidas na Batalha de Solferino de 1859, publicando o livro intitulado “Lembrança de Solferino”. O comitê teve participação essencial para a elaboração das Convenções de Genebra e nas duas grandes guerras mundiais. Até o momento atual, o Comitê objetiva efetivar o direito à saúde, com atuação no sentido de conscientizar os Estados a fortalecerem o direito internacional comunitário (CICV, 2020).

Nesse contexto, a Carta da ONU de 1945 evidencia preocupação com a vida humana, certificando-se o reflexo na Declaração Universal de Direitos Humanos que, no art. 25 estabelece:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário,

habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Assim, o conceito de saúde se expandiu relativamente ao mitigado conceito de “ausência de doença” para uma delimitação que engloba a alimentação, o vestuário, habitação, cuidados médicos e aqueles direitos básicos que podem efetivar o bem-estar e a dignidade da pessoa humana.

A Constituição da Organização Mundial de Saúde declara, em 1946, que “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. (ONU, 1946).

Outros diplomas internacionais foram elaborados tendo como perspectiva a efetivação do direito à saúde. É possível citar o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, além da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, no seu art. XI estabelece que “Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade.” (DADH, 1948).

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1966, promulgado em 1992 pelo Decreto n.º 591 prevê, de forma categórica, a previsão do direito à saúde a todas as pessoas, com incisos que norteiam as atividades estatais e a elaboração de políticas públicas:

ARTIGO 12

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.
2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:
 - a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças;
 - b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;

- c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;
- d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

A análise destaca que, além do reconhecimento do direito de toda pessoa de desfrutar do mais elevado nível de saúde física e mental, o artigo evidencia a necessidade de uma atuação positiva estatal com políticas públicas para assegurar o pleno exercício do direito à saúde, objetivando a diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, a melhoria dos aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente, a prevenção e tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas e as condições de efetivação da assistência médica e dos serviços médicos.

No artigo constata-se normas que devem nortear o Poder Executivo, o Legislativo, o Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública que devem atuar com o referido objetivo.

A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 também evidencia a preocupação com o direito à saúde, relacionando-o com direitos de primeira dimensão em cinco oportunidades, quais sejam, nos arts. 12, 13, 15, 16 e 22. Corroborando com a defesa do direito à saúde, o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos reserva o art. 10 para regulamentar o direito à saúde:

Artigo 10

Direito à Saúde

1. Toda pessoa têm direito à saúde, compreendendo-se como saúde o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.
2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados-Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir esse direito:
 - a) assistência primária à saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;
 - b) extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;
 - c) total imunização contra as principais doenças infecciosas;
 - d) prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;
 - e) educação da população com referência à prevenção e ao tratamento dos problemas da saúde; e
 - f) satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

O referido diploma normativo esclarece objetivos a vinculantes aos Estados-Partes, relacionados à efetividade deste direito, com vistas à assistência primária à saúde, sua universalização, imunização, prevenção e tratamento, educação em saúde e satisfação das necessidades dos mais vulneráveis.

Os Tratados Internacionais da Organização Internacional do Trabalho também evidenciam a preocupação com o direito à saúde, notadamente os de n.º 155, 161, 164, 167 e 176 que se dedicam, respectivamente, sobre a saúde e segurança dos trabalhadores de forma genérica, serviços de saúde do trabalho, proteção à saúde e assistência médica aos trabalhadores marítimos, saúde na construção e saúde nas minas.

O item 22.1 das Regras de Tóquio, ou seja, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade, que trata da importância do desenvolvimento da saúde pelos Estados sustém:

22.1 Devem-se desenvolver mecanismos apropriados para os diversos níveis, de modo a fomentar a criação de vínculos entre serviços responsáveis por medidas não privativas de liberdade, outros setores do sistema de justiça criminal, desenvolvimento social e organismos do bem-estar, tanto governamentais quanto não governamentais, em áreas como saúde, moradia, educação e trabalho e os meios de comunicação. (ONU, 1990).

A Resolução 70/175 da Assembleia-Geral das Nações Unidas, que apresenta as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, conhecidas como Regras de Nelson Mandela que tratam da necessidade de efetivação da saúde no sistema carcerário, inclusive estabelecendo a necessidade de elaboração de políticas públicas neste sentido, nos termos da Regra 4, item 2 declara:

2. Para esse fim, as administrações prisionais e demais autoridades competentes devem proporcionar educação, formação profissional e trabalho, bem como outras formas de assistência apropriadas e disponíveis, incluindo aquelas de natureza reparadora, moral, espiritual, social, desportiva e de saúde. Estes programas, atividades e serviços devem ser facultados de acordo com as necessidades individuais de tratamento dos reclusos. (ONU, 2015).

A regra 13 também é de extrema importância ao prever o direito à Saúde aos reclusos:

Regra 13

Todos os locais destinados aos reclusos, especialmente os dormitórios, devem satisfazer todas as exigências de higiene e saúde, tomando-se devidamente em consideração as condições climáticas e, especialmente, a cubicagem de ar disponível, o espaço mínimo, a iluminação, o aquecimento e a ventilação. (ONU, 2015).

A regra enuncia o direito à saúde com relação à exigência de meios para a efetivação da higiene pessoal (Regra 18), vestuário e roupas de cama (regra 19), alimentação (regra 22), serviços médicos (regra 24), necessidade de existência de serviço de saúde (regras 25 a 27), saúde da mulher e proteção à maternidade (regra 28), tal como questões relativas à relação médico-paciente (Regras 30 a 35, 46), previsão das equipes de saúde (regra 84), saúde no ambiente de trabalho (regra 96 e 101), lazer (regra 105) estabelecendo regulamentações sobre reclusos com transtornos mentais e/ou com problemas de saúde (regras 109 e 110). (ONU, 2015).

Portanto, tendo em vista a previsão normativa positivada do direito à saúde em diversos diplomas internacionais de direitos humanos, confere-se o direito à saúde como integrante dos direitos humanos, havendo diversos diplomas na ordem internacional que podem contribuir com a ampliação da parametricidade do controle de políticas públicas.

O direito à saúde ultrapassa as fronteiras da classificação criada por Karel Vasak constituindo-se, além de direito de segunda dimensão, um direito intrinsecamente relacionado à vida, de primeira dimensão, além da totalidade das pessoas, de forma universal, o que evidencia ampla relação com a terceira dimensão dos direitos humanos.

2.6.2 O Direito à Saúde no Ordenamento Jurídico Brasileiro

No campo do constitucionalismo brasileiro é possível aferir que a saúde está presente desde a Constituição imperial de 1824, em que pese de maneira pontual, no art. 179, inciso XXIV, relacionado ao trabalho, cultura, comércio e indústria (BRASIL, 1824). Não houve previsão, todavia, do direito à saúde na constituição da República do ano de 1891.

Com relação à Constituição de 1934, houve regulamentação da competência da preocupação com a saúde que seria concorrente à União e aos Estados, nos termos do art. 10, II (BRASIL, 1934). No que se refere à Constituição de 1946, houve previsão no sentido de fixar a competência da União para legislar sobre a defesa e a proteção da saúde, nos termos do art. 5º, XV, b (BRASIL, 1946). Além da previsão relativa ao conteúdo previsto na Constituição de 1946, a Constituição de 1967 também evidenciou a competência da União para estabelecer o plano nacional de saúde (BRASIL, 1967), fatores ratificados pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (BRASIL, 1969).

Foi no domínio da Constituição de 1988 que o direito fundamental à saúde ganhou previsão de destaque, conforme discutido no art. 6º ao declarar, como direitos sociais, “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

Ademais, além de dezenas de previsões do direito fundamental à saúde, importante destacar a Seção II do Capítulo II do Título VIII da Constituição Federal, que abrange os arts. 196 a 200, ressaltando-se a importância das Emendas Constitucionais 29/00, 51/06, 63/10 e 86/15.

O art. 196 da Constituição Federal assevera que a “saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

O art. 197 do diploma constitucional evidencia a necessidade de regulamentação, fiscalização e controle como partes integrantes das atribuições do Poder Público, devendo a execução ser realizada de forma direta ou por meio de terceiros, pessoa física ou jurídica de direito privado.

O art. 198, por sua vez, delinea o Sistema Único de Saúde como uma rede regionalizada, devendo ser norteado pelas diretrizes da descentralização, atendimento integral e com a participação da comunidade. Importante salientar que

o SUS é financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (BRASIL, 1988).

A Constituição prevê recursos mínimos de cada ente federativo, correspondente ao mínimo de 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, no caso dos Estados e Distrito Federal o correspondente à arrecadação relativa aos impostos de transmissão, causa mortis ou doação de bens (ITCMD), circulação de mercadorias e prestação de serviços (ICMS), incidindo sobre propriedade de veículos automotores (IPVA), tal como com relação à repartição das receitas tributárias referentes aos arts. 157 e 159 (BRASIL, 1988). No que se refere aos Municípios, a arrecadação relativa ao imposto sobre propriedade predial e territorial urbana (IPTU), imposto de transmissão “inter vivos” de bens imóveis (ITIV ou ITBI) e impostos sobre o serviço (ISS) são as fontes provedoras indicadas (BRASIL, 1988).

Ademais, a Constituição prevê a elaboração de Lei Complementar que deve ser reavaliada a cada cinco anos, regulamentando os percentuais referentes à arrecadação dos Estados e Municípios, os critérios de rateio, com o objetivo de diminuição das disparidades regionais, a fiscalização, avaliação e controle das despesas com a saúde nas diversas esferas dos entes federativos (BRASIL, 1988).

Segundo o diploma constitucional, os gestores do SUS poderão admitir, por meio de processo seletivo, agentes comunitários e agentes de combate às endemias, verificando-se a natureza e a complexidade das atribuições. Saliente-se que a norma fundamental dispõe sobre necessidade de criação de Lei Federal para dispor sobre o piso salarial, o regime jurídico, as atividades e os requisitos específicos para exercer o cargo do agente comunitário e agente de combate às endemias (BRASIL, 1988).

Tratando ainda do direito fundamental à saúde, a Constituição coloca em relevo, no art. 199, que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, podendo, as mesmas participarem de forma complementar ao SUS, seguindo suas diretrizes, sendo vedada a destinação de recursos públicos com a finalidade de auxílio às instituições

privadas com fins lucrativos e vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no Brasil, excepcionalmente em casos previstos da legislação. Finaliza, o artigo, evidenciando a necessidade de lei para regulamentar os requisitos para remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para transplante, pesquisa e tratamento, bem como coleta, processamento e transfusão de sangue, vedando-se, de forma expressa, qualquer comercialização (BRASIL, 1988).

Finalmente, o artigo 200 da Constituição estabelece as competências do SUS, nos seguintes termos:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. (BRASIL, 1988).

Expõe-se o caráter de direito fundamental da saúde que se relaciona amplamente com as três dimensões dos direitos fundamentais, tendo em vista a proximidade com o direito à vida, a necessidade de uma prestação positiva estatal e o caráter de universalidade dos direitos fundamentais.

Saliente-se a importância da Lei 8080/90, grande marco na regulamentação da saúde no ordenamento jurídico brasileiro. A referida Lei dispõe sobre condições de promoção, recuperação e proteção da saúde, estabelecendo-a como direito de todo o ser humano e dever do Estado e demonstrando os objetivos e atribuições do SUS.

Importante evidenciar que o art. 7º da referida Lei prevê os princípios e diretrizes do Sistema.⁶

A referida legislação ainda trata da organização, direção e gestão, competência e atribuições do SUS, dos subsistemas da atenção à saúde indígena, de atendimento e internação domiciliar e de acompanhamento durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, assistência terapêutica, incorporação de tecnologia em saúde, serviços privados de assistência à saúde, recursos humanos e, por fim, financiamento e orçamento na efetivação do direito à saúde.

A Lei 8142/90 também é evidenciada como importante diploma na efetivação do direito à saúde, tendo em vista a previsão da participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

O diploma normativo prevê as instâncias colegiadas da conferência de saúde e do conselho de saúde, com a finalidade de reuniões periódicas para propor as diretrizes para formação de políticas de saúde. Evidencia a possibilidade de alocação de

⁶ Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

- I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
- VIII - participação da comunidade;
- IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:
 - a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
 - b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
- X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
- XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;
- XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e
- XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.
- XIV – organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras, em conformidade com a Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013.

recursos, mediante o preenchimento dos requisitos previstos nos incisos do art. 4º (BRASIL, 1990).

2.7 A SAÚDE DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE NA BAHIA

Objetivando evidenciar as necessidades de pessoas privadas de liberdade em situação de cárcere, buscou-se a descrição de dados do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN). Trata-se de uma ferramenta do Ministério da Justiça que tem o objetivo de cumprir a Lei nº 12.714, de 14 de setembro de 2012, que versa sobre o acompanhamento da execução das penas, da prisão cautelar e da medida de segurança (BRASIL, 2020).

É importante destacar que a Secretaria de Saúde do Estado da Bahia possui uma Área Técnica de Saúde no Sistema Presidencial. Trata-se de uma instância propositora, formuladora, articuladora e coordenadora das políticas públicas de saúde relacionadas à população privada de liberdade (BAHIA, 2020). Esta área técnica objetiva promover o direito à saúde desta população, assim como realizar o matriciamento dos municípios baianos para a implantação das Políticas Municipais de Saúde Integral para os privados de liberdade (BAHIA, 2020). No processo de matriciamento, além das articulações à nível federal, a SESAB (Secretaria de Saúde da Bahia) deve realizar visitas técnicas às unidades prisionais do Estado da Bahia, para diagnóstico das condições de saúde da população encarcerada, ações educacionais para prevenção de agravos à saúde, Elaboração/implementação da Linha de Cuidado para a população do sistema prisional, realizar articulação com a atenção básica para ações de promoção à saúde e articulação intrainstitucional para o enfrentamento do racismo institucional (BAHIA, 2020).

Dados divulgados em 2020, referentes ao período de julho a dezembro de 2019, reportam um total de 748.009 indivíduos privados de liberdades no Brasil, dentre os quais 362.547 se encontram em regime fechado, 133.408 em regime semiaberto, 25.137 em regime aberto, 222.558 em prisão provisória, 4.109 em medida de segurança e 250 em tratamento ambulatorial. No estado da Bahia, em 2020, alberga-se um total de 15.108 presos, sendo que 5.030 se encontram em regime

fechado, 2.419 em regime semiaberto, 259 em regime aberto, 7.336 em regime provisório, 64 em medida de segurança e não tendo sido relatados indivíduos em tratamento ambulatorial.

Observa-se na Bahia um total de 25 presídios distribuídos em 15 municípios. Salvador apresenta o maior número (albergando 40% da população aprisionada), seguido pelo município de Vitória da Conquista que possui duas unidades prisionais (8% da população aprisionada). No tocante a infraestrutura dos presídios, os mesmos são em sua maioria para população masculina (64%), seguidos por presídios que abrigam ambos os sexos (32%). O estado da Bahia possui apenas um presídio feminino na cidade de Salvador. A maioria dos presídios apresentam sistema de gestão pública (64%), havendo terceirização de alguns serviços como alimentação (64%), limpeza (36%), saúde (16%) e assistência social (32%). Não foram observadas terceirizações nas áreas de segurança, educação, assistência laboral e assistência jurídica. Esses resultados podem ser observados na tabela 1, localizada nos apêndices.

Com relação à estrutura dos serviços de saúde, observou-se que uma penitenciária não possuía, atualmente, consultório médico e outra não dispunha de consultório odontológico. Pôde-se verificar também que 13 (52%) unidades prisionais não possuíam sala de coleta de exames laboratoriais, 4 (16%) não obtinham sala de curativos, 11 (44%) não desfrutavam de cela de observação, 22 (88%) não contavam com cela com enfermaria e solário, 4 (16%) não desfrutavam sanitário para a equipe de saúde, 5 (20%) não apresentavam farmácia e 9 (36%) não continham sala multiprofissional conforme tabela 2 (apêndices).

Sobre o número de profissionais de saúde que trabalham no sistema prisional no estado da Bahia, observou-se que há um número reduzido de profissionais médicos na área de clínica geral e de cirurgiões dentistas. Os profissionais mais frequentes são os técnicos da enfermagem (29,85%), seguidos por enfermeiros (18,56%). Observou-se que em Barreiras, Paulo Afonso e Simões filho não há médicos especialistas. Aferiu-se que dos 15 municípios do estado da Bahia, 11 não possuem médicos de “outras especialidades”. Esses aspectos denotam uma demanda reprimida na atenção à saúde das pessoas privadas de liberdade. Simões filho e

Paulo Afonso não possuem cirurgiões-dentistas atuando no sistema carcerário. Ainda sobre o município de Paulo Afonso, em que pese tenha 514 indivíduos privados de liberdade, o referido município não possui médico psiquiatra e apresenta apenas um psicólogo. Dados considerando população privada de liberdade por município e profissionais de saúde podem ser analisados na tabela 3 (apêndices).

A Tabela 4 (apêndices) evidencia dados descritivos dos procedimentos de saúde realizados na atenção a pessoas privadas de liberdade. É importante ressaltar o número insuficiente de cobertura vacinal desta população considerando ambos os sexos. Mulheres apresentam uma maior demanda em relação as consultas médicas internas e externas quando comparadas aos homens.

A Tabela 5 (apêndices) revela Quadro grave em relação às prevalências de doenças transmissíveis na população privada de liberdade. Observou-se uma alta prevalência de sífilis na população masculina (51,84%) e feminina (51,43%). Em mulheres há uma maior prevalência de HIV (28,58%), seguida de hepatites (5,71%) e tuberculose (5,71%). A população masculina apresentou alta prevalência de tuberculose (20,76%), seguida de HIV (19,04%) e hepatite (7,25%).

No estado da Bahia, conforme Tabela 6 (apêndices), no período de julho a dezembro de 2019, ocorreram 18 óbitos, sendo 44,45% por comprometimento da saúde, seguidos por criminais (22,22%), Causas desconhecidas (22,22%) e suicídios (11,11%).

Em panorama de pandemia do COVID-19, foram analisados os dados coletados também pelo SISDEPEN/INFOPEN referentes ao primeiro semestre de 2020, elaborando-se tabelas e calculando-se o percentual de cada dado, sendo possível notar as seguintes modificações.

Conforme Tabela 7 (apêndices), no que concerne ao número de trabalhadores de saúde no sistema presidial da Bahia neste primeiro semestre de 2020, foi possível observar uma melhoria significativa na unidade de Feira de Santana que contava com 31 trabalhadores de saúde, número que aumentou para 43. Entretanto, notou-se que, em Salvador, houve uma grande diminuição de Médicos de outras

especialidades; o número que era de 26, passou a ser de apenas 1. Verifica-se, também, que em Simões Filho não há qualquer profissional de saúde bucal, seja dentista ou técnico. Nota-se a ausência de médicos especialistas nas demais áreas, havendo 9 cidades sem os referidos profissionais, além de três cidades sem médicos psiquiatras e a ausência de Clínico Geral em Jequié. Quais as consequências da ausência de suporte especializado para a garantia dos direitos humanos? Pode tal gestão mitigadora de pessoal especializado e mecanismos asseguradores do direito à saúde convergir para o delineamento de um indicador de como este estado relevante da federação brasileira confere tratamento à sua população encarcerada?

Com relação aos procedimentos de saúde, percebe-se, pela Tabela 8 (apêndices) uma incidência muito maior que em 2019, havendo números totais, em seis meses, de 93.602 procedimentos, notando-se grande número de aplicações de vacinas, que em seis meses ultrapassa o ano de 2019, além de consultas médicas internas e exames, números muito próximos aos de 2019.

A Tabela 9 (apêndices), sobre doenças em pessoas privadas de liberdade na Bahia, certifica menor número de incidência, nos homens, das doenças de HIV, sífilis e tuberculose, mas um maior número de casos de hepatite e, principalmente, de outras doenças, número que aumentou de 9 para 112, evidenciando que outra doença está incidindo de forma muito notável. Qual poderia ser o fator patológico indiferenciado na categoria outros? O que revela a generalidade da designação em documentos relevantes como as tabelas disposta pelo órgãos que acompanham a execução de políticas protetivas de direito?

A respeito das mulheres, a tabela evidencia números parecidos com o de 2019.2, com aumento de incidência de sífilis, diminuição de tuberculose, mas de aumento de outras doenças, número que passou de 3 para 20, evidenciando quadro parecido com a perspectiva masculina.

As mortes, retratadas na Tabela 10 (apêndices), também aumentaram significativamente, visto que no ano de 2019.2 foi verificado quadro de 18 mortes ao passo que, de janeiro a julho de 2020, observou-se a inciência de 54 mortes no total,

números que, proporcionalmente, evidenciam número três vezes maior de mortes nas unidades prisionais do Estado da Bahia em período de pandemia. Qual são os fatores causadores desse incremento impactante e como os tratam as autoridades que “assinam” tais documentos?

Tendo em vista o problema exposto, pergunta-se: como do ponto de vista geral têm as cortes internacionais recebido denúncias do modo como o governo trata a epidemia? Como o STF tem sido depositário de dispositivos judiciais, à exemplo da ADPF 684, reclamando a resistência do próprio judiciário para tratar alternativamente a proteção da integridade da vida dos apenados? O que se tem registrado de ocorrências no nosso sistema pelas mídias? Como o Ministério Público pode intervir? Como sanar a omissão estatal na efetivação do direito à saúde no sistema prisional? Esta pesquisa se utiliza da hipótese que que é necessária a contribuição do controle de convencionalidade, com a atuação dos órgãos do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, inclusive na análise de políticas públicas.

A partir da descrição dos dados que denunciam grande problema enfrentado nessa pesquisa sobre a omissão do Estado brasileiro na efetivação do direito à saúde no sistema prisional, faz-se necessária a investigação do mecanismo do controle de convencionalidade como hipótese de contribuir para a concretização do aludido direito.

3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO MECANISMO EFETIVADOR DOS DIREITOS HUMANOS

Da argumentação arrolada até aqui, tem-se que, no sentido axiológico, o conteúdo dos direitos fundamentais é convergente ao dos direitos humanos. Portanto, são os direitos mais essenciais para a efetivação da dignidade da pessoa humana e, enquanto os primeiros se encontram positivados em diplomas de determinado direito interno, a outra espécie de direitos pode ser encontrada nos tratados e convenções de direitos humanos em um plano internacional.

Após a referida análise inicial, será possível verificar o conceito e a evolução do controle de convencionalidade, para que seja possível discutir a mais correta parametricidade de controle a fim de que seja atingida a máxima promoção e efetividade dos direitos fundamentais, com a investigação do controle das políticas públicas para efetivação dos direitos humanos no sistema carcerário.

Preliminarmente, é válida uma abordagem acerca do Sistema Interamericano de Proteção dos direitos humanos, tendo em vista o fato de que o controle de convencionalidade foi bastante desenvolvido, tanto no plano teórico quanto prático, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3.1 O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Com os diversos problemas decorrentes da Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas foi criada com o objetivo de amenizar as consequências da guerra e promover os direitos humanos à população global. A soberania pregada por Jean Bodin, deste modo, perdeu o seu caráter absoluto em respeito ao Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos.

Menezes (2009) afirma que foi instaurada a Organização das Nações Unidas, com mecanismos de defesa, promoção e proteção aos direitos humanos, resultando em um conjunto de instrumentos internacionais que são conhecidos como o sistema universal de proteção dos direitos humanos, tendo como diplomas fundamentais a

Carta de São Francisco, que criou a ONU em 1945, além da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. O sistema também é composto por diversos tratados e diplomas internacionais de caráter global, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo adicional e a o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que formam a chamada Carta Internacional de Direitos Humanos.

O sistema universal foi crucial para a consolidação dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos (TEREZO, 2011), como o sistema europeu, o sistema africano, bem como o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. Para entender o funcionamento da proteção dos direitos humanos fundamentais e do controle de convencionalidade e sua aplicação no continente americano, faz-se necessário recorrer ao desenho e funcionamento do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, bem como de suas peculiaridades.

Ao longo da história, os Estados soberanos da América do Sul demonstraram pensamentos de união entre regiões com o objetivo de um fortalecimento comum, da mesma forma que uma maior proteção aos direitos intrínsecos ao homem. Símon Bolívar externava seu pensamento no sentido da necessidade da criação de uma localidade “unida pelo coração”, resultando na realização do congresso do Panamá, no ano de 1826, com a finalidade de formar uma Confederação de Estados Americanos (GUERRA, 2013).

No mesmo sentido de desenvolvimento e com a finalidade de discutir a forma de solução de controvérsias entre os Estados, para incentivar as relações comerciais e ampliar os meios de comunicação, foi realizada a Primeira Conferência Internacional Americana na cidade de Washington D.C. nos anos de 1889 e 1890. A União Internacional das Repúblicas Americanas para a pronta coleta e distribuição de informações comerciais foi um dos resultados positivos dessa conferência (GUERRA, 2013).

Os referidos encontros foram se tornando cada vez mais sistemáticos, como a Quinta Conferência Internacional Americana, sediada em Santiago no Chile (1923), a Sétima Conferência Internacional Americana, realizada em Montevideu, no

Uruguai (1933), a Conferência Interamericana sobre problemas da Guerra e da Paz na Cidade do México (1945), a Conferência Interamericana para Manutenção da Paz e Segurança no Continente no Rio de Janeiro, Brasil, sendo estabelecidos diversos pontos acerca do relacionamento entre os entes estatais e diretrizes que deveriam ser seguidas pelos membros das conferências (GUERRA, 2013).

No ano de 1948, foram elaborados três diplomas fundamentais aos Estados Americanos na IX Conferência. A Carta da Organização dos Estados Americanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e o Pacto Americano de Soluções pacíficas criaram a Organização dos Estados Americanos (OEA) que pode ser definida como: “uma organização internacional que tem por fundamentos precípuos o alcance de uma ordem que consagre a paz, a justiça e a solidariedade entre as nações” (GUERRA, 2013, p. 10).

A partir deste momento, o continente americano possuía uma organização pautada no crescimento econômico, com o fortalecimento da democracia, com a valorização da paz e dedicada a efetivar os direitos humanos fundamentais nos Estados participantes. O artigo 2º da referida Carta é completo e pontual ao estipular os propósitos fundamentais da Organização dos Estados Americanos.⁷

O artigo 4º indica que são membros da referida organização todos os Estados Americanos que retificaram a Carta. Atualmente, todos os 35 Estados Americanos fazem parte da Organização, justamente por terem ratificado a carta, convergindo os

⁷ Artigo 2 - Para realizar os princípios em que se baseia e para cumprir com suas obrigações regionais, de acordo com a Carta das Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos estabelece como propósitos essenciais os seguintes:

- a) Garantir a paz e a segurança continentais;
- b) Promover e consolidar a democracia representativa, respeitado o princípio da não-intervenção;
- c) Prevenir as possíveis causas de dificuldades e assegurar a solução pacífica das controvérsias que surjam entre seus membros;
- d) Organizar a ação solidária destes em caso de agressão;
- e) Procurar a solução dos problemas políticos, jurídicos e econômicos que surgirem entre os Estados membros;
- f) Promover, por meio da ação cooperativa, seu desenvolvimento econômico, social e cultural;
- g) Erradicar a pobreza crítica, que constitui um obstáculo ao pleno desenvolvimento democrático dos povos do Hemisfério; e
- h) Alcançar uma efetiva limitação de armamentos convencionais que permita dedicar a maior soma de recursos ao desenvolvimento econômico-social dos Estados membros.

Organização dos Estados Americanos. *Carta Da Organização Dos Estados Americanos*. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-> (Mesmo em rodapé, vc deve assumir o sistema AUTOR DATA e levar a referência para a Bibliografia.

seus interesses aos propósitos citados: a “[...] Carta da OEA foi produzida para alcançar precipuamente objetivos relativos à manutenção da paz e segurança do continente [...]” (GUERRA, 2013, p. 36).

A carta da Organização dos Estados Americanos prevê, como órgãos, a Assembleia Geral, os Conselhos e Conferências Especializadas, a Comissão Jurídica Interamericana de Direitos Humanos e a Secretaria-Geral. Menezes (2009) sustém que a Organização dos Estados Americanos não é uma organização internacional de natureza supranacional como a União Europeia. Porém, a Organização instituiu, pela vontade de seus Estados, um sistema interamericano de direitos humanos, tendo este o caráter de supranacionalidade, uma vez que a proteção dos direitos humanos ultrapassa os interesses soberanos estatais, com fundamento na dignidade da pessoa humana do *jus cogens* internacional.

Guerra (2013) ressalta que o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos engloba os procedimentos previstos na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Um “sistema” é o “...conjunto de elementos que guardam entre si alguma relação” (XIMENES, 2000, p. 693). Pode ser conceituado como “Disposição dos elementos que formam um todo organizado” (XIMENES, 2000, p. 693). Além da Carta da Organização dos Estados Americanos, o Sistema Interamericano se fundamenta em mais dois elementos normativos que exercem funções fundamentais para o alcance dos principais objetivos.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na IX Conferência Internacional Americana no ano de 1948 na cidade de Bogotá, Colômbia, demonstra uma série de direitos e deveres fundamentais e primordiais que devem ser observados e respeitados em um Estado Democrático de Direito. Diversos direitos e deveres previstos na Declaração foram inseridos na Constituição Federal de 1988. O referido diploma é essencial ao sistema interamericano, tendo o objetivo de promover a efetivação dos direitos humanos consagrados no plano teórico.

Esta foi a base normativa de proteção utilizada no sistema interamericano em um período anterior ao instrumento da Convenção Americana de Direitos, sendo ainda esta base que se constitui como diploma principal pelos Estados que não ratificaram a referida Convenção. Portanto, o sistema estava constituído a partir da elaboração da Carta de Bogotá.

Evidencie-se a importância da Carta Democrática Interamericana, aprovada no ano de 2001, que ratifica uma das principais funções do sistema interamericano de direitos com a redação constante do Artigo 8º, qual seja, a análise de denúncias e petições relacionadas com a violação dos direitos humanos.⁸

Todavia, os diplomas normativos principais não se resumiram apenas nos citados. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos merece especial destaque uma vez que todo este estudo somente foi possível pela proteção aos Direitos Humanos nela prevista. No ano de 1969, em São José, Costa Rica, ocorreu a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos que proporcionou um grande avanço ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (GUERRA, 2013).

Foi elaborada a Convenção que oferece uma proteção complementar ou coadjuvante à proteção interna dos Estados-partes. Com este caráter, conclui-se que a Convenção não busca retirar a competência primária para exercer a proteção aos direitos dos sujeitos à sua jurisdição (MAZZUOLI, 2015). Piovesan (2012) destaca a essencialidade da Convenção ao afirmar que “O instrumento de maior importância no sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos [...]”

⁸ Artigo 8 - Qualquer pessoa ou grupo de pessoas que considere que seus direitos humanos tenham sido violados pode interpor denúncias ou petições perante o sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos humanos, conforme os procedimentos nele estabelecidos. Os Estados membros reafirmam sua intenção de fortalecer o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, para a consolidação da democracia no Hemisfério. - Organização dos Estados Americanos. Carta Democrática Interamericana Disponível em: http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democractic_Charter.htm Acesso em: 18 de ago. de 2017.

O sistema de proteção aqui discutido atua de forma subsidiária à atuação do Estado-parte. Os Estados que ratificaram a Convenção, portanto, possuem, mais ainda, a obrigação de atuar no sentido da promoção e efetivação dos direitos humanos aos administrados. No momento em que a ordem jurídica de determinado país falha ou se omite em proteger os direitos da sua população, o sistema interamericano deverá agir de maneira que seja suprida a inércia proporcionada.

Os Estados Americanos que são signatários da Convenção Americana reafirmaram “seu propósito 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” (CADH, 1969). A primeira parte da Convenção, intitulada de *Deveres dos Estados e Direitos protegidos* demonstra esse caráter. Com os ideais do Estado do bem-estar social (*welfare state*) vislumbra-se que o poder público serve para proporcionar, de forma ativa, a proteção aos direitos humanos aos seus administrados. A finalidade do Estado é amplamente difundida e utilizada a partir destas concepções.

Há aqui a enumeração dos direitos humanos fundamentais que incorporam os direitos civis e políticos, suas garantias, tal qual os princípios essenciais que se relacionam umbilicalmente aos referidos direitos. O direito à vida, à integridade, à proibição da escravidão, à liberdade, honra, propriedade e dignidade são alguns dos direitos elencados nos artigos da Convenção.

A segunda dimensão dos direitos humanos fundamentais não foi esquecida, sendo estabelecidos, de forma genérica, os direitos econômicos sociais e culturais. Para que houvesse a previsão específica dos direitos econômicos sociais e culturais, a Organização dos Estados Americanos criou Protocolo Adicional à Convenção Americana, intitulado Protocolo de San Salvador, tendo entrado em vigor no ano de 1999.

Comparato (2013) explicita que com o objetivo de obter a adesão dos Estados Unidos da América à Convenção, a Conferência de São José da Costa Rica decidiu regulamentar os direitos econômicos, sociais e culturais em um protocolo à parte que veio a ser aprovado na cidade de São Salvador, na data de 17 de novembro de

1988. A abolição da pena de morte foi discutida também em um protocolo adicional à Convenção na Conferência Interamericana de Assunção. Mazzuoli (2015) elenca os principais instrumentos internacionais que merecem ser citados, sendo estes o *Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte* (1990), a *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura* (1985), a *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher* (1994) de Belém do Pará, a *Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores* (1994) e a *Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência* (1999).

Após a primeira parte, que elenca direitos humanos fundamentais essenciais ao ser humano e prevê os deveres dos Estados Partes e dos próprios protegidos, a Convenção institui os Meios de Proteção que são de vital importância para o presente estudo.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos são dois órgãos previstos pela Convenção, sendo estes competentes para tratar dos assuntos referentes ao cumprimento dos compromissos ratificados pelos Estados Partes que incorporaram o diploma normativo.

Estes órgãos autônomos e independentes possuem papel primordial para o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos que finalmente atua a partir de órgãos especiais, com jurisdição específica para a efetivação dos direitos humanos. Com a instituição da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos, a Convenção Americana possibilitou proteger e supervisionar a aplicação dos direitos individuais estabelecidos no referido diploma. A Convenção aqui designou “um aparato de monitoramento e implementação dos direitos que enuncia” (PIOVESAN, 2012, p. 130).

Souza e Chaves anunciam que “O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos é o conjunto de diplomas e instituições transnacionais que tem como objetivo a proteção e promoção dos direitos do homem no continente americano.” (SOUZA; CHAVES, 2016, p. 98), indicando a presença de dois regimes distintos,

quais sejam, o regime da Carta da Organização dos Estados Americanos e o regime da Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo este último regime composto por quatro diplomas normativos fundamentais que são a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, a Carta da Organização dos Estados Americanos, também de 1948, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e o Protocolo de San Salvador do ano de 1988.

Menezes (2009) indica que há um tríplex regime de proteção no sistema interamericano. Primeiramente, todos os Estados membros da Organização dos Estados Americanos, que sejam signatários ou não da Convenção Americana, estão sujeitos à Comissão, por força da Carta da Organização. Em um segundo regime jurídico o Estado signatário da Convenção, além de estar sujeito à comissão, está sujeito às disposições da Pacto de San José. Em um terceiro regime, o Estado se submeterá à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, devendo, para isso, haver uma aceitação expressa, como prevê o artigo 62(1) do referido Pacto.

Desta forma, é mister que os órgãos do sistema interamericano de direitos, especificamente a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, bem como a Corte Interamericana de Direitos Humanos sejam definidos, com suas principais características.

Composta por sete membros de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos e sediada em Washington D.C nos Estados Unidos da América, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos possui a competência para receber as denúncias ou queixas apresentadas por qualquer pessoa, grupo de pessoas ou determinada entidade não governamental por violação do diploma Americano por algum Estado Parte.

Este fator estabelece um respeito ao princípio do acesso à justiça, bem discutido por Capelletti (1998), possibilitando que qualquer jurisdicionado questione determinadas matérias no âmbito da justiça internacional. A Comissão tem sido um dos organismos mais dinâmicos, sendo de vital importância para a solidificação jurisprudencial e jurídica dos direitos humanos (MENEZES, 2013).

O Sistema Interamericano não permite, diferentemente do sistema europeu, que qualquer pessoa postule perante a Corte. Desta forma, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos fica incumbida de receber as referidas petições, elaborando um relatório e, se o Estado persistir no desrespeito aos direitos humanos no caso concreto em questão, deve a Comissão apresentar a sua denúncia à Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Comissão é prevista no artigo 33, alínea “a” da Convenção Americana de Direitos e nos seus artigos 34 a 51. Realiza a admissibilidade das petições verificando a presença dos requisitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos.⁹

Guerra (2013) classifica os pressupostos em “de forma” e “de fundo”. Nos primeiros, a petição deve conter nome, nacionalidade, profissão, além da assinatura dos requerentes; deve conter uma relação de fato, sendo especificados o lugar, data e o nome das vítimas das violações e das autoridades que tenham conhecimento acerca dos fatos; deve estar presente a indicação do Estado que violou os direitos previstos na Convenção Interamericana, além da afirmação de que se utilizou da jurisdição interna ou indicada a possibilidade de utilizá-la. Os requisitos de fundo levam em consideração os aspectos relacionados ao esgotamento dos recursos da jurisdição interna, a apresentação dentro do prazo de seis meses a partir da notificação da decisão definitiva, a matéria da petição que não deve estar pendente de outro processo de solução internacional, a ausência da coisa julgada e, por fim, a presença de fundamentação.

⁹ 1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

- a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;
- b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;
- c. que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e

d. que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

- a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;
- b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e
- c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos

Convenção Americana de Direitos Humanos. Artigo 46. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 18 out. 2016.

A Comissão era prevista pelo artigo 106 da Carta da Organização dos Estados Americanos, nos seguintes termos:

Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria. Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria.

A análise do artigo evidencia que a função da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é a de órgão consultivo voltada para promover o respeito e a defesa dos direitos humanos no continente. A Comissão possui competência para dar publicidade a assuntos relacionados aos direitos humanos com relatórios, estudos, palestras, dentre outros, podendo, ademais, fazer recomendações aos Estados acerca da adoção de medidas progressivas em favor dos direitos humanos (SHAW, 2010). Além disso, Guerra (2013) lista diversas funções da Comissão, como estimular a consciência dos direitos humanos nos povos do continente, formular recomendações aos governos dos Estados membros, preparar estudos ou relatórios para o desempenho das suas funções, solicitar aos governos dos Estados membros que lhe informem sobre as medidas que adotarem no que se refere aos direitos humanos, atender às consultas que forem formuladas pelos Estados membros, atuar com respeito às petições e outras comunicações e apresentar um relatório anual à Assembleia Geral da OEA.

A doutrina mexicana ainda assegura mais funções à Comissão, devendo esta atuar como conciliadora, assessora dos governos, crítica das violações, legitimadora para sanar violações, promotora do respeito aos direitos humanos, tal como protetora desses direitos (GUERRA, 2013).

O artigo 33, alínea b da Convenção Americana, trata da Corte Interamericana de Direitos Humanos como órgão competente para conhecer os assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes.

A Corte é discriminada nos Artigos 52 a 73 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, sendo estabelecida a sua organização, competência e funções e o procedimento que esta deve seguir. O órgão pode ser definido como:

[...] uma instituição judicial independente e autônoma, cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Trata-se, portanto, de um tribunal com o propósito primordial de resolver os casos que lhes são apresentados por supostas violações aos direitos humanos protegidos pela Convenção Americana. (GUERRA, 2013, p. 72).

Mazzuoli (2015, p. 140) conceitua a Corte como o “[...] órgão jurisdicional do sistema interamericano que resolve sobre os casos de violação de direitos humanos perpetrados pelos Estados-partes da OEA e que tenham ratificado a Convenção Americana.” A proteção internacional dos direitos humanos é o objetivo principal da Corte Interamericana de Direitos Humanos que busca efetivar os princípios consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (BORGES, 2011).

A Corte é composta por sete juízes dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos, eleitos a título pessoal por juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, devendo reunir as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, consonante com a lei do seu país de origem, ou do Estado que o propõe como candidato.

Com centenas de decisões e julgamentos proferidos, é nítida a importância da Corte Interamericana de Direitos para a efetivação dos Direitos Humanos. Em diversas situações nas quais se vislumbra o desrespeito aos Direitos Humanos, a Corte Interamericana pôde atuar, de forma subsidiária, definindo a efetivação desses direitos no campo dos países que compõem a Organização dos Estados Americanos e incorporaram a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. O órgão Julgador possui duas competências, sendo estas denominadas de consultiva e contenciosa, com o objetivo de proferir pronunciamentos efetivos que adequem os países ao que dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A competência consultiva possibilita a emissão do posicionamento da Corte acerca da correta interpretação das normativas previstas na Convenção Americana e dos demais tratados internacionais que versam acerca dos Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2015). Prevê o Artigo 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

Neste plano consultivo, “qualquer membro da OEA – parte ou não da Convenção – pode solicitar o parecer da Corte relativamente à interpretação da Convenção ou de qualquer outro tratado relativo à proteção dos direitos humanos aplicável aos Estados Americanos” (PIOVESAN, 2012, p. 139/140).

A competência contenciosa possui caráter jurisdicional, com a resolução de casos concretos, dirimindo conflitos quando há a alegação de que determinado Estado-Parte violou algum enunciado da Convenção. A aplicação desta competência limita-se aos Estados-Partes da convenção que reconheceram, de forma expressa, a jurisdição da Corte Interamericana. Diante disso, a doutrina argentina afirma a eficácia direta das decisões do Sistema Interamericano ao direito interno (OTIEZA, 2013).

É o que enunciam Sousa e Chaves (2016, p. 100):

A função consultiva é aplicável a todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), e consiste na interpretação das normas da Organização e dos demais tratados de direitos humanos, assim como na análise de compatibilidade entre a produção normativa interna dos Estados-membros e os diplomas internacionais de direitos humanos. De outra parte, a função contenciosa é condicionada à aceitação de jurisdição obrigatória pelos Estados. No plano contencioso a Corte tem legitimidade para fazer cumprir o conteúdo decisório de suas sentenças.

Não é qualquer ente que possui a capacidade de postular diretamente à Corte Interamericana. O Sistema Interamericano não é idêntico ao Sistema Europeu. A Comissão Interamericana funciona com atuação preliminar à jurisdição da Corte

Interamericana. Caso haja necessidade, a própria comissão poderá levar o caso concreto ao conhecimento da Corte Interamericana, assim como algum Estado que tenha a necessidade de propor determinada demanda, conforme a redação do artigo 61 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “Artigo 61 - 1. Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte.”

A Corte poderá se utilizar de “medidas provisórias” quando se estiver diante de casos de extrema gravidade e urgência ou para evitar danos irreparáveis às pessoas. Estas medidas funcionam como espécies de antecipações dos efeitos da tutela, para que não haja a possibilidade do prejuízo definitivo aos direitos humanos, havendo previsão, neste sentido, no artigo 64 do Pacto de San José da Costa Rica.

Decidindo no sentido de que houve violação dos direitos humanos previstos na Convenção Americana, a Corte assegurará à vítima o gozo do seu direito violado. Determinará, ainda, que o dano seja reparado da melhor forma, sendo possível a fixação de indenização cabível à parte lesada, nos ditames do artigo 63 da Convenção.

O artigo 67 do Diploma Internacional, por sua vez, prevê que a sentença da Corte será definitiva e inapelável, devendo os Estados Partes observarem o disposto no artigo 68, isto é, cumprirem as decisões da Corte em todos os casos em que figurarem como parte.

No que tange ao Estado Brasileiro, casos julgados pela Corte Interamericana foram essenciais para a efetivação dos direitos fundamentais. Podem ser citados os seguintes casos: “Case of Gomes Lund et al. (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brazil”; “Case of Escher et al. v. Brazil.”; “Case of Garibaldi v. Brazil.”; “Case of Nogueira de Carvalho et al. v. Brazil.”; e “Case of Ximenes Lopes v. Brazil.”. Deste modo, é necessário que se identifique “a jurisdição internacional como co-partícipe da nacional na realização da justiça.” (TRINDADE, 2015).

3.2 O CONCEITO E A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O Controle de Convencionalidade é um mecanismo que corrobora na aferição da sincronia entre as normas de determinado ordenamento jurídico e os atos exercidos pelo Poder Público são compatíveis com os Tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado em questão. Partindo-se da proposta que o referido controle apresenta, percebe-se que os direitos humanos fundamentais poderão ser efetivados de forma mais frequente em um Estado Democrático de Direito, por meio da atuação do Poder Judiciário.

Cançado Trindade (1991) arrazoa que, desde o século passado, a possibilidade de haver a necessidade de determinado Estado adequar o arcabouço legislativo interno às obrigações convencionais se impõe:

A significação e o alcance dos tratados sobre proteção dos direitos humanos não de ser medidos igualmente por seus possíveis efeitos no direito interno dos Estados Partes. Por vezes tais tratados impõem deveres que implicam a interação entre suas normas e as de direito interno [...]. Assim, tanto pode haver um impacto de tais tratados no direito interno dos Estados Partes – como efetivamente tem ocorrido, no sentido de acarretar mudanças legislativas internas harmonizando as leis nacionais com as obrigações convencionais – quanto, vice-versa, e menos estudado até hoje, do direito interno no sistema daqueles tratados.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos objetiva consolidar, cada vez mais, a ferramenta de controle com a sua Jurisprudência.

Como afirmado alhures, o Controle de Convencionalidade é a “compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país” (MAZZUOLI, 2013, p. 79). Importante é ainda a lição de Sidney Guerra que conceitua o controle em questão como “um novo dispositivo jurídico fiscalizador das leis infraconstitucionais que possibilita duplo controle de verticalidade, isto é, as normas internas de um país devem estar compatíveis tanto com a Constituição [...] quanto com os tratados internacionais ratificados pelo país onde vigoram tais normas [...]” (GUERRA, 2013, p. 179). Aduz o autor que o referido instituto garante a eficácia das legislações internacionais e a resolução de conflitos entre o direito interno e as normas do direito internacional, podendo ser aplicado

pela Corte Interamericana ou pelos tribunais internos dos países signatários da Convenção.

Sousa e Chaves (2016, p. 90) ainda conceituam o Controle de Convencionalidade como um “conjunto de mecanismos que tem como objetivo a compatibilização das leis internas de um país com o conteúdo disposto nos tratados internacionais de direitos humanos por ele ratificado e em vigor no seu território.”

Canotilho (2003) assevera que as normas de direito comunitário constituem o direito aplicável de forma direta em todos os Estados que são membros, tendo validade e eficácia imediata nos respectivos ordenamentos internos. Explicita que esses atos normativos podem derrogar as leis internas portuguesas que dispuserem de forma contrária à primazia do direito comunitário que é uma fonte normativa da própria ordem jurídico-constitucional.

Ainda não tão conhecido e pouco utilizado pelo Poder Judiciário brasileiro, o Controle de Convencionalidade é uma capital ferramenta para a efetivação dos direitos humanos fundamentais que tem sido cada vez mais utilizada nos Países da América Latina e pela Corte Interamericana de Direitos, por meio de sua jurisprudência. Esta espécie de controle se relaciona completamente com o objetivo que possui o estado brasileiro desde a promulgação das normativas da Constituição Federal de 1988. A partir desse ano, “o Estado brasileiro passou a reconhecer obrigações em matéria de direitos humanos no plano internacional” (GUERRA, 2013, p. 174), assim como se comprometeu a efetivar o "bem-estar social".

Diante disso, o Estado brasileiro, que se utilizava de mecanismos que realizam o controle das legislações e atos normativos, tendo como parâmetro a Constituição Federal, incorporando os modelos de Controle de Constitucionalidade dos Estados Unidos da América (modelo difuso) e o austríaco (modelo concentrado), com o crescente empenho na proteção dos direitos humanos, cada vez mais tratados foram ratificados e incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro. A partir das disposições constitucionais acerca dos tratados internacionais de direitos humanos, como também dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, necessária é a presença de um mecanismo, no ordenamento jurídico brasileiro, que

verifique a compatibilidade entre as normas do direito interno e os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos. Saliente-se que se determinado ato da Administração Pública violar determinada disposição Convencional, o mecanismo de controle também deve ser aplicado, devendo o ato cessar de forma imediata, sendo reparadas eventuais vítimas.

O Controle de Convencionalidade deve ser cada vez mais estudado e utilizado para que os direitos humanos sejam ampliados e efetivados com a necessária atribuição de um valor especial aos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil seja signatário, havendo uma harmonização entre as referidas normas internacionais para com os demais diplomas infraconstitucionais e para com os atos praticados pelo Estado, verificando-se a forma que este deve ser aplicado.

Os operadores do direito brasileiro não foram os primeiros a constatar que o ordenamento jurídico necessita de um mecanismo específico que verifique a compatibilidade das normas de direito interno tendo, como parâmetro, os tratados de direitos humanos. De forma completamente contrária, o Controle de Convencionalidade é uma ferramenta ainda desconhecida pela maior parte da doutrina nacional e pelos operadores do direito, sendo, portanto, não muito utilizada no sistema brasileiro.

Embora a ideia do Controle de Convencionalidade tenha surgido na França, a partir do teor da Decisão 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, proferida pelo Conselho Constitucional Francês, foi a Corte Interamericana de Direitos Humanos a pioneira em exigir que os Estados-Partes da Convenção Americana de Direitos Humanos exercessem o referido mecanismo com relação aos respectivos ordenamentos jurídicos internos (PIZZOLO, 2013). Vale a transcrição do trecho da decisão francesa que demonstrou o entendimento de que esta não era a competente para verificar a convencionalidade das leis do ordenamento jurídico francês:

[...] 6. Considérant qu'ainsi le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution ne saurait s'exercer dans le cadre de l'examen prévu à l'article 61, en raison de la différence de nature de ces deux contrôles;

7. Considérant que, dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la

Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international; [...]¹⁰

No contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com o Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala, o Juiz Sérgio García Ramírez se referiu à expressão “controle de convencionalidade”, pela primeira vez, no campo da Corte Interamericana, no parágrafo 27 de seu voto individual.

27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No 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 repercuta 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.¹¹

No ano de 2003, o Juiz mexicano Sérgio García Ramírez possuía a ideia de que era necessário que os Estados realizassem o Controle de Convencionalidade, trazendo consigo a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Na formação de um mecanismo ainda em construção, o Juiz se utilizava da concepção da responsabilidade global perante a Convenção Americana.

¹⁰ 6. Considerando que o controle da conformidade com o princípio no artigo 55 da Constituição não pode ser exercido no âmbito da revisão prevista no artigo 61, por causa da natureza diferente dos dois controles;

7. Considerando que, nestas circunstâncias, não é para o Conselho Constitucional, quando é apreendido sob a seção 61 da Constituição para examinar a conformidade da legislação com as disposições de um tratado ou um acordo internacional. (tradução livre). Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975. Conseil Constitutionnel Français. (Já admoestei sobre a aposição das referências).

¹¹ Para efeitos da Convenção Americana e do exercício da competência contenciosa da Corte Interamericana, o Estado trata de contas de forma abrangente, como um todo. Nesta ordem, a responsabilidade é global, que se refere ao Estado como um todo e não pode estar sujeito à repartição de competências previstas na lei nacional. Você não pode dissecar o Estado internacionalmente, forçando o Tribunal apenas um ou alguns dos seus órgãos, entregar estes representam o Estado no julgamento que a representação - sem um impacto sobre o estado e seu conjunto - e subtrair a outros este sistema convencional de responsabilidade, deixando suas ações fora do controle de "convencionalidade" que traz a jurisdição do Tribunal Internacional. (tradução livre).

I/A Court H.R., Case of Myrna Mack Chang v. Guatemala. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 25, 2003. Series C No. 101.

No ano de 2004, o mesmo Magistrado se posicionou acerca do Controle de Convencionalidade de atos nos seguintes termos:

3. 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.¹²

A expressão apareceu em um primeiro momento no voto principal da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na data de 26 de setembro de 2006, com o julgamento do caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile* com o parágrafo 124 da decisão:

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

¹² Em certo sentido, a tarefa do Tribunal se assemelha a realizada pelos tribunais constitucionais. Estes examinar os atos --disposiciones contestados do general-- à luz das regras de escopo, princípios e valores das leis fundamentais. A Corte Interamericana, por sua vez, analisa os atos que tenham conhecimento sobre as normas, princípios e valores dos tratados de que funda a sua jurisdição. Em outras palavras, se os tribunais constitucionais controlar a "constitucionalidade" o tribunal internacional de direitos humanos decide sobre o "convencionalismo" de tais atos. A través do controle de constitucionalidade, órgãos internos buscam moldar a actividade do poder público --e possivelmente outros agentes para ordenar sociales-- envolvido no Estado de Direito em uma sociedade democrática. O Tribunal Inter-americano, por sua vez, pretende formar essa atividade para a ordem internacional recebido na convenção fundador da jurisdição interamericana e aceito pelos Estados Partes no exercício de sua soberania (tradução livre).

Voto Concurrente Razonado Del Juez Sergio Garcia Ramirez A La Sentencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos En El Caso Tibi Vs. Ecuador, Del 7 De Septiembre De 2004. p. 01.

interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo. (CIDH, 2006).

Confere-se, aqui, uma preocupação da Corte Interamericana de Direitos Humanos com relação ao Direito interno estabelecido em cada Estado e a aplicação dos Direitos Humanos Internacionais referentes à Convenção Americana. A Corte fixa que deve ser realizado o Controle de Convencionalidade pelo Poder Judiciário com o objetivo da efetivação dos direitos humanos. Importante a observação de que “[...] 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.” (CIDH, 2006).

Ora, portanto, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos deve possuir um caráter vinculante no tocante à aplicação do Controle de Convencionalidade. Deste modo, ao aplicar a referida modalidade de controle não se pode limitar esta aplicação à relevante proteção estabelecida pelos tratados internacionais de direitos humanos, como também ao que preveem as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No mesmo ano, a Corte se referiu novamente ao Controle de Convencionalidade no Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso Vs. Peru nos seguintes termos:

128. When a State has ratified an international treaty such as the American Convention, the judges are also subject to it; this obliges them to ensure that the effect util of the Convention is not reduced or annulled by the application of laws contrary to its provisions, object and purpose. In other words, the organs of the Judiciary should exercise not only a control of constitutionality, but also of “conventionality” ex officio between domestic norms and the American Convention; evidently in the context of their respective spheres of competence and the corresponding procedural regulations. This function should not be limited exclusively to the statements or actions of the plaintiffs in each specific case, although neither does it imply that this control must always be exercised, without considering other procedural and substantive criteria regarding the admissibility and legitimacy of these types of action (CIDH, 2006).¹³

¹³ Quando um Estado ratifica um tratado internacional, como a Convenção Americana, os juízes também estão sujeitos a ele; Isto os obriga a assegurar que o efeito útil da Convenção não seja reduzido ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objeto e finalidade. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário deveriam exercer não apenas o controle da constitucionalidade, mas também da "convencionalidade" ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana; Evidentemente no âmbito das respectivas esferas de competência e dos correspondentes regulamentos processuais. Esta função não deve limitar-se exclusivamente às declarações ou ações dos demandantes em cada caso específico, embora nem implica que esse

Mais uma vez a Corte evidencia o fato de que no momento em que um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana de Direitos humanos os julgadores também estão submetidos às disposições daquelas, devendo agir de forma a não impedir a efetividade das normas dos tratados se houver determinada Lei de direito interno que seja contrária à referida norma.

No ano de 2010 a Corte Interamericana, com votação unânime, definiu a sua jurisprudência acerca do tema no *Caso Cabrera-García and Montiel-Flores Vs. México*.

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹⁴

Reafirmando este posicionamento, a Corte identifica decisões de Cortes Supremas de diversos países da América no sentido da obrigatoriedade, no campo do direito interno, da vinculação das interpretações realizadas pela Corte Interamericana de Direitos acerca das normas da Convenção Americana. (MAZZUOLI, 2015).

controle seja sempre exercido, sem considerar outros critérios processuais e substantivos quanto à admissibilidade e legitimidade desses tipos de ação. (Tradução livre).

¹⁴ Este Tribunal tem estabelecido na sua jurisprudência que está ciente de que as autoridades nacionais estão sujeitos à regra de direito e, portanto, são obrigados a aplicar o disposto na lei. Mas quando um estado é uma parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, incluindo os seus juízes, também estão sujeitos a isso, o que os obriga a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não são afetados por a aplicação de normas contrárias ao seu objeto e finalidade. Juízes e órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis são obrigados a exercer ex officio "controle de convencionalidade" entre as normas nacionais e da Convenção Americana claramente dentro dos respectivos poderes e regulamentos processuais correspondente. Nesta tarefa, os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a sua interpretação feita pela Corte Interamericana, intérprete final da Convenção Americana. (Tradução livre).

Perceba-se que, no referido julgado, a Corte atesta que os órgãos dos Estados Partes de um tratado internacional como a Convenção Americana, devem, obrigatoriamente, aplicar o mecanismo do Controle Internacional, tendo como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos e a interpretação que a Corte Interamericana oferece aos diplomas normativos.

Com mais de trezentos casos julgados, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou diversas premissas com a sua jurisprudência. Um dos casos destacados é o *Gelman v. Uruguay*.

Em uma breve explanação, o caso *Gelman vs. Uruguay* possui como objeto da controvérsia o desaparecimento forçado de Maria Claudia García Iruretagoyena de Gelman desde o final do ano de 1976, quando esta se encontrava na cidade de Buenos Aires, capital Argentina, em um estágio avançado de gravidez. No ano de 2010, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresentou à Corte Interamericana de Direitos uma demanda contra a República Oriental do Uruguai com a afirmativa de que a vítima foi trasladada ao Uruguai dando luz a uma filha que foi entregue a determinada família uruguaia. Alegou, ademais, a Comissão, que os atos foram realizados por agentes estatais uruguaio e argentinos no marco da “Operação Condor”, sem que se tenha conhecimento do paradeiro de María Claudia García, tal como das circunstâncias do seu desaparecimento.

Os pontos mais relevantes trazidos pela Comissão foram a “supressão da identidade e da nacionalidade de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, filha de María Claudia García e Marcelo Gelman, a denegação de justiça, a impunidade e, em geral, o sofrimento causado aos familiares, como consequência da falta de investigação dos fatos, julgamento e sanção dos responsáveis, em virtude da Lei nº 15.848 ou Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado (doravante denominada “Lei de Caducidade”), promulgada em 1986 pelo governo democrático do Uruguai.” (CIDH, 2011).

Sobre o tema do Controle de Convencionalidade, a parte fundamental da decisão foi a seguinte:

193. Quando um Estado é parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim, razão pela qual os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça, em todos os níveis, possuem a obrigação de exercer ex officio um “controle de convencionalidade” entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e da normativa processual correspondente. Nesta tarefa devem considerar não apenas o tratado, mas também sua interpretação realizada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana (CIDH, 2011).

O Controle de Convencionalidade é estabelecido na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos como de realização obrigatória, devendo os juízes do Poder Judiciário dos Estados Partes estarem submetidos à Convenção Americana de Direitos Humanos, realizando o Controle das normas do ordenamento jurídico interno em comparação com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

O artigo 64 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos estabelecia que a Corte Interamericana, a requerimento de um Estado membro da Organização, “poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais”. Esse dispositivo prevê a realização do Controle de Convencionalidade pela própria Corte, que poderá verificar se as normas dispostas nos ordenamentos jurídicos de cada país integrante da Ordem dos Estados Americanos, respeitam as premissas previstas nos tratados internacionais.

A Corte ainda vai mais além. Afirma que nesta tarefa do Controle de Convencionalidade, os Magistrados devem considerar não apenas o tratado internacional de direitos humanos, mas também a “interpretação realizada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana”.

Ora, o que se vê aqui expressa é a definição da obrigatoriedade de se utilizar, como paradigma de Controle de Convencionalidade, a Jurisprudência da Corte Interamericana, demonstrando o papel relevante da Corte para o instituto do Controle de Convencionalidade. Diante do julgamento, vê-se que os Magistrados deverão aplicar as normas do direito interno em consonância com a interpretação da Corte Interamericana, a partir das decisões dos seus precedentes judiciais.

Tanto a aplicação do Controle de Convencionalidade no Ordenamento Jurídico brasileiro, como a realização do controle do direito interno com relação às normas previstas pelos tratados internacionais de direitos humanos, são fatores que possibilitam muitas divergências e dúvidas.

Fator que deve trazer mais desconfiança ainda aos juristas e doutrinadores em geral do Brasil é a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos como um verdadeiro paradigma de Controle de Convencionalidade, estabelecendo, desta forma, o seu caráter vinculante como estabelecido na decisão do caso *Gelman vs. Uruguai* e nas demais decisões colacionadas.

Porém, a partir de um estudo aprofundado acerca do Controle de Convencionalidade, assim como da teoria dos precedentes judiciais, pode-se verificar que a referida aplicação é possível com a consequente promoção aos direitos humanos. Aqui, em tese, devem ser aplicados os institutos do *distinguishing*, do *overruling*, do *overriding*, da *ratio decidendi* ou *holding* e do *obiter dictum* para que seja possível fixar-se um precedente judicial, para que, a partir desta etapa, seja realizado um controle de convencionalidade com fundamento na decisão do Corte Interamericana de Direitos.

É possível conferir os benefícios proporcionados pelas decisões da corte interamericana no que corresponde aos direitos humanos fundamentais, com a ideia da utilização do controle de convencionalidade de forma específica objetivando a adequação do ordenamento jurídico interno com a consequente efetivação dos referidos direitos, sendo um importante mecanismo da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CARNOTA, 2013).

3.3 A REALIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA PERSPECTIVA NACIONAL E INTERNACIONAL

Para grande parte da doutrina, o Controle de Convencionalidade das leis e atos normativos pode ser realizado no plano nacional e no plano internacional. Como o nome indica, o controle de convencionalidade internacional é exercido pela Corte

Interamericana de Direitos, enquanto o controle de convencionalidade nacional é exercido no campo interno dos Estados Partes da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No direito brasileiro, o controle de convencionalidade deve ser aplicado tanto pelo Supremo Tribunal Federal, quanto por qualquer Juiz ou Tribunal. Esse controle nacional é pacífico na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e na jurisprudência das Cortes de diversos Estados Partes da Convenção Americana. A Corte Interamericana entende que também possui a competência para exercer o controle de convencionalidade dos ordenamentos dos Estados Partes, tendo como objeto as leis ou atos normativos internos e como parâmetro de controle a Convenção Americana de Direitos Humanos, tal como qualquer tratado internacional de direitos humanos no contexto do continente americano.

Neste sentido, Sousa e Chaves (2016, p. 96) afirmam:

O controle de convencionalidade exercido pelos tribunais das cortes internacionais (jurisdição transnacional) é produto das próprias convenções e tratados de direitos humanos que dispõem sobre a criação, estrutura e funcionamento de suas respectivas cortes julgadoras, tal como ocorre com o Tribunal Europeu de Direitos do Homem (1959) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (1979).

Gomes (2018) aduz que a realização do controle de convencionalidade no Brasil impões que os agentes nacionais, principalmente os magistrados, harmonizem o direito interno com os tratados internacionais de direitos humanos, considerando as disposições convencionais e a interpretação proveniente da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ressalte-se que a doutrina prega um caráter subsidiário da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange à realização do controle de convencionalidade (PIZZOLO, 2013). Diante disso, o controle deverá ser manejado pelo Poder Judiciário do direito interno dos Estados, devendo a Corte Interamericana atuar no caso de eventual omissão ou insuficiência da atuação interna.

Esse é o entendimento de Mazzuoli qua afirma que “as cortes internacionais somente controlarão a convencionalidade de uma norma interna caso o Poder

Judiciário de origem não tenha controlado essa mesma convencionalidade, ou a tenha realizado de maneira insuficiente” (2015, p. 90/91). Aduz o autor em obra específica:

O controle de convencionalidade internacional é apenas coadjuvante ou complementar do controle oferecido pelo direito interno, como destaca 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 (2013, p. 92/93).

O referido autor ainda se utiliza das partes de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos para ratificar o posicionamento de que o controle nacional da convencionalidade deve ser considerado o principal e mais importante e, somente no caso da omissão da realização interna ou de seu exercício insuficiente é que a Justiça internacional deverá atuar, obtendo a competência de controle de convencionalidade em último grau, decidindo o caso de forma que o Estado relacionado deverá cumprir (MAZZUOLI, 2015).

Mazzuoli defende que existe o caráter subsidiário da Corte Interamericana de Direitos na realização do controle de convencionalidade com relação ao ordenamento jurídico brasileiro:

Frise-se, porém, desde já, que o controle interno (realizado pelos juízes e tribunais locais) da convencionalidade das normas domésticas é o que por primeiro deve ser levado a cabo, antes de qualquer manifestação de um tribunal internacional a respeito. As cortes internacionais somente controlarão a convencionalidade de uma norma interna caso o poder judiciário de origem não tenha controlado essa mesma convencionalidade, ou a tenha realizado de maneira insuficiente; o controle de convencionalidade levado a efeito pelos tribunais internacionais é apenas *complementar* ao controle (primário) exercido no plano interno. (MAZZUOLI, 2015, p. 241).

Na perspectiva do autor, a Corte Interamericana, ao exercer a competência consultiva, não controla efetivamente a convencionalidade das leis, visto que os pareceres emitidos não possuem força vinculante perante os Estados-partes. Esse entendimento se relaciona com o artigo 64, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos que dispõe que “A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais” (CADH).

Na prática, existe o consenso de que pareceres consultivos emitidos pela última intérprete da Convenção Americana de Direitos Humanos “devem ser (para além também das sentenças) respeitados na órbita do direito interno, exatamente com o fim de auxiliar os juízes e tribunais nacionais a controlar a convencionalidade das leis em face dos tratados internacionais de direitos humanos” (MAZZUOLI, 2013, p. 105). Vislumbra-se que, no domínio da competência consultiva da Corte no que tange à compatibilidade do ordenamento jurídico interno com os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, deve-se visualizar o mecanismo como uma aferição de convencionalidade (MAZZUOLI, 2013).

O “controle de convencionalidade” internacional é realizado quando há a compatibilização do ordenamento jurídico interno com os tratados de direitos humanos no campo da função contenciosa da Corte, não podendo os Estados alegarem qualquer norma de direito interno que seja contrária à Convenção Americana (MAZZUOLI, 2013).

Além da aplicabilidade no plano nacional e internacional, pergunta-se: em caso de conflito entre as decisões proferidas na jurisdição nacional e internacional, sobre a aplicabilidade dos diplomas de direitos humanos, qual deve prevalecer? Quem tem, afinal, a última palavra no que se refere à aplicabilidade dos direitos humanos?

Mazzuoli defende que os juízes internos somente poderão interpretar com ampla autonomia a Convenção Americana quando não existir manifestação da Corte no que se refere a determinada questão *sub judice* perante o Judiciário brasileiro (MAZZUOLI, 2013).

Assevera que o controle nacional de convencionalidade deve ser considerado como o principal e o que detém maior importância e, caso haja uma omissão da sua realização no plano interno, ou, até mesmo, insuficiência na sua aplicação, deverá a Justiça internacional, por meio da Corte Interamericana de Direitos Humanos atuar, com competência de controle em último grau, decisão que deve, obrigatoriamente, ser cumprida pelo Estado em questão (MAZZUOLI, 2015).

Cantor (2008), é ainda mais incisivo ao defender que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem competência para realizar o controle de convencionalidade sobre determinado direito interno com a finalidade de efetivar os direitos humanos, obrigando, inclusive internacionalmente, o Estado a derrogar ou modificar determinada norma que entenda incompatível com os tratados internacionais de direitos humanos. Explicita que a Corte interamericana obtém competência para efetivar a chamada supremacia da Convenção por meio do mecanismo do Controle de Convencionalidade. Vale a transcrição:

La Corte Interamericana aplicando la Convención debe obligar internacionalmente al Estado a hacer cesar las consecuencias jurídicas de esas violaciones ordenando, a título de reparaciones, derrogar o modificar la ley para lo cual tendrá que hacer previamente un examen de confrontación (control) de la ley con la Convención, a fin de establecer la incompatibilidad y, consecuentemente, las violaciones, como fruto de interpretación de dicho tratado (2008, p. 244).

Utilizando-se de um caso específico para demonstrar suas alegações, continua o autorrefletindo que a Corte interamericana, em sentença de 05 de fevereiro de 2001 “ordenó al Estado chileno modificar a su ordenamento jurídico interno (reformular la Constitución y la legislación), a fin de hacerlo compatible con las obligaciones internacionales.” (CANTOR, 2008, p. 244).

No direito argentino, Grillo (2016) também defende que o Poder Judiciário argentino deve cumprir com as disposições internacionais. Gozaíni (2008) afirma que a interpretação realizada pela Corte interamericana é vinculante porque o Estado argentino aceitou a denominada *jurisdicción transnacional*, sendo a jurisprudência um verdadeiro guia de orientação. Pastor (2008), por sua vez, reafirma que a Corte Interamericana é a última intérprete da Convenção Americana. Midón (2016) trata da relação entre soberania e supranacionalidade, investigando a possibilidade de determinado Estado, de forma voluntária, transferir certos poderes em favor de um órgão supranacional.

No plano do ordenamento jurídico brasileiro, Guerra (2013) alinha-se a este posicionamento, declarando que o controle de convencionalidade poderá ser realizado na sua modalidade nacional e na internacional, sendo esta realizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, tratando-se de um verdadeiro controle

de convencionalidade concentrado, uma vez que a sentença judicial, proferida em determinado caso concreto, possui efeitos que geram a modificação, reforma ou até a revogação das normas ou práticas internas com o objetivo de efetivação dos direitos humanos.

Alcalá (2013) afirma a competência da Corte Interamericana para, por meio de sentença judicial, ordenar ao Estado Parte que modifique, suprima ou derogue normas de direito interno, tal qual práticas de agentes estatais contrários aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.

Sobre o questionamento no sentido de haver a possibilidade de um Estado ser compelido, pela jurisdição internacional, a adequar seu direito interno aos preceitos internacionais estabelecidos pelo sistema interamericano, aplicando um verdadeiro controle de convencionalidade, se posiciona Menezes (2009, p. 187):

Em verdade, o que pode parecer uma (*sic*) inaceitável absurdo aos olhos dos desavisados que, anacronicamente, ainda creem – ou convenientemente o fingem – no dogma da soberania absoluta, constitui verdadeiro costume internacional, de natureza de *jus cogens* já consolidado, inclusive, na jurisprudência e doutrina internacionais.

Utilizando-se de um exemplo prático, o precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos do Caso Gomes Lund, Guerrilha do Araguaia, é claro ao estabelecer que não foi exercido o controle de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (que confirmou a validade da interpretação da Lei da Anistia), assim como que o Estado brasileiro está obrigado a cumprir as obrigações voluntariamente contraídas. Assim, defende Guerra, que a Corte Interamericana seja assumida como competente para determinar que o Estado brasileiro cumpra com as suas obrigações (GUERRA, 2013).

O caso “Gomes Lund” tem como principal discussão a execução de guerrilheiros militantes do Partido Comunista do Brasil, que se encontravam na região do rio Araguaia, em meados do ano de 1973, tendo uma relação com os órgãos de repressão do governo militar no Brasil. O caso relata que as operações militares foram realizadas clandestinamente, não tendo a sociedade, nem a imprensa, tomado conhecimento do massacre. Diante disso, os familiares não encontraram seus

parentes guerrilheiros. Foi aprovada a lei de Anistia que extinguiu a punibilidade aos possíveis criminosos pelo sistema jurídico brasileiro. Neste sentido, foi proposta Ação Civil Pública contra o Estado brasileiro, não sendo obtido o resultado favorável pretendido.

Diante disso, a Corte Interamericana de Direitos foi acionada e declarou, de forma explícita, que o Brasil deve aplicar o mecanismo do controle de convencionalidade para que não ocorram casos de violação aos direitos humanos. Salientaram, ainda, que o Supremo Tribunal Federal se manteve omissivo quanto à aplicação do controle de convencionalidade e que o Estado brasileiro está obrigado a cumprir as obrigações voluntariamente contraídas.

O referido caso evidencia a contribuição que o mecanismo do controle de convencionalidade oferece ao ordenamento jurídico brasileiro, para que sejam efetivados os direitos humanos, além de demonstrar o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no sentido de que pode determinar que o Estado brasileiro cumpra com suas decisões.

Sobre o caso Gomes Lund, explicita Mazzuoli (2013, p. 185/186):

[...] o que fez a Corte neste caso foi controlar a convencionalidade 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.

Alega, ainda, o autor, que no momento em que o Supremo Tribunal Federal validou a Lei de Anistia Brasileira, dois votos foram os vencidos, sendo estes o do Ministro Lewandowski (que trata do assunto em artigo específico) e do Ministro Ayres Britto, Ministros estes que reconheceram a obrigação internacional do Estado brasileiro sobre a proteção dos direitos humanos e que em matéria de direitos humanos a última palavra não seria mais do Supremo Tribunal, mas da Corte Interamericana de

Direitos Humanos. Em que pese haja entendimento neste sentido, o fato é que o Supremo Tribunal Federal como um todo não decidiu desta forma. Portanto, verifica-se o posicionamento conservador do Supremo Tribunal Federal que, além de votar, em sua maioria, contra a revisão da lei da Anistia, ainda considera como absoluta a Supremacia do Poder Judiciário brasileiro em matéria de direitos humanos.

Entende Mazzuoli (2013) que no Brasil, ao invés de ser aplicado o sistema *domestic affair*, a tutela dos direitos compete apenas aos juízes nacionais, deve ser aplicado o sistema do *international concern*, no sentido de pregar que se os juízes nacionais não tutelam um determinado direito, este será tutelado pelos juízes internacionais. Nesse diapasão, “a soberania cede à proteção do indivíduo por meio do direito internacional que passa a interagir com o direito constitucional, utilizando-se do princípio *pro persona*,” (CONCI; GERBER; PEREIRA, 2018, p. 113) também denominado de *pro homine*, norteador da interpretação dos textos internacionais de direitos humanos (SANTOS, 2016; ZANLOLO, 2014).

Parte da doutrina internacional entende que o Brasil se manteve inerte sobre a incompatibilidade das leis internas com a Convenção Americana de Direitos Humanos. É o que afirma Oswaldo Ruiz-Chiriboga (2010, p. 212):

This decision was binding only on Peru, and not on Chile, Argentina, Uruguay, Brazil, and other states with similar laws. Should those states wait until the IACtHR declares their laws incompatible with the ACHR? The Chilean, Brazilian and Uruguayan answer was yes. Argentina answered no. [...]

In 1979 the military government of Brazil enacted an amnesty law which precluded any criminal investigations into offenses carried out by the military regime. That law was also maintained by successive democratic governments, and it was applied by judiciary in the case of *Gomes Lund et al. (Guerrilha do Araguaia)*, related to crimes committed against 70 persons (members of the Communist Party of Brazil and other civilians). Following its case-law, the IACtHR ruled against Brazil, declaring its amnesty law incompatible with the ACHR.¹⁵

¹⁵ Esta decisão vinculava apenas o Peru e não o Chile, a Argentina, o Uruguai, o Brasil e outros Estados com leis semelhantes. Esses estados devem esperar até que o IACtHR declare suas leis incompatíveis com a CADH? A resposta chilena, brasileira e uruguaia foi sim. A Argentina respondeu que não. [...] Em 1979, o governo militar do Brasil promulgou uma lei de anistia que impedia qualquer investigação criminal sobre as ofensas cometidas pelo regime militar. Essa lei também foi mantida por sucessivos governos democráticos, e foi aplicada pelo judiciário no caso de Gomes Lund et al. (Guerrilha do Araguaia), relacionada a crimes cometidos contra 70 pessoas (membros do Partido Comunista do Brasil e outros civis). Seguindo sua jurisprudência, a Corte IDH decidiu contra o Brasil, declarando sua lei de anistia incompatível com a CADH.

A doutrina ainda se fundamenta no artigo 27 da Convenção de Viena que dispõe sobre o “Direito Interno e Observância de Tratados”, estabelecendo que “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.” (BRASIL, Dec. 7.030, 2009).

Asseveram Franco e Peterke (2018) que há um desafio de aceitar, no plano teórico e prático, a necessidade de adotar visão cosmopolita e cooperativa, com influência da internacionalização dos direitos humanos, havendo necessidade de o Poder Judiciário Nacional levar em consideração as interpretações da Corte Interamericana. Há uma grande importância na realização do controle de convencionalidade pelo Sistema Interamericano, fomentando-se a justiça por meio dos direitos humanos no processo de Justiça de Transição dos Estados da América Latina (GONÇALVES, 2018).

Entretanto, é necessário que se verifique a questão da autonomia do Poder Judiciário brasileiro e da soberania estatal do Brasil.

O artigo 64 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos fixa que a Corte Interamericana, a requerimento de um Estado membro da Organização, “poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais” (CADH, 1969). A norma prevê a realização do mecanismo pela Corte, realizando a verificação da compatibilidade dos ordenamentos internos dos Estados Partes com os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.

Em declaração formulada no ato de adesão à Convenção, no ano de 1998, o Governo da República Federativa do Brasil declarou que reconhece, por tempo indeterminado, de forma obrigatória e de pleno direito, a Competência da Corte Interamericana, em todos os casos que se relacionam com a aplicação e interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH, 2016).

Todavia, percebe-se que a Convenção Americana não trata do tema de forma tão incisiva quanto a doutrina. A Corte Interamericana poderá emitir pareceres sobre a

compatibilidade das leis internas, tendo como parâmetro os Tratados de Direitos Humanos, a requerimento do Estado. Entretanto, grande parte da doutrina defende a competência da Corte para atuar quando o Poder Judiciário brasileiro seja omissivo, explicitando que “a Corte Interamericana tem competência para declarar, em matéria de direitos humanos, o direito aplicável na esfera dos estados membros da Organização dos Estados Americanos que a aceitaram, como é o caso do Brasil que o fez em dezembro de 1998” (PINTO, 2016).

De qualquer forma, a jurisprudência da Corte é clara ao prever, no discutido caso *Gomes Lund vs. Brasil* (item 177) que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades do Poder Judiciário brasileiro e que a decisão do Supremo Tribunal Federal, que confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, não considerou as obrigações internacionais do Brasil oriundas do Direito Internacional. A Corte ainda fixa e reafirma o dever de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas, sendo um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional e que os Estados devem acatar suas obrigações convencionais internacionais. Fundamenta-se, a Corte, no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 que estabelece que os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. Por fim, prevê que as obrigações convencionais dos Estados vinculam todos seus poderes e órgãos, que devem cumprir as disposições dos tratados internacionais de direitos humanos no plano do direito interno (CIDH, 2010).

Marinoni (2013) evidencia que a Corte Interamericana declarou a inconvenção da Lei brasileira. Explicita que o descumprimento de decisão da Corte por parte de determinado país gera a responsabilidade internacional, alertando, todavia, que ainda há um grande descumprimento dessas decisões. Mazzuoli (2011) ainda trata da problemática da execução das sentenças da Corte no Brasil, afirmando que, infelizmente, o sistema interamericano ainda não possui dispositivo eficaz de execução das sentenças da Corte nos ordenamentos internos dos Estados condenados.

De maneira diversa às teorias discutidas, Neves (2014) analisa a situação como uma experiência relevante de transconstitucionalismo entre a ordem internacional e a

interna de cada Estado na relação entre o Sistema Interamericano instituído pela Convenção Americana e os ordenamentos constitucionais dos Estados Partes. Prefere, o autor, explicitar a relação entre a Corte Interamericana e as Cortes Estatais como um diálogo de aprendizado recíproco com relação aos direitos humanos. Deve haver um diálogo cultural, formando-se um possível círculo virtuoso por força das trocas de contatos e de jurisprudência, deixando de lado questões de hierarquia, para que as preocupações estejam centradas em promover os direitos humanos (FIGUEIREDO, 2016). Portanto, “sob o aspecto da transjudicialidade, o Controle de Convencionalidade pode conduzir à ampliação do diálogo e da interação transnacional” (LIMA, 2018, p. 256).

Quais os resultados produzidos por essa tensão promovida pela discussão doutrinária entre os que afirmam a competência da Corte para adentrar na jurisdição brasileira e os que rejeitam esta hipótese? Mesmo que a Corte Interamericana não tenha a competência para revisar e corrigir as decisões das Supremas Cortes ou dos Tribunais Constitucionais dos Estados e mesmo que não possa obrigar os Tribunais de direito interno a revisar as suas decisões, será que a referida Corte internacional não poderá alcançar o mesmo resultado, de forma indireta, por meio da responsabilização estatal com determinados mecanismos específicos?

O arrolamento da vasta argumentação aqui efetivado esboça que não seja impossível aos operadores do ordenamento jurídico brasileiro perceberem o dano que uma responsabilização internacional possa causar ao erário público, forçando, deste modo, que os nossos Tribunais revejam as suas decisões em matéria de direitos humanos.

Piovesan (2018) argumenta que para a pavimentação do constitucionalismo latino-americano em direitos humanos três desafios são centrais: (1) fomentar a cultura jurídica relacionada com novos paradigmas, bem como em um novo direito público, com estatalidade aberta, diálogo jurisdicional e prevalência da dignidade da pessoa humana em sistema multinível; (2) fortalecimento do Sistema Interamericano, com as características da universalidade, institucionalidade, independência, sustentabilidade e efetividade; e (3) progredir no sentido da proteção dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direitos na citada região.

Portanto, em que pese toda a discussão sobre qual Corte possui a última palavra sobre o tema de direitos humanos, e todas as teorias e fundamentações jurisprudenciais, verifica-se que a relação entre a jurisdição interna e internacional deve se fundamentar no diálogo e aprendizado recíproco sobre os direitos humanos. É evidência sócio-jurídica que este posicionamento seja o que mais poderá contribuir para a evolução doutrinária, jurisprudencial e normativa no que toca aos direitos humanos.

3.4 O CARÁTER VINCULANTE DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA REALIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A Jurisprudência da Corte Interamericana é também pacífica no sentido de que as interpretações realizadas devem ser observadas e respeitadas pelos Estados Partes da Convenção. Portanto, a jurisprudência, em si, deverá ser estudada pelo Poder Judiciário brasileiro a fim de que haja a aplicabilidade do mecanismo do controle de convencionalidade no sentido da produção de um mecanismo indutivo alinhado ao posicionamento da própria Corte.

Importante salientar o disposto no caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile* que demonstra este entendimento da Corte no sentido de que “[...] 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” (CIDH, 2006).

Este é o posicionamento de Mazzuoli (2015, p. 243), afirmando que “[...] fica claro também que o controle de convencionalidade exercido pelos juízes e tribunais nacionais deverá pautar-se pelos padrões fixados pela “interprete última” da Convenção (ou seja, a Corte Interamericana).”

Importante o destaque que o *Institut de Droit International*, em sessão específica da cidade de Milão (1993), estabelece que os Juízes internos devem aplicar as normas

de direito internacional segundo os métodos propostos pelos Tribunais Internacionais:

Article premier 1. Les juridictions nationales devraient être habilitées par leur ordre juridique interne à interpréter et appliquer le droit international en toute indépendance. 2. Lorsqu'elles déterminent l'existence ou le contenu du droit international, soit à titre principal, soit à titre préalable ou incident, les juridictions nationales devraient disposer de la même liberté d'interprétation et d'application que pour d'autres règles juridiques, en s'inspirant des méthodes suivies par les tribunaux internationaux. 3. Rien ne devrait s'opposer à ce que les juridictions nationales sollicitent l'avis du pouvoir exécutif à condition que cette consultation soit dépourvue d'effets contraignants.¹⁶

Sob esta perspectiva, ao aplicar o controle de convencionalidade, ato que é obrigatório no ordenamento jurídico dos Estados Partes da Convenção Americana, devem os Estados verificar as peculiaridades das interpretações realizadas pela Corte Interamericana em sua jurisprudência.

Fonsêca (2017, p. 173) sustenta que o juiz brasileiro, na realização do controle de convencionalidade difuso, deve ter como parâmetros “os tratados internacionais de direitos humanos, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as opiniões consultivas”.

As interpretações realizadas servirão como excelente guia para a aplicabilidade do pouco utilizado e conhecido mecanismo de controle de convencionalidade. Deste modo, além da força normativa e vinculante dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelos Estados Partes, estes, obrigatoriamente deverão atentar para a força vinculante dos precedentes judiciais proferidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – International Judicial Law Making – (CAMILO, 2017) com a finalidade de promoção dos direitos humanos. É, portanto, a partir da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que se pode verificar se há uma aplicação obrigatória do controle de convencionalidade.

¹⁶ Artigo 1. Os tribunais nacionais devem ser habilitados pela sua ordem jurídica interna para interpretar e aplicar o direito internacional, com total independência. 2. Ao determinar a existência ou o conteúdo do direito internacional ou principalmente, quer título antes ou incidente, os tribunais nacionais devem ter a mesma liberdade de interpretação e aplicação como para outras regras legais, com base nos métodos utilizados por tribunais internacionais. 3. Nada deve se opor a que os tribunais nacionais solicitem o parecer do Poder Executivo, desde que esta consulta seja desprovida de efeitos vinculativos. (Tradução livre).

3.5 A OBRIGATORIEDADE DA REALIZAÇÃO DAS ESPÉCIES DE APLICAÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE

Existem duas modalidades essenciais de aplicação do mecanismo do Controle de Convencionalidade. Assim como ocorre na aplicação do controle de constitucionalidade, a ferramenta internacional deve ser aplicada nas modalidades concentrada e difusa.

O Controle de Convencionalidade concentrado deve ser realizado pela Suprema Corte de cada Estado Parte da Convenção, a partir da análise de petições iniciais das ações que figuram como instrumentos utilizados no Controle de Constitucionalidade. Portanto, poderão ser propostas as ações de natureza do controle de constitucionalidade tendo como parâmetro as disposições dos tratados Internacionais de Direitos Humanos.

O controle de convencionalidade poderá, portanto, ser realizado pelo controle de constitucionalidade, tendo em vista o alargamento do bloco constitucional reforçado pelos direitos e garantias previstos nos tratados internacionais de direitos humanos com parâmetro de Emenda Constitucional (PEREIRA, 2018).

O Controle de Convencionalidade difuso deve ser exercido pelo Poder Judiciário, por meio de qualquer Juízo singular ou Tribunal. Da mesma forma que ocorre na modalidade difusa do controle de constitucionalidade, deve o Juiz singular ou determinado Tribunal declarar a inconvencionalidade de determinada lei ou ato no bojo de determinado processo, surtindo efeitos inter partes. Isso é o que afirma a Corte Interamericana em sua Jurisprudência, sendo mais ainda reforçada esta tese no caso *Gelman vs. Uruguay*. Dulitzky afirma (2015, p. 52): “In sum, the conventionality control requires that all State authorities, but particularly judges, apply the Convention as interpreted by the Court in all their interventions.”

Figueiredo (2016, p. 177) assevera:

Portanto, aos juizes brasileiros cabe reconhecer, de forma incidental e de oficio, a inconvenionalidade normativa em caso vinculado a sua competencia, ficando reservada, aos juizes constitucionais, a declaracao para a retirada de citada norma do nosso ordenamento juridico, tal como ocorre em sede de controle de constitucionalidade.

Necessario esclarecer que o controle de convenionalidade deve ser aplicado em todas as suas especies, de forma independente, ou seja, da forma concentrada ou difusa, como afirmado, por acao ou por omissao, de forma concreta e abstrata e, tambem, na forma incidental ou principal.

O controle de convenionalidade por omissao tem se demonstrado essencial tendo em vista “que tao somente a previsao dos direitos humanos em tratados internacionais de direitos humanos nao mais supre as necessidades sociais”, sendo “preciso que tais normas de direitos humanos estejam acessiveis a populacao por meio de politicas publicas e regulamentacoes atualizadas” (GLASENAPP, 2015, p. 121). A referida especie de controle sera realizada por meio das acoes judiciais ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, ou em sede dos tribunais comuns e federais, em controle difuso. (GLASENAPP, 2015) Nesta situacao, o Poder Judiciario declarara a omissao estatal, fator incompativel com a promocao dos direitos humanos.

Cada Estado Parte da Convencao Americana Sobre Direitos Humanos deve, obrigatoriamente, adequar o seu ordenamento juridico, com a finalidade de realizar a aplicacao do mecanismo do Controle de Convenionalidade para que sejam efetivados os Direitos Humanos a partir da adequacao das normas e atos estatais com o que dispoe os Tratados Internacionais que versam sobre direitos humanos. Devem os Estados criar ferramentas eficientes que possibilitem a aplicacao do mecanismo, utilizando-se do controle na modalidade difusa, alem da concentrada.

Saliente-se o caracter obrigatorio que se relaciona com os Poderes Judiciarios dos Estados Partes da Convencao Americana de Direitos Humanos, uma vez que a jurisprudencia da Corte Interamericana e pacifica sobre o tema. O Estado brasileiro tem sido ordenado, desde 2006, pela Corte Interamericana (2016), comprometendo-

se a respeitar e cumprir, de forma fiel, as decisões proferidas, desde o ano de 1998, por força do Decreto Legislativo 89. Na seara geral dos países que são Partes da Convenção Americana, vê-se que esta obrigatoriedade é proveniente do próprio diploma internacional, desde o período da sua entrada em vigor, ou seja, 18 de julho de 1978, nos termos do artigo 74.2 da Convenção. Desde a época, tem a Corte Interamericana controlado a convencionalidade das normas, mesmo com o fato de inexistir a expressão que oferece a nomenclatura ao mecanismo (MAZZUOLI, 2013).

Porém, no ano de 2006, a partir do *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2006) proferiu, pela primeira vez, seu posicionamento no sentido de que os Estados Partes possuem a obrigação de realizar o controle de convencionalidade das leis dos respectivos ordenamentos jurídicos tendo como parâmetro a Convenção Americana de Direitos Humanos. No referido caso:

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.

A partir deste julgado, percebemos que a declaração da Corte é no sentido de que todos os Estados Partes possuem os respectivos Poderes Judiciários submetidos à Convenção Americana, devendo controlar o ordenamento jurídico interno no sentido de compatibilizá-lo com o referido Diploma Americano.

O também citado *Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso Vs. Peru* (2006) reforça esta concepção:

128. When a State has ratified an international treaty such as the American Convention, the judges are also subject to it; this obliges them to ensure that the effect util of the Convention is not reduced or annulled by the application of laws contrary to its provisions, object and purpose. In other words, the organs of the Judiciary should exercise not only a control of constitutionality,

but also of “conventionality” ex officio between domestic norms and the American Convention;¹⁷

Corroborara com a linha argumentativa aqui construída a remissão às decisões dos Casos de *Cabrera-García and Montiel-Flores Vs. Mexico*; *Gelman vs. Uruguay* e *Gomes Lund et al. vs. Brazil* (2010), que ratificam a obrigatoriedade da aplicação do Controle de Convencionalidade pelo Judiciário brasileiro como um todo, ou seja, por seus Juízes e Tribunais em geral. O aludido caso que tem o México como parte aponta, de forma explícita, a obrigatoriedade da aplicação do Controle de Convencionalidade pelo Poder Judiciário dos Estados Partes em todos os seus níveis.

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.¹⁸

No campo dos Casos *La Cantuta Vs. Peru* (CIDH, 2006), *Boyce Vs. Barbados* (CIDH, 2007) e *Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes Vs. Guatemala* (CIDH, 2008), *Heliodoro Portugal Vs. Panamá* (CIDH, 2008), *Manuel Cepeda Vs. Colômbia* (CIDH, 2010) a Corte ratifica sua percepção, referenciando a decisão do Caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*. Verifica-se, portanto, o entendimento pacífico da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no sentido de que os Estados-Partes devem, obrigatoriamente, aplicar o mecanismo do Controle de Convencionalidade com o objetivo de efetivar os direitos humanos fundamentais.

Mazzuoli (2015) entende que o Poder Judiciário dos Estados-Partes da Convenção devem, obrigatoriamente, aplicar de ofício o controle de convencionalidade na sua modalidade difusa. Explicita o autor que se determinado estado se recusar a aplicar

¹⁷ Quando um Estado ratifica um tratado internacional, como a Convenção Americana, os juízes também estão sujeitos a ele; Isto obriga-os a assegurar que o efeito útil da Convenção não seja reduzido ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objecto e finalidade. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário deveriam exercer não apenas o controle da constitucionalidade, mas também da "convencionalidade" ex officio entre as normas internas ea Convenção Americana. (Tradução livre).

¹⁸ Juízes e órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis são obrigados a exercer ex officio "controle de convencionalidade" entre as normas nacionais e da Convenção Americana claramente dentro dos respectivos poderes e regulamentos processuais correspondentes. (Tradução livre).

o mecanismo *ex officio*, estaria constituído motivo suficiente para acarretar a responsabilidade internacional do Estado por ter violado os Direitos Humanos. Conclui que mesmo nos países que reservam a execução do controle de constitucionalidade apenas pelas Supremas Cortes respectivas deverá haver a realização do controle de convencionalidade na via difusa pelos Juízes singulares dos Tribunais. Atesta-se esta compreensão nos julgados da Corte Interamericana, mencionados e analisados, como, por exemplo, no Case of Cabrera García and Montiel-Flores v. Mexico.

3.6 A PARAMETRICIDADE DA APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Neste item, apresentam-se os resultados da investigação acerca da parametricidade do controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, verificando-se a sua aplicação de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Realizou-se o confronto relacionado às quatro teorias que objetivam tratar da hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, o que influencia, diretamente, na parametricidade do mecanismo.

Este fator enseja apresentar mais adiante os resultados do estudo da parametricidade do controle de convencionalidade na República da Argentina, na República Portuguesa e no Reino da Espanha, possibilitando um estudo comparado, com a finalidade de investigar qual é a parametricidade do controle de convencionalidade mais adequada para a efetivação e proteção dos direitos humanos. Por fim, a parametricidade do controle de convencionalidade foi objeto de estudo em outros ordenamentos jurídicos da América Latina, apresentados neste relatório.

3.6.1 A parametricidade adotada na aplicação do controle de convencionalidade na República Federativa do Brasil

A partir das discussões realizadas e relacionadas ao Controle de Convencionalidade, é possível verificar a parametricidade da sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Reitere-se que a Corte Interamericana de Direitos

Humanos fixou, em sua jurisprudência, o caráter vinculante de suas decisões, tal qual a obrigatoriedade da aplicação do mecanismo pelo Poder Judiciário dos Estados Partes, signatários da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por meio de seus Tribunais e Juízos singulares.

É evidente o fato de que o mecanismo ainda não possui aplicabilidade efetiva no ordenamento jurídico brasileiro (APPIO, 2013). De modo completamente diverso, determinados países da América Latina utilizam o mecanismo com frequência, exercendo o controle de leis e atos que contrariem o chamado bloco de convencionalidade. Posiciona-se a doutrina acerca da não aplicabilidade do mecanismo ao ordenamento brasileiro:

A adesão tardia do Brasil ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos é um sintoma da resistência do País no que diz respeito ao tema do controle de convencionalidade das leis. Tal relutância tem causas cognitivas e fisiológicas, próprias da realidade brasileira, destacando-se a postura conservadorista e fechada dos juízes e tribunais brasileiros, que seguem a linha de pensamento do STF. Assim, destaca-se como óbice ao controle de convencionalidade a adoção da mentalidade de primazia do direito interno sobre o direito internacional, sustentada, até há pouco tempo, pelo Supremo Tribunal Federal e reproduzida pelos juízes e tribunais pátrios, somando-se à autointerpretação narcisista da magistratura brasileira (SOUZA; CHAVES, 2016, p. 105).

O Brasil é membro da Organização dos Estados Americanos, sendo parte de quase todos os instrumentos do sistema interamericano de direitos humanos. Aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos no ano de 1992, tendo aceitado a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana no ano de 1998. Neste sentido, “O Estado brasileiro, assim, assumiu obrigações convencionais no âmbito do sistema interamericano, consistentes em respeitar os direitos e liberdades estatuídos na Convenção Americana e garantir o seu livre e pleno exercício.” (MENEZES, 2009, p. 127).

Para a verificação da parametricidade do Controle de Convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, deve-se rediscutir a posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos nele, investigando as características das quatro teorias que estudam e estabelecem suas respectivas conclusões sobre o tema. Para que se analise a referida questão, deve-se evidenciar, primeiramente, o princípio

constitucional da prevalência dos direitos humanos previsto pelo artigo 4º, inciso II da nossa Carta Magna.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

II - prevalência dos direitos humanos;

A primeira teoria que define o posicionamento hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil foi completamente superada, sendo o posicionamento antigo do Supremo Tribunal Federal, enunciado pelo Ministro Celso de Mello, no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos obtinham a força de Legislação ordinária. Verifica-se este fator a partir dos julgamentos do Tribunal que entendia o seguinte:

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa¹⁹

Esta teoria, que não possui mais relevância dentre os juristas brasileiros, poderia impedir, em determinadas situações, que fosse realizado o controle de convencionalidade das normas infraconstitucionais. Isso porque, estando as Leis e os Tratados Internacionais em um mesmo patamar, qualquer Lei aprovada poderia revogar as disposições normativas dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.

Diversos doutrinadores aderem à posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos, afirmando que o status hierárquico que deveria ser atribuído

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1480 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 04/09/1997. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. [...] PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes [...].

aos referidos tratados seria o Constitucional, por força do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. É o entendimento de Mazzuoli (2013), Piovesan (2013), além do Ministro Celso de Mello que evidenciou a completa modificação de seu antigo posicionamento do ano de 1997 no seu voto, no ano de 2008:

Proponho que se reconheça natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, submetendo, em consequência, as normas que integram o ordenamento positivo interno e que dispõem sobre a proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos a um duplo controle de ordem jurídica: o controle de constitucionalidade e, também, o controle de convencionalidade, ambos incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico.

Mello propõe que seja atribuído aos referidos tratados internacionais, na terceira teoria aqui investigada, o status supraconstitucional, ensejando uma espécie de submissão das normas constitucionais às normativas internacionais de direitos humanos.

O Supremo Tribunal Federal, com o voto encabeçado pelo Ministro Mendes, decidiu atribuir aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos incorporados pelo ordenamento interno que não se submeteram ao procedimento do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal o status de norma supralegal e infraconstitucional. Nesse diapasão, para que determinado tratado internacional de direitos humanos obtenha status constitucional, é necessário que este se submeta ao procedimento previsto no § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, que prevê o mesmo quórum qualificado estabelecido para a aprovação das Emendas Constitucionais, entendimento que reduz significativamente os tratados internacionais com status constitucional, havendo apenas o Tratado internacional de Nova York sobre os direitos das pessoas com deficiência e 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, firmado em 27 de junho de 2013, como detentores do referido status supremo no ordenamento pátrio.

Percebe-se que, ao verificar as teorias propostas ao ordenamento interno, aquela que atribui o status constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, independentemente da aprovação pelo procedimento previsto no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal é a que mais se aproxima da efetiva aplicação do Controle de

Convencionalidade e promoção dos direitos humanos. Parte da doutrina brasileira entende o referido § 3º como um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Estado brasileiro (GALINDO, 2005). O fato é que o Supremo Tribunal Federal decidiu, de maneira diversa, atribuindo a estes o status de supralegal e infraconstitucional. Convergente com o referido fator é o voto do Ministro Mendes em sede do Recurso Extraordinário 466.343-SP (2008):

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

O Ministro ainda salienta, sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos e sobre o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos “que o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna.” (BRASIL, 2008).

De qualquer forma, com a aprovação da Convenção de Nova York sobre os direitos das pessoas com deficiência nos termos do § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil, visualiza-se a possibilidade da aplicação do referido controle no ordenamento jurídico brasileiro. De forma convergente é o posicionamento de Alves (2013) que entende ser necessário um fundamento formal para a aplicação do mecanismo.

Portanto, utilizando a teoria proposta pelo Supremo Tribunal Federal, é possível a aplicação do mecanismo do Controle de Convencionalidade no ordenamento Jurídico brasileiro, embora com uma aplicabilidade substancialmente reduzida. A partir da Convenção de Nova York sobre os direitos da pessoa com deficiência, aprovada pelo Congresso Nacional nos moldes do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, passou-se a vislumbrar um tratado internacional equivalente à Emenda Constitucional possuindo, a partir disso, o caráter da Supremacia da Constituição, estando, deste modo, no topo do ordenamento jurídico interno. Explicita Mazzuoli (2015, p. 248):

Ora, se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com equivalência de emenda, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que prevê a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional.

Saliente-se que 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, celebrado na data de 28 de junho de 2013, foi aprovado no mesmo procedimento, por meio do Decreto Legislativo nº 261, de 2015 e promulgado em 8 de outubro de 2018, pelo Decreto 9.522, ampliando a parametricidade do controle de convencionalidade, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Perceba-se que se a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal acompanhasse o voto do Ministro Celso de Mello, o número de normas que poderiam figurar como parâmetro para a realização do supracitado mecanismo no Brasil seria bem maior. Neste caso, poderia ser aplicado o controle de convencionalidade utilizando-se, como parâmetro, a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos e todos os demais tratados internacionais de direitos humanos incorporados no Brasil. Isto assumido, é plausível prospectar que o arcabouço normativo com relação aos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro seria muito mais amplo.

Desta forma, cumpre demonstrar como deve ser utilizado o controle de convencionalidade no direito brasileiro, a partir da parametricidade definida pelo Supremo Tribunal Federal, para que seja possível a efetivação dos direitos humanos no plano fático. O mecanismo do controle de convencionalidade pode ser exercido pelas modalidades concentrada e difusa.

Pela modalidade concentrada, segundo Mazzuoli, o Supremo Tribunal Federal poderá e deverá decidir se determinada Lei ou ato é compatível com os tratados internacionais de direitos humanos que possuem força equivalente às emendas constitucionais. A Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental devem ser utilizadas como

instrumento de verificação da convencionalidade das normas do ordenamento jurídico brasileiro, tendo como parâmetro a Convenção de Nova York sobre os direitos das pessoas com deficiência, seu protocolo facultativo e o Tratado de Marraqueche.

Salienta Mazzuoli (2015, p. 248):

Nesse sentido, o que defendemos é ser plenamente possível utilizar-se das ações do controle concentrado, como a ADIn (que invalidaria a norma infraconstitucional por inconvenção), a ADECON (que garantiria à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional), ou até mesmo a ADPF (que possibilitaria exigir o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional), não mais fundadas apenas no texto constitucional, senão também nos tratados de direitos humanos aprovados pela sistemática do art. 5.º, §3.º, da Constituição e em vigor no país.

Explicita o Autor, com base na teoria que defende o status constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, independentemente da forma de sua incorporação, que as citadas ações constitucionais de controle assumiriam o papel de Ação Direta de Inconvenção, Ação Declaratória de Convenção e Ação Direta de Inconvenção por Omissão, sendo utilizada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental “para proteger “preceito fundamental” de um tratado de direitos humanos violado por normas infraconstitucionais, inclusive leis municipais e normas anteriores à data em que o dito tratado foi aprovado [...]” (MAZZUOLI, 2015, p. 248).

Defende, ainda, Mazzuoli (2015) a possibilidade do cabimento do Remédio Constitucional do Mandado de Injunção para preencher omissões normativas que, eventualmente, impossibilitarem o exercício de determinado direito previsto em algum tratado de direitos humanos internalizado com o *quorum* qualificado previsto no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal.

Assim, nada impediria a aplicação do controle difuso de convencionalidade por utilização da ferramenta do Recurso Extraordinário, nos termos do artigo 102, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal o qual afirma que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, por meio de recurso extraordinário, as causas decididas em

única ou última instância, no momento em que a decisão recorrida contrariar dispositivo da própria Constituição. Deste modo, considerando os tratados internacionais de direitos humanos como componentes da constituição, pode-se afirmar que é possível estabelecer a relação entre estes e o Recurso Extraordinário, sendo uma forma de efetivação do controle de convencionalidade na modalidade difusa (2013, p. 163).

Marinoni (2013) defende a utilização do referido recurso quando houver alegada violação de norma com status supralegal e infraconstitucional. Fundamenta-se o autor no sentido de, em que pese as referidas normas não se equiparem a normas constitucionais, quando há violação de Lei Federal há a possibilidade de interposição de Recurso Especial. Lembra o autor que o Supremo admitiu e julgou Recurso Extraordinário em que houve alegada violação de direito tido como supralegal e infraconstitucional relacionada à prisão civil do depositário infiel, no Recurso Extraordinário nº 466.343. Há entendimento no sentido de que, caso o Tratado Internacional tenha natureza infraconstitucional, deve ser discutido em Recurso Especial, diferentemente dos tratados com posicionamento hierárquico de Emenda Constitucional, objeto de análise em Recurso Extraordinário (MAIA; LIRA; LIRA, 2018).

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal irá continuar cumprindo o seu papel de “guardião da constituição”, atuando para efetivar os direitos humanos fundamentais decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos que possuem força equivalente às emendas constitucionais, compondo, para todos os fins, a ordem normativa constitucional.

O controle difuso de convencionalidade deve ser exercido por todos os juízes e tribunais do Poder Judiciário brasileiro a requerimento das partes ou de ofício. Deste modo, assim como ocorre com o controle de constitucionalidade difuso, os juízes e tribunais deverão decidir, com eficácia *inter partes*, sobre a compatibilidade de determinada Lei ou ato normativo com os tratados internacionais de direitos humanos em um caso concreto.

Saliente-se que os Juízes e Tribunais deverão se submeter, de acordo com o entendimento da Corte Interamericana, à interpretação última da Convenção Americana de Direitos Humanos, no que se refere à sua jurisprudência, se esta for considerada como parâmetro de determinado controle. Mazzuoli (2013, p. 108) alega que “Apenas quando não existir manifestação da Corte Interamericana sobre determinada questão *sub judice* perante o judiciário nacional, é que os juízes internos poderão interpretar com maior autonomia a Convenção Americana”. Este fator evidencia caráter vinculante da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Sustenta, parte da doutrina, em posicionamento divergente com o posicionamento predominante do Supremo Tribunal Federal, que o controle de convencionalidade concentrado apenas pode ser realizado tendo como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos incorporados conforme a norma do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, sendo possível ainda a realização do controle difuso nesta situação. Todavia, explicitam que os tratados que não foram recepcionados de acordo com o disposto no referido parágrafo somente poderiam ser parâmetro para o controle difuso de convencionalidade. Neste sentido é o entendimento de Mazzuoli (2013, p. 154):

O exercício de compatibilização das leis domésticas para com os tratados de direitos humanos em vigor no país pode realizar-se tanto pela via incidente (controle difuso de convencionalidade) quanto pela via da ação direta (controle concentrado de convencionalidade). A primeira modalidade realiza-se relativamente aos tratados de status (art. 5.º, § 2.º) ou equivalência (art. 5.º, § 3.º) constitucional, indistintamente; e a segunda recai apenas sobre os tratados equivalentes às emendas constitucionais (art. 5.º, §3.º).

Assim, o controle de convencionalidade somente poderia ter como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos que possuam um caráter formalmente constitucional. Um exemplo que torna o mecanismo palpável no ordenamento jurídico brasileiro é a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, na data de 30 de março de 2007, sendo promulgado pelo decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Silva (2006) explicita que anteriormente ao ano de 2004 entendia-se que a incorporação das normas internacionais de direitos humanos ao ordenamento contitucional interno era automático. Todavia, o autor salienta que a questão precisa ser repensada em face do § 3º que a Emenda Constitucional 45/2004 inseriu no artigo 5º da Constituição Federal. Para o constitucionalista, as normas internacionais de direitos humanos somente serão recepcionadas como de direito constitucional no ordenamento jurídico brasileiro formal se o decreto legislativo respectivo for aprovado nos ditames do processo da formação de Emendas Constitucionais previsto no artigo 60 da Constituição. Adquirem as normas constitucionais, desta forma, o caráter da supremacia da Constituição.

Todavia, de forma diferente do pensamento de Mazzuoli, que somente as normas de direito internacional incorporadas pelo *quorum* qualificado poderão ser parâmetro de “controle de constitucionalidade” concentrado no plano do ordenamento jurídico brasileiro, as normas não recepcionadas pelo referido *quorum* obteriam, para o autor, status de lei ordinária, devendo, eventual conflito ser resolvido por critério de especialidade.

Parte da doutrina entende que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo procedimento do artigo 5º, § 3º da Constituição ampliam o bloco de constitucionalidade brasileiro, havendo a possibilidade de realização do controle de constitucionalidade, tendo como parâmetro os referidos tratados. É possível verificar que este é o entendimento de Sarlet (2013), Barroso (2013) e Piovesan (2013).

É possível verificar outros posicionamentos, divergentes dos citados, procurando sistematizar e demonstrar de qual modo o controle de convencionalidade deve ser aplicado e realizado no direito brasileiro.

Figueiredo (2016) entende que os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil submetidos e aprovados pelo procedimento previsto no § 3º do artigo 5º da Constituição ampliam o bloco de constitucionalidade, salientando que o controle de convencionalidade não se limita a assegurar a primazia da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas, também, todos os tratados de direitos humanos ratificados por um Estado.

Brasileiro (2009), com fundamento no §2º do art. 5º da Constituição assevera:

Em consequência dessa cláusula constitucional aberta, observa-se o chamado “bloco de constitucionalidade”, que incorpora aos direitos expressamente garantidos na Constituição, aqueles decorrentes, p.ex., de tratados internacionais, que por sua vez, não possuem forma de norma constitucional, mas são direitos materialmente constitucionais.

Ferreira (2015), por sua vez, defende que o controle de convencionalidade, em sua modalidade concentrada, perante o Supremo Tribunal Federal, seja por ação ou por omissão, pode ser realizado tendo como parâmetro qualquer tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Estado brasileiro.

Por sua vez, Vaz (2016) afirma, de forma expressa, sua discordância de parte da doutrina de Mazzuoli, afirmando que os tratados internacionais de direitos humanos incorporados anteriormente à Emenda Constitucional 45/04, mesmo não tendo sido submetidos ao procedimento do artigo 5º, § 3º da Constituição, servem como parâmetro de controle de convencionalidade concentrado.

Marinoni (2013), com entendimento convergente ao de Mazzuoli, aduz que o controle de convencionalidade concentrado, no direito brasileiro, tem, como parâmetro, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados de acordo com o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, servindo, também de parâmetro de controle difuso. Entende que os tratados internacionais que possuem status de norma supralegal e infraconstitucional apenas são parâmetro do controle difuso de convencionalidade.

Appio (2013, p. 200) demonstra sua cognição, convergente com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, afirmando que “não se pode aceitar que os tratados e convenções que versem sobre direitos humanos e que não tenham sido incorporados pelo rito especial previsto na EC [...] 45/2004 [...] possam ser considerados como materialmente constitucionais”. De forma mais específica, Alves (2013) defende que a previsão do § 3º do artigo 5º da Constituição possibilitou um novo tipo de controle, qual seja, o controle de convencionalidade das leis, sendo estes tratados o parâmetro para o controle concentrado de convencionalidade.

Sobrinho (2013) entende a suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos como inadequada, afirmando que o Supremo Tribunal Federal atuou usurpando a atividade legislativa ao criar nova espécie normativa e defendendo que a incorporação dos referidos diplomas deve ser em nível constitucional.

Por fim, com percepção convergente ao posicionamento de Mazzuoli e Piovesan, Arenhart (2013) explicita que por força do § 2º do artigo 5º da Constituição, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e em vigor no país, independentemente da formalidade de incorporação, devem ser considerados como detentores de força constitucional.

Importante salientar a mudança que traz a doutrina moderna às delimitações e conceitos dos termos vigência e validade das normas. Afirmava Kelsen (2009) que a norma válida era a norma vigente e vice-versa, atribuindo um caráter idêntico aos termos. Aduzia, ademais, que o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade por outra norma e que a norma que está afirmada na premissa maior constitui-se como fundamento de validade da norma afirmada na conclusão. Sobre a validade e a eficácia das normas, disserta Bobbio (2012, p. 48/49):

O problema da validade é o problema da existência da regra enquanto tal, independentemente do juízo de valor se ela é justa ou não. [...] Validade jurídica de uma norma equivale à existência dessa norma como regra jurídica. [...] O problema da eficácia de uma norma é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida.

Assevera o autor que para decidir se uma norma é válida, faz-se necessário averiguar se a autoridade de quem ela emanou tinha o poder legítimo para tal, se esta foi *ab-rogada* e averiguar se é incompatível com outras normas que compõem o sistema.

Mazzuoli (2013), por seu turno, fundamentando-se em Ferrajoli, aduz que existem duas classes de normativas acerca da produção jurídica. As formais condicionam o caráter da vigência da lei, havendo ainda as materiais que condicionam a validade das referidas normas. Portanto, relaciona o autor, a vigência com o formalismo na elaboração das leis pelo Congresso Nacional e a sua vigência com a compatibilidade

com o texto constitucional e, conseqüentemente, com os tratados internacionais de direitos humanos.

A hierarquia dos tratados de direitos humanos foi objeto de análise no presente estudo. Com a verificação das mais diversas teorias, conclui-se que a teoria utilizada pela maior parte da doutrina, com expoentes como Mazzuoli (2013), Piovesan (2013) e Trindade (1991), é a que mais se adequa à maior efetividade da aplicação do instituto do Controle de Convencionalidade. A partir desta teoria:

[...] a Constituição brasileira de 1988 acolhe os tratados de direitos humanos com índole e nível de normas constitucionais, independentemente de aprovação legislativa por maioria qualificada. Esse nível constitucional dos tratados de direitos humanos se retira da interpretação *a contrario* do art. 5.º, § 2.º, da Constituição. No entanto, se aprovados por maioria qualificada, tais tratados passarão a ter (depois de ratificados e em vigor no País) *equivalência* de emendas constitucionais, tal como estabelece o art. 5.º, § 3.º, da Constituição, acrescentado pela EC 45/2004.

Verifica-se, deste modo, que a teoria da constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos declara o status constitucional independentemente de ter havido a incorporação destes nos ditames do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal ou não.

Portanto, um tratado internacional que não foi incorporado pelo direito interno com a votação do quórum qualificado previsto pelo § 3º possui um status materialmente constitucional. De outro modo, de forma automática, possuindo os tratados internacionais de direitos humanos um caráter materialmente constitucional, estes, se aprovados conforme o § 3º, possuirão, além de um status materialmente constitucional, um caráter formalmente constitucional.

Ressalte-se o posicionamento de Hardman (2018, p. 227) no sentido de que “as discussões em torno de hierarquias, degraus e patamares devem ser deixadas de lado, enfatizando-se uma noção autopoietica da defesa dos direitos básicos à condição humana”.

De qualquer modo, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, o controle de convencionalidade concentrado, aplicável no ordenamento jurídico brasileiro, possui,

na prática, como parâmetro, apenas a Convenção de Nova York sobre os direitos das pessoas com deficiência e o seu protocolo facultativo e o Tratado de Marraqueche, únicos diplomas internacionais que foram incorporados de acordo com o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal. Portanto, verifica-se que esta é a real parametricidade do controle de convencionalidade, definida pelo Supremo Tribunal Federal, o que impossibilita uma aplicação ampla do mecanismo.

3.6.2 A parametricidade adotada na aplicação do controle de convencionalidade na República Argentina

O direito argentino considera os Tratados Internacionais de direitos humanos de forma diferente. Logo de início verifica-se a importância de diversos diplomas internacionais com a redação do artigo 75, 22 da Constituição de 1994, que estabelece:

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

A simples leitura do texto dá a ver que a Constituição da Nação Argentina atribui, de forma expressa e objetiva, o status de hierarquia constitucional a, minimamente, dez tratados internacionais de direitos humanos que passam, imediatamente, a integrar o bloco de constitucionalidade, impedindo que qualquer lei ou ato normativo possa extinguir ou reduzir os direitos previstos nos referidos diplomas. Ademais, a redação

do artigo continua prevendo a hipótese de ampliação de diplomas internacionais que gozem de hierarquia constitucional ao possibilitar que os demais tratados incorporados pelo país e que forem aprovados pelo *quórum* de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara, possam obter o referido posicionamento hierárquico.

Ora, o item do artigo 75 em estudo demonstra a importância dos tratados internacionais possuem para o Estado argentino que buscou evidenciar, da forma mais clara possível e sem deixar qualquer dúvida acerca do posicionamento hierárquico-normativo dos tratados internacionais, estabelecendo que determinadas convenções de direitos humanos anteriores à Constituição gozariam de status constitucional material e formal.

De forma diferente, a Constituição da República Federativa do Brasil trata do tema de forma genérica e imprecisa, o que, de certa forma, contribuiu para a discricionariedade do Poder Judiciário em decidir a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro. O § 2º do artigo 5º da Constituição brasileira afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Entretanto, a partir da Emenda Constitucional 45/04 e consequente inserção do § 3º no mesmo artigo, que tratou, de forma específica do procedimento de votação, o tema foi tratado de forma restritiva por determinados juristas e pelo Supremo Tribunal Federal que, em votação apertada decidiu que apenas os tratados incorporados nos ditames do § 3º possuem status constitucional e que todos os outros tratados de direitos humanos – inclusive a Convenção Americana de Direitos Humanos, diploma considerado como primordial pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos – possuem status infraconstitucional.

Considera-se que há uma linha jurisprudencial consolidada com relação à força vinculante dos julgados da Corte Interamericana e sobre a necessidade da aplicação do referido mecanismo. Verifica-se este fator, primeiramente, no caso denominado de *Recurso de Hecho Gramajo, Marcelo* do ano de 2006 em que a Suprema Corte

declarou a incompatibilidade da pena de reclusão por tempo indeterminado prevista no artigo 52 do Código Penal Portenho, *in verbis*:

Corresponde declarar que, en el caso concreto, la pena de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del Código Penal resulta inconstitucional por cuanto viola el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de reserva, el principio de legalidad, el principio de derecho penal de acto, el principio de prohibición de persecución penal múltiple (*ne bis in idem*) y el principio de prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes, todos los cuales aparecen reconocidos en las garantías constitucionales consagradas -de manera expresa o por derivación- en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad, conforme a la incorporación efectuada por el art. 75, inc. 22 de nuestra Ley Fundamental. (2006).²⁰

Sobre o tema do Controle de Convencionalidade, a Suprema Corte ainda se posiciona no caso *Mazzeo, Lulio Lilo y otros s/Recurso de Casación e Inconstitucionalidad* de 13 de julho de 2007, de forma completamente consonante ao que afirma a Corte Interamericana em sua jurisprudência:

21) Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que "es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CIDH Serie C N° 154, caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágraf. 124). (2007, p. 16 e 17)²¹

²⁰ Deve declarar que, no caso concreto, a pena de prisão por um período indeterminado prevista no art. 52 do Código Penal é inconstitucional porque viola o princípio da culpa, o princípio da proporcionalidade da pena, o princípio da reserva, o princípio da legalidade, o princípio do ato direito penal, o princípio da proibição processo criminal múltiplo (*ne bis in idem*) e o princípio da proibição de penas cruéis, desumanas e degradantes, todos os quais parecem reconhecidos nas garantias constitucionais consagradas – de maneira expressa ou por derivação – nos arts. 18 e 19 da Constituição e vários instrumentos internacionais sobre direitos humanos, que fazem parte do nosso bloco constitucional, como a incorporação feita pela arte. 75, inc. 22 da nossa Lei Fundamental. (Tradução livre).

²¹ Que, por sua vez, a Corte Interamericana afirmou que "é consciente de que juízes e tribunais estão sujeitos à regra de direito e, portanto, são obrigados a aplicar o disposto na lei. Mas quando um Estado tem ratificado um tratado internacional, como a Convenção americana, os seus juízes, como parte do aparelho do estado, também estão sujeitos a ela, o que os obriga a garantir que os efeitos

No caso *Cabrera García e Montiel Flores vs. Mexico*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu o posicionamento da Suprema Corte Argentina:

231. La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha referido que las decisiones de la Corte Interamericana “resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)”, por lo cual dicha Corte ha establecido que “en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”. Igualmente, dicha Corte Suprema estableció “que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” ya que se “trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. (2010).²²

Confere-se, assim, que o ordenamento jurídico argentino prevê, constitucionalmente, de forma objetiva e expressa os tratados internacionais que possuem hierarquia constitucional, sendo, portanto, parâmetro de controle de convencionalidade. Ademais, o direito argentino tem sido aprimorado pelo poder judiciário acompanhando as evoluções dos Direitos Humanos Internacionais, uma vez que a Suprema Corte Argentina declarou a incompatibilidade das normas internas quando verificadas à luz dos tratados internacionais de direitos humanos, estabelecendo, ainda, o caráter vinculante da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (HITTERS, 2013). A doutrina do controle de convencionalidade já foi aceita, de forma expressa, pela Corte Suprema de Justicia argentina (SAGÜES, 2013).

das disposições da Convenção não são reduzidos pela aplicação de leis contrárias seu objeto e finalidade, e que desde o início nenhum efeito legal ". Em outras palavras, o Judiciário deve exercer uma espécie de "controle de convencionalidade" entre as disposições legais nacionais que se aplicam em casos específicos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a sua interpretação feita pela Corte Interamericana, intérprete final da Convenção Americana. (Tradução livre).

²² A Suprema Corte de Justiça da Nação da Argentina tem afirmado que as decisões da Corte Interamericana "são obrigatórias para o Estado argentino (art. 68.1 CADH)", de modo que este Tribunal estabeleceu que "a princípio, deve subordinar o conteúdo de suas decisões às de um tribunal internacional". Da mesma forma, a Suprema Corte estabeleceu que "a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos deve ser guiada pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos", pois "é uma pauta inegável da interpretação dos poderes que os argentinos no campo da sua competência e, por conseguinte, também para o Supremo Tribunal de Justiça da Nação, para efeitos de proteção das obrigações assumidas pelo Estado argentino no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. (Tradução livre).

Neste sentido, Mario Midón (2016, p. 95) entende que:

se pueden considerar documentos ineludibles de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano a la Declaración Americana de los Derechos de Hombre, a la Convención Americana de Derechos Humanos, a la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, al Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, al Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará, a la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, a la Carta Democrática Interamericana, a la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, y a Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

Ora, enquanto no ordenamento jurídico brasileiro a doutrina luta para conseguir o reconhecimento dos tratados internacionais de direitos humanos como parâmetro de controle das leis e atos normativos, inclusive no que se refere à Convenção de Nova York sobre os direitos das pessoas com deficiência, tratado que possui força equivalente à das Emendas Constitucionais, no ordenamento jurídico argentino diversos tratados internacionais são reconhecidos pela própria Constituição, artigo 75, 22 e pela doutrina como detentores de status hierárquico constitucional.

Sobre o ordenamento jurídico brasileiro, a discussão doutrinária que ainda prevalece é no sentido de que, enquanto doutrinadores como Trindade (1991), Mazzuoli (2013), Piovesan (2013) e o Ministro do Supremo Celso de Mello (2008) declararam seus entendimentos no sentido da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo ordenamento jurídico brasileiro e em vigor no país, com fundamento no artigo 5º, § 2º da Constituição, o Supremo Tribunal decidiu em julgamento não unânime, como visto, que os tratados internacionais de direitos humanos não incorporados com o procedimento especial previsto no artigo 5º, § 3º da Constituição apenas obtêm status de norma infraconstitucional e supralegal.

Qual é a consequência prática dessa decisão e qual é a relevância desta pesquisa? A partir da decisão mencionada do Supremo Tribunal Federal, a parametricidade do controle de convencionalidade se reduz, de forma tão drástica, que, atualmente, apenas temos um único tratado como parâmetro de controle. Isso implica que

mesmo que todos os outros tratados de direitos humanos sejam parâmetro de controle de suprallegalidade, devendo qualquer Juiz ou Tribunal declarar a nulidade de leis e atos normativos que dispõem de forma contrária ao fixado pelos tratados de direitos humanos, não se poderá, em nenhuma hipótese, arguir a convencionalidade, no plano concentrado, das leis e atos normativos que contrariam as disposições dos tratados internacionais de direitos humanos que não tenham se submetido ao procedimento do *quórum* qualificado do §3º do artigo 5º da Constituição.

Existe, também, uma forte discussão doutrinária entre os juristas argentinos sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. Entretanto, a discussão é completamente diferente da brasileira, demonstrando, de forma inquestionável, todo o avanço argentino na proteção aos direitos humanos fundamentais. A controvérsia entre os doutrinadores pode ser resumida em uma pergunta capital: entre a constituição e as Convenções Internacionais de Direitos Humanos, qual diploma possui primazia em sua aplicação? (MIDÓN, 2016).

O autor trata da referida discussão demonstrando os posicionamentos de Hitters e Sagües (2013), além de Bazán, que defendem a primazia das normas convencionais quando a Constituição Argentina dispuser de forma contrária. Demonstra que Domínguez e Ibarlucía tratam da referida questão da relação entre as Convenções Internacionais e a Constituição Argentina como uma necessidade de adequação entre os diplomas, salientando a importância das normativas convencionais. Por fim, o autor cita os autores Bianchi e Rosati como defensores da supremacia constitucional, sendo que o primeiro alerta os leitores para um perigoso abandono da soberania argentina da ordem judicial e o segundo aduz que um controle de convencionalidade que subordine toda outra fonte normativa e interpretativa nacional é inconstitucional por violação aos artigos 27, 30, 31, 75, inciso 22 e 118 da Constituição da Nação Argentina.

Após confrontar os referidos autores comentando sobre seus respectivos posicionamentos, Midón (2016) conclui que alguns argumentos concorrem para sustentar a composição da supremacia convencional frente a todo o direito interno.

O autor fundamenta sua afirmação, primeiramente, a partir das disposições constantes no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, que inclusive foi ratificado pelo Estado brasileiro e que dispõe de forma taxativa, como estudado, que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado” (CONVENÇÃO DE VIENA, 1969, p. 8).

Explicita o autor que a República Argentina é um Estado que, de forma voluntária, reconheceu a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a interpretação e aplicabilidade realizada da Convenção Americana de Direitos Humanos. Sustenta, ainda, que “ante la comunidad internacional, voluntariamente, declaramos que no antepondríamos nuestro derecho interno para cumplir un compromiso asumido con otros Estados, derecho interno del cual – obviamente – está comprendida la Constitución.” (MIDÓN, 2016, p. 88).

Para finalizar sua análise, o autor se fundamenta no fato de que o Estado argentino ingressou em um sistema de proteção dos direitos humanos e reconhece a competência do órgão judicial chamado a dirimir os conflitos suscitados em matéria de direitos humanos, enfatizando a importância do artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos que trata do dever dos Estados-Partes em adotar disposições de direito interno para efetivar os direitos humanos (MIDÓN, 2016). Assevera que “en presencia de tales argumentos, creemos que carece de fundamento la tesis que prohija la supremacia frente a todo el resto de nuestro ordenamiento.” (MIDÓN, 2016, p. 89).

Malgrado haja a referida discussão relacionada à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico argentino, não há o que se discutir sobre o fato de que a Convenção Americana de Direitos Humanos e os demais tratados internacionais constantes no artigo 75, inciso 22 da Constituição Argentina integram o parâmetro de controle de constitucionalidade.

Diversos estudos demonstram o posicionamento pacífico dos juristas argentinos no sentido de que a Convenção Americana de Direitos Humanos integra o bloco de constitucionalidade ou o parâmetro de controle de convencionalidade. Vale citar o

estudo realizado por Cornejo (2016) que toma como parâmetro fundamental a Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado que não possui status constitucional no ordenamento jurídico brasileiro por entendimento do Supremo Tribunal Federal. No referido estudo, o autor utiliza a Convenção Americana de Direitos Humanos e os demais tratados reconhecidos pelo direito argentino como parâmetros de controle de convencionalidade para efetivação da denominada “defensa eficaz”. A partir disso, enuncia a Convenção como afirmadora de diversos direitos como o “debido proceso legal”, “principio del juez natural”, “ne bis in idem”, “in dubio pro reo”, “derecho al recurso”, dentre outros, alguns direitos, inclusive, que não se encontram previstos no direito interno.

No mesmo sentido, Regueira (2017) entende a Convenção Americana como parâmetro de controle, em estudo sobre o controle de convencionalidade da atividade administrativa, tal qual no campo da legalidade penal.

Amaya (2017), ao tratar da evolução do controle de convencionalidade, atribui extrema importância à Convenção Americana como parâmetro de controle no ordenamento jurídico argentino. Loiano (2017, p. 222) afirma que o controle de convencionalidade pretende afirmar a supremacia “de la Convención Americana de Derechos Humanos o, como veremos, de otros tratados de derechos humanos”, verificando-se a amplitude do controle de convencionalidade na doutrina argentina.

No sentido da aplicabilidade do controle de convencionalidade tendo como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos de forma mais ampla possível, pode-se incluir no espectro de autores que entram no debate os nomes de Luque (2016), Ábalos (2016), Lértora (2016), Domínguez (2016), Giménez (2016) e Labrano (2016).

No ano de 2008, este entendimento estava sendo defendido pelo próprio Domingues (2008), além de Loiano (2008), Luchetti (2008) e Zimmerman (2008).

Frise-se que o sistema de controle de constitucionalidade das Leis, na Argentina, é baseado no sistema estadunidense, ou seja, no controle de constitucionalidade difuso e concreto (CASTRO; NATHALIA; NETO, 2017). O controle de

convencionalidade argentino tem sido estruturado da mesma forma, entendendo-se o controle difuso de convencionalidade como o exercido pelos Juízes nacionais e o controle concentrado como o realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (MIDÓN, 2016). Entretanto, o recorte deste estudo se restringe a avaliar a parametricidade do controle de convencionalidade na Argentina, comparando este fator com o entendimento válido na ordem jurídica pátria.

Por tudo quanto exposto, verifica-se que o direito argentino oferece substancial importância aos tratados internacionais de direitos humanos ao fixar a hierarquia constitucional, no próprio texto da Constituição, de dez essenciais tratados internacionais de direitos humanos, abrindo a possibilidade da incorporação de mais tratados de direitos humanos com status constitucional. Para investigar a efetividade das disposições constitucionais do artigo 75, 22, foi possível analisar alguns julgados que demonstram o respeito da Suprema Corte às disposições constitucionais, às normativas internacionais do sistema interamericano e as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Arrolamos aqui os posicionamentos dos doutrinadores de direitos humanos argentinos relacionados à posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos, informação que é de medular importância para aplicação do controle de convencionalidade.

Portanto, pode-se concluir que, caso o direito brasileiro adotasse, por meio das disposições constitucionais e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos, da mesma forma que o direito argentino, a parametricidade do controle de convencionalidade seria muito mais ampla, havendo a possibilidade, segundo a doutrina de Mazzuoli, de realizar o controle concentrado de convencionalidade, tendo como parâmetro diversos tratados internacionais de direitos humanos e não somente a convenção de Nova York sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo, únicos tratados incorporados conforme o procedimento previsto no § 3º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. A Convenção Americana de Direitos Humanos, por exemplo, poderia servir como importante parâmetro de controle das leis e atos normativos no plano do ordenamento jurídico brasileiro, nas modalidades concentrada e difusa, obtendo, sem dúvidas, força maior do que apenas uma norma supralegal e infraconstitucional.

3.6.3 A (in)aplicabilidade do controle de convencionalidade no ordenamento jurídico português

A Constituição da República Portuguesa estabelece a relação do ordenamento jurídico português com os tratados internacionais de direitos humanos afirmando, de forma contundente, que Portugal é norteado pelo respeito aos direitos do homem, no art. 7º, que trata das Relações Internacionais.

Artigo 7.º

Relações internacionais

1. Portugal rege-se nas relações internacionais pelos princípios da independência nacional, do respeito dos direitos do homem, dos direitos dos povos, da igualdade entre os Estados, da solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados e da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da humanidade.

O art. 8º, por sua vez, trata, de forma específica, do Direito Internacional, definindo que as normas de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. Identifica-se, deste modo, que o direito português recebe as normativas internacionais de tal forma que a Constituição indica um sistema monista português. O item 2 do referido artigo evidencia que as convenções internacionais ratificadas ou aprovadas e publicadas vigoram na ordem jurídica interna, sendo este fator ratificado sobre os tratados relativos à União Europeia no item 4.

Importante salientar o conteúdo do item 3, que vai ainda mais além do que a receptividade imediata dos tratados internacionais, designando que as normas emanadas dos órgãos das organizações internacionais de que Portugal é parte devem vigorar, diretamente, na ordem interna.

Artigo 8.º

Direito internacional

1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.
2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.
3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem

interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respetivos tratados constitutivos.

4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.

Assim, com fundamento no art. 8º, Canotilho (2003, p. 819) assevera que a Constituição consagrou o princípio de que as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português, sendo ideal oriundo da Constituição de Weimar, afirmando que pode ser interpretada de modo que “o direito internacional faz parte do direito interno.”

Assevera que o seu ordenamento jurídico pátrio consagrou, pela Constituição, a doutrina da recepção automática das normas do direito internacional geral ou comum, não necessitando transformação em lei ou ato de direito interno para que sejam incorporadas, sendo diretamente aplicáveis pelos Tribunais e demais autoridades encarregadas de aplicar o direito (CANOTILHO, 2003).

Martins (2012) sustenta que o princípio que impera nas relações entre o Direito Internacional e os Direitos internos passa a ser o da interdependência, com a harmonia da Constituição com o Direito Internacional. Conforme o art. 8º, Constituição Portuguesa regula a recepção do Direito Internacional no Direito Interno indicando o direito consuetudinário, o convencional, o direito das Organizações Internacionais e o direito da União Europeia.

Interessante apontar o conteúdo do art. 16 da Constituição de Portugal, que é similar ao que consta, posteriormente, no art. 5º, § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil, no sentido de que os direitos fundamentais elencados pela Constituição portuguesa não excluem os provenientes dos tratados internacionais de direitos humanos. Vele ainda destacar a importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem para o direito português, tendo em vista que a própria Constituição condiciona a interpretação dos dispositivos constitucionais ao tratado internacional de direitos humanos. Saliente-se que o referido tratado não possui força de normas constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro.

Artigo 16.º

Âmbito e sentido dos direitos fundamentais

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Sobre os arts. 8º e 16º da Constituição Portuguesa, Miranda (2014) evidencia a cláusula aberta de direitos fundamentais e a consequente aplicação na ordem interna da Declaração Universal e de princípios gerais de direito internacional, sendo elevados, pelo art. 16º, 2 à categoria de princípios constitucionais. Situa os direitos fundamentais em Portugal em um contexto mais vasto e sólido que o da ordem jurídica positiva do Estado. Miranda e Medeiros (2017) assinalam que os direitos fundamentais vindos de fora da Constituição portuguesa beneficiam-se do regime da Constituição formal.

Queiró (1976) defende que a Declaração Universal de Direitos Humanos tem força jurídica superior à Constituição no que se refere à interpretação dos próprios preceitos constitucionais.

Importante evidenciar o entendimento de Otero (2011, p. 588), relacionando os tratados internacionais de direitos humanos com a administração pública:

É o que sucede, em primeiro lugar, com as normas internacionais sobre direitos humanos que, expressando a dimensão suprapositiva e heterovinculativa de uma ordem axiológica universal fundada na natureza sagrada e inalienável da dignidade da pessoa humana, se impõem ao poder constituinte dos Estados: os textos constitucionais nunca podem, sob pena de inconstitucionalidade dos seus próprios preceitos ou de “insupraconstitucionalidade”, dispor contra tais normas sobre direitos humanos que, reconduzidas hoje formalmente a um Direito Internacional imperativo e inderrogável, representam na sua substância material, princípios jurídicos fundamentais emergentes da “consciência jurídica geral”, dotados de uma intrínseca natureza vinculativa para o Estado e para a Comunidade Internacional, e que encontram a sua expressão mais perfeita na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Inclusive, os referidos ensinamentos relacionados com a vinculação administrativa à jurisdição, é de extrema importância, tendo em vista que este estudo verifica a interação entre os tratados internacionais de direitos humanos, a administração pública na elaboração e avaliação de políticas públicas, o Poder Judiciário e o Legislativo, para a promoção dos direitos humanos no sistema presidencial.

Sobre o controle de constitucionalidade, tendo como parâmetro a Constituição e como objeto os tratados internacionais em geral, percebe-se que mesmo no caso em que haja inconstitucionalidade orgânica ou formal dos tratados internacionais regularmente ratificados, isso não impedirá sua aplicação na ordem jurídica portuguesa, obviamente, desde que a inconstitucionalidade não seja por violação de direito fundamental. Este fator evidencia a importância das normativas internacionais e, principalmente, de direitos humanos, no ordenamento jurídico português.

PARTE IV

Garantia e revisão da constituição

TÍTULO I

Fiscalização da constitucionalidade

Artigo 277.º

Inconstitucionalidade por ação

1. São inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.
2. A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental.

Após tratar da recepção automática dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico português, Canotilho trata da mesma problemática, (analisada aqui no contexto dos ordenamentos do Brasil e da Argentina) com relação à parametricidade dos tratados internacionais de direitos humanos no direito português, uma vez que, como verificado, não há informação expressa na constituição sobre a referida discussão.

Canotilho (2003, p. 831) evidencia quatro possibilidades, que se confundem com as teorias analisadas quando estudada a parametricidade dos tratados no ordenamento jurídico, trazendo a nomenclatura das soluções como (1) valor constitucional; (2) *valor infraconstitucional mas supralegislativo*; (3) valor equivalente ao das leis e (4) valor supraconstitucional, nos seguintes termos:

Dada a não atribuição expressa, pela Constituição, de um valor específico às normas de direito internacional geral, várias soluções poderão ser apontadas quanto ao valor destas normas: (1) *valor constitucional* – As normas de direito internacional geral fariam parte integrante do direito constitucional português e a sua violação desencadearia o fenômeno da inconstitucionalidade; (2) *valor infraconstitucional mas superlegislativo* – as normas de direito internacional geral não podem valer contra a Constituição,

mas tem primazia hierárquica sobre direito interno anterior e posterior, devendo os tribunais ou quaisquer outros órgãos aplicadores do direito recusar-se a aplicar o direito interno contrário ao direito internacional geral; (3) *valor equivalente ao das leis*, podendo revogar actos legislativos anteriores e ser revogados por leis posteriores; (4) *valor supraconstitucional*, como expressamente estatui a Constituição holandesa, em que as normas de direito internacional têm primazia sobre as normas constitucionais.

Como verificado, Jorge Miranda (2007, p. 485) sugere o seguinte: “[...] aceite o primado do Direito internacional, também os actos internacionais (v.g., tratados) têm preferência sobre os actos de Direito interno (v. g., leis).”

Nesse diapasão, Canotilho (2003) trata da possibilidade do bloco de constitucionalidade mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais, alargando-se para englobar os princípios reclamados pelo espírito ou pelos valores da ordem constitucional global.

É certo que o Direito Comunitário Europeu, com destaques aos tratados de Paris, de Maastrich, de Nice e de Lisboa, convencionou um parâmetro de direito comunitário, que é autónomo e possui aplicabilidade imediata, consubstanciando o parâmetro Europeu de Controlo ou Determinação do “Bloco Europeu de Juridicidade e de Legalidade”, com o complexo de regras e princípios positivados nos tratados e em normas comunitárias (CANOTILHO, 2003). Entretanto, a doutrina relaciona o denominado direito comunitário com tratados que se referem a mercados de livre comércio, questões aduaneiras, económicas e até políticas, não havendo relação direta e clara com tratados internacionais de direitos humanos.

Os tratados internacionais que não criam, reafirmam ou buscam a efetivação de direitos humanos possuem aplicabilidade imediata. Portanto, não oferecer a mesma aplicabilidade aos tratados internacionais de direitos humanos é contrariar toda a evolução do direito internacional e dos direitos humanos, de forma específica.

No estudo do ordenamento jurídico brasileiro foi possível vislumbrar que a Convenção Americana de Direitos Humanos não possui força normativa constitucional e que o mesmo fator ocorre com a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Por outro lado, verificou-se que o ordenamento jurídico da Argentina evidencia, em sua

Constituição, a força constitucional dos referidos tratados, havendo decisões, neste sentido, da *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*.

Portanto, após investigar as normativas constitucionais sobre o tema, serão verificadas as doutrinas e jurisprudências relacionadas com o parametricidade da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e com relação aos demais tratados internacionais de direitos humanos.

Miranda (2001) demonstra a elevação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem ao status de normativa constitucional. Fernandes (2004) assevera que a referida Convenção instituiu um sistema de proteção internacional dos direitos do homem totalmente inovador em que arbitrariedades cometidas pelos Estados, por ação ou omissão, podem ser apreciadas, assim como sancionadas pelos órgãos internacionais, sendo relacionados com as dimensões objetivas e subjetivas dos direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976 (ANDRADE, 1987).

Canotilho (2003), por sua vez, evidencia que, no âmbito do Tribunal Constitucional e dos demais Tribunais, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a jurisprudência do Tribunal Europeu para Direitos do Homem assumem as vestes de um bloco de jurisdição.

Barreto (2015) afirma que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem vincula o Estado português, na ordem jurídica interna e na ordem jurídica internacional. Em que pese este entendimento, afirma o autor que a doutrina mais significativa defende, no tocante à convenção e demais tratados, uma posição intermédia entre lei constitucional e lei ordinária (BARRETO, 2015).

Assevera que se a Constituição é válida na ordem interna, é necessário não esquecer a vertente da ordem jurídica internacional e que os Estados estão vinculados às obrigações assumidas ao aderirem aos textos de direito internacional (BARRETO, 2015).

Miranda (2017, p. 44) insiste:

[...] quando o Estado, não raramente, rompe as barreiras jurídicas de limitação e se converte em fim de si mesmo e quando a soberania entra em crise perante a multiplicação das interdependências e das formas de institucionalização da comunidade internacional, torna-se possível reforçar e, se necessário, substituir, em parte, o sistema de proteção interna por vários sistemas de proteção internacional dos direitos do homem.

Esclarece o ex-Juiz do Tribunal Europeu de Direitos do Homem que embora Portugal não tenha se utilizado do mecanismo de declarações interpretativas, formulou oito reservas que constam da Lei nº 67/78. Todavia, dessas oito reservas, seis foram retiradas pela Lei nº 12/87, restando, portanto, duas reservas (BARRETO, 2015), sendo, a primeira, relacionada à prisão disciplinar imposta a militares, em um confronto entre o art. 5º da Convenção e os artigos 27 e 28 da Constituição Portuguesa e, a segunda, com relação à aplicabilidade retroativa da Lei 8/75, em confronto entre o art. 292 da Constituição Lusitana e o art. 7º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Martins (2019, p. 206) esclarece seu posicionamento evidenciando a importância da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e do Sistema Europeu de proteção aos direitos humanos para concretização de um terceiro nível de proteção aos direitos fundamentais e de um constitucionalismo *multilevel*:

In our opinion, taking into account the role that individuals currently play in the legitimation of political power, the multilevel protection and enforcement of fundamental rights should be envisaged as anything but a central element of multilevel constitutional theory. Once this premise is accepted, it will be easier to accept that ECHR law is without doubt a relevant source of fundamental rights in Europe. Consequently, multilevel constitutionalism should be also integrate that level of normativity and institutional tools. In other words, in the fundamental rights arena, ECHR law and ECHR institutions – that is to say a third level – would cooperate, collaborate, intervene in and interact with the European constitutional process. Exactly how they would intervene and interact is difficult to say as there is no historical experience for this.

Alves (2008) assevera que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem é o padrão mínimo europeu dos Direitos do Homem, que vincula os Estados e que deve ser invocada pelos cidadãos, de forma preventiva, nos tribunais portugueses e, de forma curativa, no plano do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Importante esclarecer que o art. 70, 1, i) da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional demonstra que os Magistrados podem realizar o controle de convencionalidade difuso das leis e atos normativos, tendo em vista que indica:

1 - Cabe recurso para o Tribunal Constitucional, em secção, das decisões dos tribunais:

[...]

i) Que recusem a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional, ou a apliquem em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional.

Resta agora saber como o Tribunal Constitucional se utiliza da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, da Declaração Universal de Direitos do Homem e demais tratados internacionais de direitos humanos.

A partir da utilização da base de dados do Tribunal Constitucional Português, foi possível verificar, nos últimos cinco anos, 11 (onze) processos em que houve a utilização da expressão Convenção Americana de Direitos Humanos e/ou Declaração Universal dos Direitos do Homem.

No Processo n.º 285/2015, houve o Acórdão nº 8/2015, de relatoria da Conselheira Maria José Rangel de Mesquita em que se discutiu se determinada decisão judicial “recusou a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional ou a aplicou em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional”, mais precisamente ao art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, sendo afirmado pela Relatora que a Decisão do STJ de 15/12/2014, em discussão, não deveria ser reformada, tendo em vista que não foi arguida a inconstitucionalidade da forma adequada, concluindo-se pelo não conhecimento do objeto do recurso interposto, mantendo-se a Sentença vergastada. Mesmo que tenha resultado, a Decisão do Tribunal Constitucional, em um indeferimento pela inadequação da forma de arguição, observa-se que o Tribunal Constitucional investiga, na prática, se determinada decisão dispôs de forma contrária à Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

O mesmo pode ser demonstrado no Acórdão Nº 137/2016, de Relatoria da Conselheira Ana Guerra Martins, Processo n.º 624/2015, caso em que o Recorrente arguiu nulidade de Despacho, com fundamento em violação dos artigos 7.º, 17.º e 8.º da Declaração Europeia dos Direitos do Homem e dos Direitos Fundamentais,

sendo indeferido o pedido, por força de requisitos de admissibilidade do Recurso Anterior.

No Acórdão 193/2016, Processo 919/15, de relatoria do Conselheiro Pedro Machete, o Recorrente alega violação do art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, havendo Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, (Soares de Melo c. Portugal) confirmando a alegada violação.²³

O Tribunal Constitucional Português decidiu “Julgar inconstitucional, por violação do direito ao contraditório, ínsito no artigo 20.º, n.º 4, em conjugação com o artigo 36.º, n.º 6, ambos da Constituição, a norma extraída do artigo 103.º, na sua redação originária, da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo”.²⁴

²³ «2. *Decide* continuar a indicar [*continuer à indiquer*] ao Governo, em aplicação do artigo 39.º do Regulamento, ser desejável [*qu'il est souhaitable*], no interesse do bom desenvolvimento do procedimento, que tome as medidas adequadas a garantir o direito de visita da requerente relativamente aos seus filhos confiados a instituição com vista à sua futura adoção, até que o presente acórdão se torne definitivo ou que o Tribunal tome outra decisão a tal respeito;

3. *Decide* que houve violação do artigo 8º da Convenção, em razão da decisão de confiar M., Y., I.R., L., M.S., A., e R. a uma instituição com vista à sua futura adoção;

4. *Decide* que houve violação do artigo 8º da Convenção em razão do facto de a decisão de confiar as crianças a instituição com vista à sua futura adoção ter tomado em consideração o não respeito pela requerente do compromisso assumido de se submeter a uma esterilização por laqueação das trompas;

5. *Decide* que houve violação do artigo 8º da Convenção em razão da interdição de qualquer contacto entre a requerente e os seus filhos M., Y., I.R., L., M.S., A., e R. desde 8 de junho de 2012 até 5 de março de 2015;

6. *Decide* que houve violação do artigo 8º da Convenção, em razão da falta de envolvimento efetivo da requerente no processo decisório que conduziu à confiança a instituição com vista a adoção de seis dos seus filhos;

7. *Decide* que as autoridades nacionais deverão reexaminar, num prazo curto, a situação da requerente e dos seus filhos M., Y., I.R., L., M.S., A., e R. à luz da presente decisão e adotar as medidas apropriadas no interesse superior das crianças;

8. *Decide*

a) que o Estado demandado deve pagar à requerente, nos três meses a contar da data em que o acórdão se tiver tornado definitivo nos termos do artigo 44º, nº 2 da Convenção, 15 000 EUR (quinze mil Euros), mais todo o montante que possa ser devido a título de imposto, por danos morais;

b) que a contar do termo do referido prazo e até ao pagamento, este montante será acrescido de um juro simples a uma taxa igual à da facilidade de empréstimo marginal do Banco Central Europeu aplicável durante este período, acrescido de três pontos percentuais.» (p.. 1984)

²⁴ III. Decisão

Pelo exposto, decide-se:

a) Julgar inconstitucional, por violação do direito ao contraditório, ínsito no artigo 20.º, n.º 4, em conjugação com o artigo 36.º, n.º 6, ambos da Constituição, a norma extraída do artigo 103.º, na sua redação originária, da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, segundo a qual, em processo de promoção e proteção de crianças e jovens em

Constata-se, assim, que houve condenação proferida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, com fundamento na violação ao dispositivo da Convenção, percebendo-se um verdadeiro controle de convencionalidade, mesmo que não tenha sido realizado com esta denominação, estipulando que o Governo deverá, de forma ativa, atuar para “garantir o direito de visita da requerente relativamente aos seus filhos confiados a instituição com vista à sua futura adoção”.

No processo 330/2016, Acórdão 422/16, o Recorrente coloca interpretação normativa tirada dos artigos 340.º e 358.º do Código de Processo Penal, - que trata de produção de prova e de alteração não substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia - como violação do art. 6º da Convenção Europeia, que trata do processo equitativo, tendo sido indeferido, pelo Tribunal Constitucional, tanto a arguição de nulidade quanto as demais reclamações.

A eventual violação do processo equitativo previsto no art. 6º da Convenção, também foi objeto de discussão no Acórdão nº 31/2017, Processo 47/17, de Relatoria da Conselheira Maria Clara Sottomayor, tendo sido a reclamação também indeferida, que tratava da ausência de notificação pessoal do acórdão recorrido e a declaração de Recurso extemporâneo ao Tribunal Constitucional.

No ano de 2018, no Acórdão 242/2018, processo 598/17, de relatoria do Conselheiro Pedro Machete, verifica-se que a Convenção também foi alegada como parâmetro de controle, de forma precisa no conteúdo dos arts. 6º, § 1º e 53, sendo declarada a inconstitucionalidade do “artigo 7.º, n.º 3, Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, na redação dada pela Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto, na parte em que recusa proteção

que esteja em causa a aplicação de medida de confiança a pessoa selecionada para adoção ou a instituição com vista a futura adoção prevista no respetivo artigo 35.º, n.º 1, alínea g), com a redação dada pela Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto, não é obrigatória a constituição de advogado aos progenitores das crianças ou jovens em causa a partir da designação do dia para o debate judicial a que se refere o artigo 114.º, n.º 3, do mesmo normativo, igualmente com a redação dada pela citada Lei n.º 31/2003;

b) Não conhecer do objeto do recurso quanto às demais questões de inconstitucionalidade suscitadas pelos recorrentes;

E, em consequência,

c) Revogar a decisão recorrida, que deverá ser reformulada de harmonia com o juízo de inconstitucionalidade que antecede.

jurídica a pessoas coletivas com fins lucrativos, sem consideração pela concreta situação económica das mesmas, por violação do artigo 20.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.”

No Acórdão 269/2018, Processo 1001/16, de Relatoria da Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros, o Recorrente aduziu incompatibilidade entre o art. 7º, nº 3 da Lei nº34/2004 de 29/7, com o artº 47º parágrafo 3º da carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, havendo Decisão no mesmo sentido no Acórdão anteriormente discutido, qual seja, o de nº 242/2018.

No que se refere ao processo penal, houve ainda, no Acórdão 521/2018, alegação do princípio da presunção e inocência, evidenciando-se o dispositivo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o artigo 11.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, não havendo neste caso específico a Declaração de inconstitucionalidade.

Interessante é o conteúdo do Acórdão 595/2018, Processo 273/2018, de relatoria da Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros, afirmando que o direito ao recurso como garantia de defesa em processo penal prevista no artigo 32.º, n.º 1, da Constituição deve ser analisado “face a outras sedes vinculativas para o ordenamento português”, ressaltando-se, como outras sedes vinculativas para o ordenamento jurídico português, o Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos, a Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH).²⁵

²⁵ 11. A análise deste direito fundamental deve começar pelo seu enquadramento face a outras sedes vinculativas para o ordenamento português.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP) [aprovado para ratificação por Portugal pela Lei n.º 29/78, de 12 de junho] prevê, no seu artigo 14.º, n.º 5, que «Qualquer pessoa declarada culpada de crime terá o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade e a sentença em conformidade com a lei».

Por seu turno, a Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH) [aprovada para ratificação por Portugal pela Lei n.º 65/78, de 13 de outubro] não contempla expressamente o direito ao recurso entre as garantias de defesa do arguido. Tal não deve influenciar, por si só, a interpretação do direito ao recurso estabelecido na Constituição, pois a própria Convenção estabelece, no seu artigo 53.º, que nenhuma das suas disposições pode ser «interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte». Nem faria sentido, no contexto da dogmática dos direitos

É possível verificar, no Acórdão 606/2018, Processo 85/2018, de relatoria da Conselheira Joana Fernandes Costa, uma atribuição de força normativa vinculante à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 7º), tal como da Convenção das Nações Unidas de 1971 sobre Substâncias Psicotrópicas, sendo os dois diplomas internacionais parte da *ratio decidendi* do precedente.

Necessário evidenciar que em maio deste ano o Tribunal Constitucional declarou inconstitucional a interpretação normativa dos artigos 61.º, n.º 1, alínea d), 125.º e 126.º, n.º 2, alínea a), todos do Código de Processo Penal, por violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, com fundamento, além do Diploma Constitucional, no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e artigo 14.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Acórdão 298/2019, Processo 1043/17, de relatoria do Conselheiro Pedro Machete).²⁶

fundamentais, recorrer à CEDH para fazer uma interpretação restritiva do direito ao recurso constitucionalmente consagrado na República Portuguesa.

Neste contexto, o artigo 2.º do Protocolo n.º 7 à CEDH estabelece o «direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal». No n.º 1 deste preceito consagra-se o direito de acesso de «qualquer pessoa declarada culpada de uma infração penal por um tribunal» a «uma jurisdição superior» que reexamine «a declaração de culpabilidade ou a condenação» - é autorizada igualmente a regulação do seu exercício e dos respetivos fundamentos por lei. Entre as exceções possíveis a este direito, o n.º 2 do mesmo preceito elenca as «infrações menores, definidas nos termos da lei» e as situações em que «o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição» ou as situações em que, após um julgamento que tenha conduzido a uma absolvição, «o interessado tenha sido (...) declarado culpado e condenado» em julgamento de recurso.

Relativamente às garantias de defesa deste julgamento de recurso que, após absolvição, conduz a uma declaração de culpa e condenação do arguido, existe abundante jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), em especial tendo como parâmetro o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção – que consagra o “direito a um processo justo e equitativo” (v., por exemplo, os acórdãos nos casos Constantinescu c. Roménia, n.º 28871/95, §§ 55 e 59, de 27 de junho de 2000; Destrehem c. França, n.º 56651/00, §§ 39 a 47, de 18 de maio 2004; Dănilă c. Roménia, n.º 53897/00, § 62, 8 de março de 2007; Năvoloacă c. Moldávia, n.º 25236/02, § 61, 16 de dezembro de 2008; Suuripää c. Finlândia, n.º 43151/02, § 44, 12 de janeiro de 2010; Lacadena Calero c. Espanha, no 23002/07, § 38, 22 de novembro de 2011; Flueraș c. Roménia, n.º 17520/04, § 58, 9 de abril de 2013; Văduva c. Roménia, n.º 27781/06, § 41, 25 de fevereiro de 2014; Loni c. Croácia, n.º 8067/12, §§ 100 e 101, 4 de dezembro de 2014; Marius Dragomir c. Roménia, n.º 21528/09, §§ 18 a 27, 6 de Outubro de 2015; Moinescu c. Roménia, n.º 16903/12, §§ 33 a 40, 15 de Setembro de 2015; e Sobko c. Ucrânia, n.º 15102/10, § 71, 17 de dezembro de 2015).

Esta jurisprudência transmite a perceção clara de que a reversão, em via de recurso, de uma absolvição em condenação convoca um elevado nível de exigências garantísticas da posição processual do arguido, no quadro da Convenção, no âmbito normativo do direito a um processo justo e equitativo. Assim, as exigências decorrentes da Convenção ultrapassam em muito uma visão formalista do «direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal», envolvendo também as regras processuais aplicáveis nesse contexto. Este enquadramento é pertinente na interpretação do artigo 32.º, n.º 1, da Constituição, em especial para uma apreciação rigorosa do âmbito de proteção do direito ao recurso constitucionalmente fundado.

²⁶ **10.** O princípio em causa implica o reconhecimento do direito ao silêncio e do direito do arguido à não autoincriminação enquanto elementos de um processo penal de estrutura acusatória.

3.6.4 A (in)aplicabilidade do controle de convencionalidade no ordenamento jurídico espanhol

O ordenamento jurídico espanhol também evidencia grande preocupação com os tratados internacionais de direitos humanos logo no preâmbulo da Constituição, que demonstra o objetivo de “Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones.” (ESPANHA, 1978).

É previsto no art. 10 da Constituição espanhola a necessidade de interpretação dos direitos fundamentais e das disposições constitucionais em conformidade com a Declaração Universal e os tratados internacionais de direitos humanos:

Artículo 10 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.
2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (ESPANHA, 1978).

O art. 95 da Constituição também demonstra que é possível a realização de revisão constitucional tendo como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos, no sentido de que “La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional” (ESPANHA, 1978). Saliente-se que o art. 96 prevê que os tratados internacionais incorporados no ordenamento jurídico espanhol apenas podem ser modificados, revogados ou suspensos no sentido das normativas estabelecidas no tratado ou das relativas ao direito internacional e pelo procedimento de denúncia.

O primeiro daqueles direitos traduz-se na faculdade reconhecida ao arguido de não se pronunciar sobre os factos que lhe são imputados, diferentemente do que sucedia nos processos regidos pelo princípio do inquisitório em que as declarações obrigatórias do arguido, *maxime* a confissão forçada, tendem a convertê-lo em instrumento da sua própria condenação. O direito ao silêncio tem vindo a ser reconhecido pela legislação processual penal da maioria dos ordenamentos jurídicos dos Estados de direito modernos, encontrando também consagração expressa em instrumentos jurídicos internacionais (cf. o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e artigo 14.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos).

Artículo 96 1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. 2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94. (ESPANHA, 1978).

Garcia de Enterría (1979) classifica a Convenção Europeia como detentora do caráter de supralegalidade. Martínez (2004, p. 119) se posiciona no sentido do processo de internacionalização dos direitos fundamentais, demonstrando a importância dos direitos humanos no ordenamento jurídico espanhol. Disserta o autor:

Es um hecho indudable, tras esta enumeración meramente indicativa de textos, que se puede hablar de la existencia de un proceso de internacionalización de los derechos fundamentales. Este panorama se completa señalando las causas que lo justifican y también sus insuficiencias, así como las formas que presenta esta internacionalización de los derechos fundamentales, y los valores que lo impulsan (MARTÍNEZ, 2004, p. 119).

Martínez assevera a importância de um aspecto comunitário e internacional também para os direitos fundamentais que estão intimamente ligadas às necessidades sociais. Neste sentido, “Entre las causas generales, se puede señalar la influencia de la realidad social, abierta cada vez más y superadora de las fronteras nacionales, em el ámbito económico, cultural, educativo, de las comunicaciones, etc” (MARTÍNEZ, 2004, p. 119). Por isso, conclui o autor que na Europa, “Efectivamente en el plano internacional se ha vivido un proceso de humanización que erosiona la soberanía de los Estados” (MARTÍNEZ, 2004, p. 119) o que demonstra uma grande importância dos diplomas normativos internacionais de direitos humanos, tal como dos valores da dignidade da pessoa humana como conteúdo dos direitos fundamentais (AVILÉS, 2000).

Para Cassese (1993) as doutrinas de direitos humanos estavam, desde o século passado, produzindo grandes inovações na comunidade internacional para observação das regras internacionais de comportamento. Nikken (1987) sustenta que os tratados possuem força vinculante no ordenamento espanhol. Guerra (2009) assevera que os direitos humanos necessitam de uma proteção a nível superior ao estatal, enfatizando as declarações e os tratados, sendo discutida a relação entre o

sistema espanhol e o sistema de proteção dos direitos fundamentais da União Europeia (CREGO, 2009).

Gisbert (2005, p. 123) também demonstra a preocupação doutrinária e jurisprudencial com a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos o que evidenciaria uma espécie de direito constitucional europeu. Diz o autor:

Si atendiéramos a los títulos de algunos de los trabajos doctrinales de los últimos tiempos, parecería que el derecho constitucional europeo ya ha nacido o ha emergido plenamente. Lo mismo ocurre al leer las decisiones de los más altos tribunales europeos, en los que nos encontraríamos con afirmaciones relativas a la existencia de una Carta Constitucional de Europa o de una suerte de Derecho Constitucional Europeo fundamentalmente formulado en los tratados constitutivos de la Unión.

Gisbert assevera a existência de duas correntes no direito espanhol, sendo a posição *européista* e a *estatalista*. Nestes termos, a primeira posição se fundamenta nas decisões da Corte de Justiça Europeia e defende a existência de carta constitucional europeia formada pelos tratados internacionais de direitos humanos e pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, com grande importância da Convenção Europeia de Direitos Humanos e nas tradições constitucionais de cada membro (GISBERT, 2005).

Para a posição estatalista, entretanto, não há o que se falar em existência de Constituição Europeia, uma vez que os tratados internacionais, normativas fundantes da União Europeia, estão sujeitos ao consentimento dos Estados, que podem modificá-los ou, inclusive, abandoná-los, existindo, por isso, ordenamentos jurídicos autônomos (GISBERT, 2005).

Após análises materiais e constitutivas, o autor conclui pela existência de uma Constituição da União Europeia, nos seguintes termos:

Podemos, por tanto, concluir que tanto desde el punto de vista constitutivo, como desde el punto de vista material existe una constitución de la Unión Europea pues existen normas jurídicas reguladoras de sus principios estructurales básicos y de la adopción de parámetros substantivos de justicia vinculados a los derechos fundamentales en el marco de un orden abierto a diferentes orientaciones ideológicas (GISBERT, 2005, p. 130).

Pesquisas evidenciam a importância das disposições dos tratados internacionais de direitos humanos, inclusive com ampla relação com a elaboração, avaliação e aplicação das políticas públicas na Espanha. Fernández (2013, p. 50) explicita:

De esta forma, la incorporación de los principios y reglas del Derecho internacional de los derechos humanos como marco normativo de referencia a las políticas públicas se acompaña de un contenido axiológico que condiciona la acción del Estado y favorece una progresiva transformación de la estructura social orientada al respeto, protección y garantía de los derechos humanos por parte de los poderes públicos y el afianzamiento de una cultura pro-derechos humanos en el seno de la sociedad.

Observa-se o posicionamento doutrinário no sentido de utilização dos tratados internacionais de direitos humanos como parâmetro finalístico das políticas públicas, assim como de atuação estatal, corroborando com o que se discute nesta pesquisa.

Etapà (2013) defende que uma vez positivados os direitos humanos no plano internacional, geram obrigações aos Estados de caráter positivo, o que ratifica a importância dos tratados como verdadeiras normas programáticas e norteadoras das políticas públicas.

Importante descrever o posicionamento de Pérez Luño:

Los problemas actuales del constitucionalismo y de los derechos humanos deben ser estudiados desde una perspectiva de totalidad. La sociedad humana es multidimensional y, asimismo, lo son sus problemas éticos, jurídicos y políticos. Por eso, hay que captar la dinámica y compleja red de sus conexiones globales. La tendencia hacia la *globalización* viene impuesta por el carácter interdependiente, multicéntrico y multicultural de los fenómenos que gravitan sobre el horizonte presente del Estado de Derecho y las libertades. (PEREZ LUÑO, 2003, p. 628).

Neste mesmo sentido, García (2013) relaciona a efetivação do direito à saúde pelos tratados internacionais de direitos humanos, havendo um verdadeiro controle das leis, políticas públicas e programas sociais para efetivação do referido direito. Bastos (2010) assevera que é possível realizar a interpretação dos direitos fundamentais com base nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados adequadamente no ordenamento interno, fator que confere a aplicação correta dos referidos direitos, sendo uma obrigação, por parte dos agentes internos.

Em pesquisa jurisprudencial na área do Tribunal Constitucional Espanhol, foi possível encontrar oito decisões que tratam sobre incompatibilidades entre o ordenamento jurídico nacional e os tratados internacionais de direitos humanos, todas publicadas no ano de 2019. As decisões se fundamentam no conceito desenvolvido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas não evidenciam ampla aplicação do instituto, nem discussões referentes à validade das leis no ordenamento jurídico espanhol.

A primeira Sentença é a de número 140/2018, de 20 de dezembro, que evidencia que a análise de convencionalidade no ordenamento jurídico espanhol não é a mesma aplicada no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, mas um mero julgamento de aplicabilidade dos dispositivos normativos:

En suma, el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE, que garantiza “que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6, y 308/2006, de 23 de octubre, FJ 5)” (STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 4) (ESPANHA, 2018).

A Sentença 10/2019 de 28 de Janeiro também aponta posicionamento no mesmo sentido, afirmando que a análise de convencionalidade se demonstra, no ordenamento espanhol como um juízo de aplicabilidade, relacionando-se com o caráter infraconstitucional²⁷. (ESPANHA, 2019a)

²⁷ Neste sentido: Tampoco la eventual contradicción entre la regulación interna (art. 23.4 LOPJ) y los convenios y tratados internacionales relativos a la jurisdicción universal determina, por sí misma, violación alguna del artículo 24.1 CE, pues estamos ante un puro juicio de aplicabilidad (control de convencionalidad) que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria y que tiene, por tanto, con carácter general, una dimensión infra-constitucional.

As decisões no sentido da realização do controle pelo aplicador da norma ao caso concreto se repetem nas Sentenças 23/2019 (ESPANHA, 2019b), 35/2019 (ESPANHA, 2019c), 36/2019 (ESPANHA, 2019d), 80/2019 (ESPANHA, 2019e), 87/2019 (ESPANHA, 2019f) e 118/2019 (ESPANHA, 2019g).

Conclui-se, portanto, pela grande relevância conferida pela Constituição aos tratados internacionais de direitos humanos, tal qual pela doutrina majoritária, inclusive no que se refere à utilização dos tratados como parâmetro de controle de políticas públicas. Entretanto, em que pese o Tribunal Constitucional Espanhol tenha ciência da doutrina desenvolvida pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos sobre o controle de convencionalidade, exarou entendimento reiterado sobre a impossibilidade de controle de validade das legislações tendo em vista os tratados internacionais de direitos humanos, sendo esta uma questão de aplicabilidade da norma que será decidida pelo Magistrado que julgará o caso concreto, evidenciando uma espécie de decisão difusa e concreta.

3.6.5 A aplicação do controle de convencionalidade em determinados países integrantes do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos

Após a análise da parametricidade do controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro e argentino, pode-se verificar a importância que o mecanismo abordado possui para a efetivação dos direitos humanos em alguns dos demais países da América Latina.

A partir da pesquisa jurisprudencial realizada em tópicos anteriores, tem-se que a Corte Interamericana decidiu diversos casos afirmando a aplicabilidade do controle de convencionalidade em diferentes países da América.

No tocante ao direito chileno, contata-se que a Corte Interamericana de Direitos se pronunciou, diretamente, no *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, indicando que o Estado deve aplicar o mecanismo do controle de convencionalidade, por meio do Poder Judiciário, tendo como parâmetro a Convenção Americana, da mesma

forma que a interpretação da Corte acerca dos tratados internacionais de Direitos Humanos.

O Caso "*The Last Temptation of Christ*" (*Olmedo-Bustos et al.*) v. Chile (2016) também merece destaque, uma vez que prevê a obrigatoriedade dos Estados Partes da Convenção Americana de modificarem o direito interno com o objetivo de cumprirem com as obrigações assumidas sobre o tema de direitos humanos:

87. In international law, customary law establishes that a State which has ratified a human rights treaty must introduce the necessary modifications to its domestic law to ensure the proper compliance with the obligations it has assumed. This law is universally accepted, and is supported by jurisprudence.²⁸

Na perspectiva chilena, Humberto Nogueira Alcalá (2013, p. 480) entende o controle de convencionalidade como

[...] un mecanismo que utiliza la CIDH, ya sea en sede contenciosa o consultiva, a través del cual determina la compatibilidad del derecho interno o los actos de agentes de un Estado Parte, a través de una sentencia judicial, en que determina el sentido y alcance de las disposiciones convencionales y, en su caso, ordena al Estado parte, como obligación de resultado, modificar, suprimir o derogar normas de derecho interno y prácticas de agentes estatales contrarias a los atributos y garantías de los derechos asegurados por la CADH y los tratados o convenciones complementarios del sistema [...]²⁹

O doutrinador afirma que a Corte Interamericana possui a competência, por meio de sentença judicial, de ordenar ao Estado parte que modifique, suprima ou derogue normas de direito interno, além de práticas de agentes estatais contrárias ao que dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos.

²⁸ No direito internacional, o direito consuetudinário estabelece que um Estado que tenha ratificado um tratado de direitos humanos deve introduzir as modificações necessárias ao seu direito interno para assegurar o cumprimento adequado das obrigações assumidas. Esta lei é universalmente aceita e é apoiada pela jurisprudência. (Tradução livre).

²⁹ [...] um mecanismo utilizado pela Comissão, seja em sede contenciosa ou consultiva, por meio do qual determina a Compatibilidade de direito interno ou atos de agentes de um Estado-parte, através de uma decisão judicial na determinação do significado e alcance, as suas disposições e, se necessário, ordenam o Estado parte, como uma obrigação de resultado, a modificar, apagar ou revogar regras de direito interno e as práticas de agentes estatais que são contrários aos atributos e as garantias dos direitos assegurados por CADH e tratados ou convenções complementares do sistema.

Entretanto, um caso do ano de 2008 demonstra que o Tribunal Constitucional Chileno não possuía o costume de realizar o controle de convencionalidade do seu direito interno. No caso criminal denominado Aarón Vásquez foi aplicado o artigo 387 do Código Procesal Penal Chileno que assim dispõe:

Artículo 387.- Improcedencia de recursos. La resolución que fallare un recurso de nulidad no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la revisión de la sentencia condenatoria firme de que se trata en este Código. Tampoco será susceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad. No obstante, si la sentencia fuere condenatoria y la que se hubiere anulado hubiese sido absolutoria, procederá el recurso de nulidad en favor del acusado, conforme a las reglas generales.³⁰

Negou-se o direito ao recurso com fundamento de que o Réu foi condenado em duas sentenças, sendo o primeiro julgamento anulado por recurso de nulidade interposto pelo Ministério Público, sendo condenado por força de segunda sentença a uma pena maior que a anterior. Pois bem, pela previsão do citado artigo, o Réu do processo penal deixou de possuir o direito ao Recurso sem ter tido a possibilidade de utilizá-lo (ALCALÁ, 2013).

Portanto, vê-se que a decisão do Tribunal Constitucional Chileno não atentou às disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, tal qual à jurisprudência da Corte Interamericana, de forma específica, na *Ratio Decidendi* do Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2016) que declara a necessidade de se atribuir efetividade e facilidade ao exercício do direito ao Duplo Grau de Jurisdição. Convergem com o referido fator as previsões da Convenção Americana de Direitos Humanos, nos artigos 7 e 25.³¹

³⁰ Artigo 387.- Improcedência de recursos. A resolução deve deixar um apelo de anulação não será sujeita a qualquer recurso, sem prejuízo da revisão da sentença condenatória de que trata este Código.

Também não será passível de recurso a sentença que proferir no novo julgamento a ser efetuado, como resultado da resolução que aceitou o recurso de anulação. No entanto, se a sentença é condenatória e que qualquer anulação houvesse sido absolutória, proceder-se-á com o remédio de nulidade em favor do réu, de acordo com as regras gerais. (Tradução livre).

³¹ Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

No ano seguinte, a partir da sentença Rol 1361-09, o Tribunal Constitucional Chileno passou a utilizar a regra básica de hermenêutica da utilização da norma mais benéfica, com base no *principio pro homine*. A partir daí, assumiu a Corte que se deve aplicar a norma que protege da melhor forma os direitos humanos fundamentais.

Aduz *El Tribunal Constitucional del Ecuador* que determinava, anteriormente à atual constituição do ano de 2008, que as normas sobre direitos humanos e a jurisprudência da Corte Interamericana constituíam-se em parâmetro de controle de constitucionalidade das normas internas infraconstitucionais. *La Corte Constitucional de Guatemala* também determinou que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos integram-se à ordem constitucional (ALCALÁ, 2013).

No prisma do México, Mac-Gregor assinala que o mecanismo do controle de convencionalidade é o exame de compatibilidade que sempre deve ser realizado entre os atos e normas nacionais, tendo como parâmetro a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, seus Protocolos Adicionais, assim como a jurisprudência da Corte Interamericana (MAC-GREGOR, 2013).

Entende o Juiz da Corte Interamericana que esta possui o poder de exercer um controle de convencionalidade relacionado aos casos contenciosos submetidos à análise pela manifestação internacional concentrada do mecanismo. Enfatiza a importância da realização do controle difuso de convencionalidade pelos juízes e tribunais afirmando que “El control difuso de convencionalidad consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre los actos y

[...]

Artigo 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.

normas nacionales, y la CADH, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte IDH [...]” (MAC-GREGOR, 2013, p. 549).³²

No sentido da obrigatoriedade da aplicação do Controle de Convencionalidade pelos Tribunais do Estado Mexicano é o entendimento da *Suprema Corte de Justicia de la Nación de México* demonstrado na sessão pública datada de 12 de julho de 2011, que “Es mayoría de siete votos en el sentido de que todos los tribunales del Estado Mexicano deben ejercer el control de convencionalidad.”³³

Sustenta a referida Corte:

En realidad, como ustedes ya bien lo han hecho notar, la Corte Interamericana hace una interpretación del artículo 57 del Código de Justicia Militar de nuestro país, y llega a la conclusión de que es contraria al artículo 8.1 –me parece– de la Convención de Derechos Humanos, y ésta es la interpretación que le sirve de base para llegar a la conclusión de que el fuero militar se debe restringir; es decir, es parte de la misma argumentación, el párrafo 339 está dentro de este contexto, y por eso dice: Los jueces del Estado Mexicano tienen que llevar a cabo un control de convencionalidad. ¿Por qué? Porque estoy advirtiendo que ese artículo 57 del Código de Justicia Militar resulta contrario a los principios de la Convención.³⁴

No discutido caso *Cabrera-García and Montiel-Flores Vs. Mexico*, pronunciou-se a Corte Interamericana acerca da necessidade da aplicação do controle de convencionalidade pelo Poder judiciário do Estado do México.

233. De tal manera, como se indicó en los Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas

³² O controle difuso de convencionalidade consiste no dever dos juízes nacionais em realizar um exame de Compatibilidade entre atos e normas nacionais, e a CADH, os seus protocolos adicionais, e a jurisprudência da Corte Interamericana. (Tradução livre).

³³ É maioria de sete votos no sentido de que todos os tribunais no estado mexicano devem exercer o controle de convencionalidade. (Tradução livre)..

³⁴ Na verdade, a Corte Interamericana faz uma interpretação do artigo 57 do Código de Justiça Militar do nosso país, e conclui que é contrário ao artigo 8.1 da Convenção de direitos humanos, e esta é a interpretação que serve como uma base para concluir que os tribunais militares devem se restringir; ou seja, é parte do mesmo argumento, nº 339 está dentro deste contexto, e por isso diz: Os juízes do Estado mexicano devem realizar um controle de convencionalidade. Por quê? Porque eu estou advirtendo que o artigo 57 do Código de Justiça Militar é contrário aos princípios da Convenção. (Tradução livre).

armadas. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar (infra párr. 234), en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario.³⁵

Com relação aos julgados pelo Tribunal Constitucional do Estado do Perú, extrai-se a posição de que há uma obrigação imposta aos juízes que compõem o Poder judiciário interno de se aplicar, em sede nacional, as disposições da Corte Interamericana de Direitos Humanos, além dos critérios jurisprudenciais estabelecidos pela referida corte acerca do ordenamento jurídico interno (BELAUNDE; MANCHEGO, 2013).

Esse posicionamento reforça a aplicação do mecanismo do controle de convencionalidade difuso pelos juízes de primeiro grau e Tribunais em geral com a observância do entendimento da última intérprete da Convenção, como demonstra a *Sentencia del Tribunal Constitucional* EXP. N.º 01458-2007-PA/TC:

3. Este Tribunal se ha pronunciado respecto a este tema en la STC N° 5854-2005-AA/TC, estableciendo que “Tal como lo dispone el artículo 55° de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. De esta manera, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son Derecho válido, eficaz y en consecuencia inmediatamente aplicable al interior del Estado.

Los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

En tal sentido, el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y

³⁵ Assim, como observado nos casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega e Rosendo Cantú, é necessário que as interpretações constitucionais e legislativas relativas aos critérios de material e competência pessoal da jurisdição militar no México, se adequem com os princípios estabelecidos na jurisprudência desta Corte que foram reiterados no presente caso, e que se aplicam a qualquer violação dos direitos humanos cometida supostos membros das forças armadas. Isto implica que, independentemente de as reformas legais que o Estado deve adotar, neste caso corresponde às autoridades judiciais, baseado no controle de convencionalidade, fornecer imediatamente e ex officio o conhecimento dos fatos ao juiz, ou seja, aos tribunais criminais comuns.

por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones.³⁶

A aplicação do mecanismo do controle de convencionalidade fica mais nítida no momento em que o Tribunal Constitucional do Peru reconhece, de forma implícita, a prevalência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao estabelecer que se deve aplicar o controle de convencionalidade difuso com a finalidade de salvaguardar os direitos humanos fundamentais previstos na Convenção Americana (BELAUNDE, 2013).³⁷

9. Pues bien, expuestos los alcances de este último límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, este Tribunal advierte que, como toda regla, ésta tiene sus excepciones. A saber:

(i) En primer término, la restricción de efectuar el control de constitucionalidad respecto de una ley cuya validez fue confirmada por este Tribunal, no rige en todos aquellos casos en los que la ley, posteriormente, haya sido declarada nula o sin efectos jurídicos por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos por un Tribunal Internacional de Justicia en materia de derechos humanos al cual el Estado peruano se encuentre sometido a su competencia contenciosa.

Ese es el caso, por ejemplo, de las Leyes de Amnistía N.os 26479 y 26492, que fueron consideradas incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia Caso Barrios Altos, de 18 de septiembre de 2003 (Cf. STC 0275-2005-PH/TC).

³⁶ Este Tribunal se pronunciou sobre esta questão na STC No. 5854-2005-AA / TC, afirmando que Conforme previsto no artigo 55 da Constituição, os tratados celebrados pelo Estado e em vigor são parte da legislação nacional. Assim, os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado peruano, pertencem ao direito interno, são válidos, eficazes e, portanto, imediatamente aplicáveis dentro da lei estadual.

Os direitos fundamentais reconhecidos pela nossa Constituição devem necessariamente ser interpretadas em conformidade com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Peru e de acordo com as decisões tomadas pelos tribunais internacionais sobre os direitos humanos estabelecidos por tratados de que o Peru faz parte (Quarta final e disposição transitória da Constituição e do artigo V do Código de Processo Constitucional preliminar).

Neste sentido, o exercício interpretativo que se realize qualquer tribunal do Estado (ou funções materialmente jurisdicionais) para determinar o conteúdo protegido constitucionalmente dos direitos fundamentais, deve ser obrigatoriamente informado pelas disposições dos tratados internacionais de direitos humanos e pela interpretação dos tribunais internacionais de direitos humanos através das suas decisões. (Tradução livre).

³⁷ Bem, expostos os alcances deste último limite ao exercício de controle judicial de constitucionalidade das leis, este Tribunal observa que, como qualquer regra, esta tem suas exceções. A saber:

(I) Primeiro, a restrição de efetuar o controle de constitucionalidade sobre uma lei cuja validade foi confirmada pelo Tribunal, não se aplica em todos os casos em que a lei foi posteriormente declarada nula ou sem efeito legal pela sua incompatibilidade manifesta com tratado de direitos humanos para um Tribunal Internacional de Justiça sobre os direitos humanos dos quais o Estado peruano está sujeita à sua competência contenciosa.

Esse é o caso, por exemplo, das Leis de Anistia nºs 26479 e 26492, que foram considerados incompatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Julgamento Barrios Altos caso de 18 de Setembro 2003.

Identifica-se, a partir do referido julgado, que o Tribunal Constitucional do Peru reconhece quando determinada lei do ordenamento jurídico interno é inconvenional, mesmo quando esta inconvenionalidade é declarada pela Corte Interamericana de Direitos. No caso em questão há, como exemplo, as leis de anistia de números 26479 e 26492.

Convergente é a referência da Corte Interamericana aos julgados do Tribunal Constitucional do Peru, no caso *Cabrera-García and Montiel-Flores Vs. Mexico*, com o objetivo de evidenciar a força do mecanismo do controle de convencionalidade em relação ao Estado do Peru e a vinculação das sentenças da própria Corte Interamericana e a força normativa da Convenção Americana, que cooperam com a segurança jurídica do Estado Peruano e com a efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais. Seguem os trechos utilizados pela Corte Interamericana:

La vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la C[orte Interamericana], reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.³⁸

se desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano.³⁹

³⁸ O carácter vinculativo dos acórdãos da Corte Interamericana não se esgota na sua parte dispositiva (que certamente atinge apenas o Estado que é parte no processo), mas estende-se a sua fundação ou a *ratio decidendi*, não acrescentou que, pela regra do quarta disposição final transitória da Constituição e do artigo V do Título preliminar, nesta área a decisão é vinculativa para todo o poder público nacional, mesmo em os casos em que o Estado peruano não foi parte do processo. Na verdade, a capacidade interpretativa e aplicativa da Convenção que tem a Corte Interamericana, reconhecido no artigo 62.3 do Tratado, juntamente com o mandato do CDFT da Constituição, torna a interpretação das disposições da Convenção obrigatória para todos os órgãos de governo, incluindo, é claro, ao Tribunal. (Tradução livre).

³⁹ [...] Se segue a vinculação direta entre a Corte Interamericana e este Tribunal Constitucional; vinculação que tem uma dupla vertente: por um lado, reparadora, pois interpretado o direito

Necessário, ainda, demonstrar o avanço que o direito interno uruguaio obteve com a promulgação da lei 18.515 que dispõe no seu artigo 3º a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Convenção Americana Sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos como princípios norteadores da interpretação de normas jurídicas.

Artículo 3º.- Agrégase al artículo 1º de la Ley N° 16.099, de 3 de noviembre de 1989, el siguiente inciso:

"Constituyen principios rectores para la interpretación, aplicación e integración de las normas civiles, procesales y penales sobre expresión, opinión y difusión, relativas a comunicaciones e informaciones, las disposiciones consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, se tomarán en cuenta muy especialmente los criterios recogidos en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Americana de Derechos Humanos y en las resoluciones e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, siempre que ello no implique disminuir los estándares de protección establecidos en la legislación nacional o reconocidos por la jurisprudencia nacional".⁴⁰

Inseriu-se na lei 16.099 de 3 de novembro de 1989 do Estado do Uruguai o referido inciso que prevê, expressamente, as disposições consagradas na Convenção Americana de Direitos Humanos, na Declaração Universal de Direitos Humanos, bem como no Pacto Americano dos Direitos Civis e Políticos como princípios norteadores de interpretação, aplicação e integração de normas civis, processuais e penais sobre a expressão, opinião e difusão dos meios de comunicação e informação.

O inciso em questão demonstra a força que as sentenças e opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as resoluções e informes da Comissão

fundamental violado à luz das decisões da Corte, é otimizada a possibilidade de atribuir-se uma adequada e eficaz proteção; e, por outro, preventiva, pois mediante sua observância se evitam as nefastas consequências institucionais que proporcionam as sentenças condenatórias da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a segurança jurídica do Estado peruano. (Tradução livre).

⁴⁰ Artigo 3. Agrega-se ao Artigo 1º da Lei No. 16,099, de 3 de novembro de 1989, o seguinte parágrafo: Constituem princípios orientadores para a interpretação, aplicação e integração de regras civis, processuais e penais sobre expressão, de opinião e divulgação, relativa às comunicações e informações, as disposições consagradas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Assim mesmo, se tomarão em conta os critérios estabelecidos nas sentenças e pareceres consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as resoluções e relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sempre que estes impliquem não diminuir os padrões mais baixos de proteção do direito nacional ou reconhecidos pela legislação nacional. (Tradução livre).

Interamericana de Direitos Humanos possuem no sentido da proteção dos direitos humanos fundamentais. Observa-se, aqui, que o direito uruguaio ofereceu a devida importância à jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, aplicando o princípio da norma mais benéfica, quando a legislação nacional assim dispuser. Sobre o tema se posiciona a doutrina uruguaia:

El artículo importa una novedad para el Derecho interno uruguayo, en cuanto consagra **principios rectores** para la interpretación, aplicación e integración de las normas que individualiza.

Ellos son las disposiciones de los tres instrumentos que menciona, así como las sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH, las resoluciones e informes de la Comisión IDH.

Entre otros obligados a ajustarse a dichos principios encontramos a los jueces, esto es, en general, los soportes de los órganos jurisdiccionales.

El contenido dispositivo puede vincularse, entre otros aspectos, con el control jurisdiccional de convencionalidad de "las normas civiles, procesales y penales sobre expresión, opinión y difusión, relativas a comunicaciones e informaciones". Es claro que de ello no debe seguirse que sea posible interpretar que se estén excluyendo los mentados principios rectores respecto de otras normas, aunque con la necesidad de precisar la referencia a las resoluciones e informes de la Comisión IDH. (GALLICCHIO, 2013, p.678).⁴¹

Um fato que demonstra de forma evidente que o Poder Judiciário do Uruguai realiza o Controle de Convencionalidade do seu ordenamento interno é o proferimento da sentença nº 365 pela Suprema Corte de Justicia. O caso concreto em questão resume-se no fato de que a Corte declarou por sentença expedida por maioria de três contra dois a Constitucionalidade da Lei 15.848 que prevê, no seu artigo 1º:

CAPITULO I

Artículo 1

Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles

⁴¹ O Artigo importa em uma novidade para o direito nacional uruguaio, como princípios orientadores consagrados para a interpretação, aplicação e integração de normas que o individualize.

Eles são as disposições dos três instrumentos mencionados, bem como julgamentos e opiniões consultivas da Corte Interamericana, resoluções e relatórios do Comissão IDH.

Entre outros obrigados a observarem esses princípios estão os Juízes, que são os suportes dos órgãos jurisdiccionais.

O conteúdo do dispositivo pode ser ligado, entre outras coisas, com o controle jurisdiccional de convencionalidade de "regras civis, processuais e penais sobre expressão, de opinião e divulgação, relativas às comunicações e informações." É claro não deve seguir-se que seja possível interpretar que se estão excluindo os mencionados princípios orientadores no que diz respeito a outras normas, mas com a necessidade de clarificar a referência às resoluções e relatórios do Comissão HDI. (Tradução livre).

políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto. (*)⁴²

Todavía, diversos pronunciamentos, de diferentes órgãos, se posicionavam de forma contrária à referida lei. Dentre estes órgãos, pode-se fazer referência ao Comitê de Direitos Humanos do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, no ano de 1988 (CPR/C/322) e em 1993 (CCPR/79), tal como à Comissão Interamericana de Direitos Humanos no ano de 1992 (informe 29/92) que entenderam a caducidade da pretensão punitiva estatal, neste caso, como algo que violaria o Pacto de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos (GALLICCHIO, 2013).

Fato é que, em 19 de outubro de 2009, a Suprema Corte de Justiça declarou a inconstitucionalidade dos artigos 1, 3 e 4 da referida lei, por meio da sentença nº 365/2009⁴³, sendo ainda a jurisprudência mantida pela Corte em outros casos concretos pelo chamado instituto de resolução antecipada (GALLICCHIO, 2013).

Confere-se que mesmo sem a utilização do termo “controle de convencionalidade” o realizado pela Suprema Corte de Justiça uruguaia se adequa perfeitamente ao conceito do referido mecanismo. Indiscutível é o fato de que o Poder judiciário do Uruguai entende a importância do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos para a efetivação dos Direitos Fundamentais. A Corte Suprema frisa que a Corte Interamericana declarou, em diversos casos, nulas legislações de anistia por violarem os direitos humanos. Explicitam, ainda, que a Corte internacional indica que os juízes e tribunais nacionais devem aplicar as normas internacionais frente às leis contrárias à finalidade daquelas. Vale a transcrição do trecho:

En el ámbito jurisdiccional, cabe recordar algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declaran nulas Leyes de

⁴² Reconhece-se que, como consequência da lógica dos acontecimentos decorrentes do acordo entre os partidos políticos e as forças armadas em agosto de 1984 e, a fim de concluir a transição para a ordem constitucional, tem caducado o exercício da pretensão punitiva Estatal por crimes cometidos até 1 de Março de 1985 por funcionários militares e policiais, equiparados e assimilados por motivos políticos ou durante o desempenho das suas funções e por ocasião de ações ordenadas pelos comandantes na ocasião do cumprimento de suas funções e na ocasião das ações ordenadas que atuaram durante o período de fato. (Tradução livre).

⁴³ Suprema Corte de Justicia del Uruguay. Disponível em: <<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>> Acesso em: 28/09/2016.

amnistía dictadas para impedir el castigo de los responsables de violaciones graves de derechos humanos y que establecen el deber de los jueces y tribunales nacionales de velar por la aplicación de las normas internacionales frente a “Leyes contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”⁴⁴

A partir da análise do entendimento da grande maioria dos Poderes Judiciários dos Estados do continente Americano, confere-se que os tratados internacionais de direitos humanos formam, com o texto das respectivas Constituições o denominado “bloque de constitucionalidad” conceituado “como al grupo normativo que engloba determinados principios y disposiciones materialmente constitucionales, pero que no se encuentran expresamente incluidos dentro del texto de la Constitución documental.” (FORMENTO; DEL PIAZZO, 2012).

A doutrina prevê o denominado bloco de convencionalidade que pode ser entendido, no sistema de proteção interamericano de direitos humanos como:

o conjunto de normas materiais e formais do Pacto de São José da Costa Rica, que serviram como parâmetro para análise da compatibilidade de uma norma nacional à garantia e proteção dos direitos humanos. Vale apontar que, a não compatibilidade de uma norma interna com o bloco de convencionalidade resulta na não produção de efeitos jurídicos daquela, sendo que sua própria existência – da lei interna – já carece de efeitos jurídicos por si própria, por ser inconvencional. (GONÇALVES, 2013, p. 417)

No citado caso *Cabrera-García and Montiel-Flores Vs. Mexico* a Corte Interamericana de Direitos Humanos dedica os parágrafos 226 ao 233 para demonstrar a aplicação do controle de convencionalidade pelo Poder Judiciário de determinados países. Além dos trechos descritos, merecem destaque a referência da Corte Interamericana aos demais países do referido continente.

A Corte explicita, na citada decisão, que os tribunais das mais altas hierarquias se referem e têm aplicado o controle de convencionalidade, considerando as interpretações efetuadas pela própria Corte Interamericana. Comprovam isso com a seguinte decisão da Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica:

⁴⁴ No âmbito jurisdicional, recorde-se algumas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos que declararam leis de anistia nulas para impedir a punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos e estabelecem o dever de órgãos jurisdicionais nacionais para garantir a aplicação das normas internacionais frente às “leis contrárias ao objecto e finalidade e que desde o início carecem de qualquer efeito jurídico.

debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio- el mismo valor de la norma interpretada.⁴⁵

A referida Corte fundamenta-se, ainda, no posicionamento do Tribunal Constitucional da Bolívia que determinam a Convenção Americana de Direitos Humanos como norma que compõe o “bloque de constitucionalidad”, nos seguintes termos:

En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, est[á] constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la C[orte] Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico”, debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad.⁴⁶

Continua a fundamentação da Corte Interamericana, ao fazer referência à Suprema Corte de Justiça da República Dominicana que institui o carácter vinculante para o Estado Dominicano às normas da Convenção Americana de Direitos Humanos e a interpretação dada pela Corte Interamericana:

en consecuencia, es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de ésta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes.⁴⁷

⁴⁵ Deve advetir-se que, se a Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão natural para interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos [...], a força da sua decisão de interpretar a convenção e processar as leis nacionais à luz desta legislação, em casos contenciosos ou em uma mera consulta, terá o princípio o mesmo valor da norma interpretada. (Tradução livre).

⁴⁶ Na verdade, o Pacto de San José da Costa Rica, como uma norma que compõe o bloco de constitucionalidade, está constituído em três partes essenciais, estritamente ligadas umas às outras: a primeira, que compreende o preâmbulo, a segunda denominada de dogmática e o terceiro relativo à parte orgânica. Precisamente, o Capítulo VIII deste instrumento regula a Corte Interamericana de Direitos Humanos, portanto, seguindo um critério de interpretação constitucional "sistêmico", deve ser estabelecido que este órgão e, portanto, as decisões que dele emanam são parte também neste bloco constitucional. (Tradução livre).

⁴⁷ Por conseguinte, são vinculativas para o Estado dominicano e, portanto, para o Judiciário, não só as regras da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas suas interpretações dadas pelos tribunais, criadas como um meio de proteção, como o seu artigo 33º, que confere competência para conhecer as questões relacionadas com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados partes. (Tradução livre).

Demonstra ainda a decisão o fato de que a Corte Constitucional do Estado da Colômbia entende que os direitos e deveres constitucionais devem ser interpretados em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados no estado e que a jurisprudência das chamadas “instâncias internacionais” constituem um critério hermenêutico para que se estabeleça o sentido das normas constitucionais de direitos fundamentais. Nota-se aqui, que os tratados de direitos humanos possuem um caráter tão forte que servem como norteadores para as disposições constitucionais do Estado da Colômbia.

232. Además, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que en virtud de que la Constitución colombiana señala que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, se deriva “que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”.⁴⁸

A partir de toda a jurisprudência citada, além da doutrina internacional analisada, observa-se que a grande maioria dos países da América Latina aplica o mecanismo do Controle de Convencionalidade, atribuindo uma grande importância aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e às decisões da Corte Interamericana de Direitos.

Em estudo sobre o tema, Thiago Moreira (2018) realizou estudo da aplicação do controle de convencionalidade em oito países latino-americanos, dispondo estes países na ordem de atribuição de maior relevância ao referido controle, em ordem decrescente os países: México, Argentina, Peru, Panamá, Nicarágua, Uruguai, República Dominicana e Venezuela.

Constata-se que devem haver verdadeiras interações judiciais transnacionais entre as próprias Cortes Supremas da América Latina e entre estas e a Corte

⁴⁸ Além disso, a Corte Constitucional da Colômbia tem assinalado que, em virtude do fato que a Constituição colombiana afirma que os direitos e deveres constitucionais devem ser interpretados "de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela Colômbia" se deriva "que a jurisprudência das instâncias internacionais, responsáveis pela interpretação desses tratados, é um critério hermenêutico relevante para estabelecer o significado das disposições constitucionais sobre os direitos fundamentais. (Tradução livre).

Interamericana de Direitos Humanos, devendo ser observada essa interação também pelo Poder judiciário brasileiro. Assevera Soliano (2014, p. 136):

O que se quer dizer é que a *forma de construção de decisões judiciais* não se encontra exclusivamente atrelada a elementos diretamente extraídos da ordem jurídica respectiva. Através das interações judiciais transnacionais, os elementos desta ordem são rearticulados e ressignificados através de perspectivas advindas de fora da ordem.

Todavia, o Controle de Convencionalidade ainda não possui a aplicação ideal no direito brasileiro, sendo ainda desconhecido por grande parcela dos operadores do direito. Não se visualiza, com frequência, a utilização do instituto em Decisões dos Tribunais brasileiros ou Juízes singulares, demonstrando que um mecanismo tão importante na efetivação dos direitos humanos fundamentais não está sendo útil para o sistema jurídico brasileiro. Conci (2012) assevera que o controle de convencionalidade é uma exigência para as autoridades que aplicam o direito interno e, a partir disso, o direito brasileiro se aproximará do praticado nos demais estados nacionais latino-americanos no tema dos direitos humanos.

Necessário investigar a compatibilidade da aplicação do referido controle no ordenamento jurídico pátrio. Deste modo, de maneira específica, será verificada a compatibilidade do instituto para que sejam efetivados os direitos fundamentais no Brasil. Somente deste modo é que o Estado brasileiro acompanhará a evolução da América Latina no tema dos direitos humanos internacionais.

3.7 A APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, é possível conferir a possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade, mesmo que com sua parametricidade reduzida, devendo ser aplicado o denominado controle de suprallegalidade.

O Ministro Teori Zavascki, na ADI 5240 de 20 de agosto de 2015, identificou que o controle de convencionalidade deve ser aplicado salientando que, no tema das audiências de custódia, considerando a hierarquia dos tratados definida pelo

Supremo, o controle deve ser exercido, aferindo-se a compatibilidade entre a norma legal e a supralegal.

Sobre a aplicação do controle de convencionalidade no ordenamento pátrio, Mazzuoli (2015, p. 240) enfatiza a sua concepção acerca da posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos:

Dessa inovação advinda da EC 45 veio à tona (e passou a ter visibilidade entre nós) um novo tipo de controle das normas de Direito interno: o controle de *convencionalidade* das leis, que nada mais é do que o processo de compatibilização vertical (sobretudo *material*) das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos. À medida que os tratados de direitos humanos ou são *materialmente* constitucionais (art. 5.º, § 3º), é lícito entender que o clássico “controle de constitucionalidade” deve agora dividir espaço com esse novo tipo de controle (“de convencionalidade”) da produção e aplicação da normatividade interna.

A Constituição Federal é a norma essencial do nosso ordenamento jurídico. Estabelece preceitos fundamentais, a organização do Estado, dos poderes, garante direitos e garantias individuais e sociais e fixa os objetivos da República Federativa do Brasil. Estando a Constituição Federal no topo da “pirâmide” do ordenamento jurídico brasileiro, nenhuma disposição infraconstitucional pode contrariar o disposto na norma brasileira. É importante verificar a aplicação prática do mecanismo do controle de convencionalidade.

3.7.1 Casos concretos que evidenciam a importância do controle de convencionalidade

Discutida a possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro, deve-se realizar a análise de casos concretos que demonstram a importância do mecanismo, assim como o avanço que este pode proporcionar em relação aos direitos humanos.

O caso concreto mais emblemático para estudo é o do julgamento do Recurso Extraordinário de nº 466.343-SP em que o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a alegação da inconstitucionalidade da prisão civil do devedor

fiduciante em contrato de alienação fiduciária em garantia, sendo discutido, para tanto, o disposto no artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal.

Nesta decisão houve, ainda, o estabelecimento da discutida teoria da supralegalidade dos tratados internacionais não incorporados pelo parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição. Como a Convenção Americana de Direitos Humanos foi promulgada por Decreto Legislativo no ano de 1992, isto é, anteriormente à Emenda Constitucional 45/2004, esta não passou pela votação de *quorum* qualificado previsto, possuindo, portanto, segundo o Supremo Tribunal Federal o status de supralegal e infraconstitucional.

A Convenção Americana de Direitos Humanos prevê, em seu artigo 7º, que trata do direito da liberdade pessoal que ninguém deve ser detido por dívidas, salvo em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar. De forma diversa, indica o artigo LXVII que não haverá prisão civil por dívida, salvo em casos específicos de obrigação alimentícia e a do depositário infiel, elencando aqui uma hipótese a mais de prisão civil por dívida. O Código Civil ainda prevê no seu artigo 652 a possibilidade da prisão do depositário infiel, havendo, aqui, uma contradição entre a Lei Civil e a Convenção Americana.

Com a referida decisão do Supremo Tribunal Federal e tendo em vista o caráter supralegal dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, o artigo 652 do Código Civil teve a sua eficácia paralisada. É o que assevera o Ministro Gilmar Mendes, em seu Voto Vogal do Recurso Extraordinário 466.343-SP:

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.

Havendo decisão no sentido da infraconstitucionalidade da Convenção Americana, como compatibilizar o disposto na Constituição Federal ao que prevê a referida Convenção? Para resolver este conflito, o Supremo editou a Súmula Vinculante 25 que estabelece: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

Deste modo, pelo fato de não entender pelo caráter automaticamente constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional 45/2004, utilizou-se o Supremo de uma ferramenta diferenciada, declarando, simplesmente, a inaplicabilidade de parte da norma originária da Constituição Federal. Este caso ratifica uma posição que enseja o questionamento da referida decisão de infraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos não aprovados pelo rito previsto no § 3º do artigo 5º da Constituição Federal e demonstra que o ordenamento jurídico da Argentina evidencia uma maior preocupação, teórica e prática, sobre a efetividade dos direitos humanos.

O caso que envolveu a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes também evidencia, de forma indireta, a importância da aplicação do Controle de Convencionalidade ao ordenamento jurídico interno. Sumariamente, Maria da Penha foi vítima de tentativa de homicídio, havendo informações de que seu cônjuge, Marco Antônio Heredia Viveiros efetuou disparo com arma de fogo, em suas costas, enquanto dormia, tendo deixado a vítima paraplégica. O ofensor foi condenado pelo crime. Todavia, devido a mecanismos processuais usufruiu da liberdade. (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2016).

No ano de 1994, a farmacêutica publicou o livro intitulado “Sobrevivi... Posso Contar” que foi instrumento para que, no ano de 1998, o Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, tal como o Centro pela Justiça e o Direito Internacional denunciassessem o Estado brasileiro na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos.

Denunciou-se a violação dos artigos 1(1) que prevê a obrigação de respeitar os direitos humanos fundamentais, o 8º que fixa as Garantias judiciais, o artigo 24 que sustenta a isonomia e o artigo 25 da Proteção judicial, todos estes da Convenção Americana. Fundamentou-se a denúncia nos artigos II e XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Foi invocada a Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher) nos seus artigos 3, 4, 5 e 7.

Após a análise do caso, a Comissão Interamericana listou diversas recomendações ao Estado brasileiro, dentre estas completar de forma rápida e efetiva o processamento penal do caso em questão, proceder com sérias investigações aos atrasos injustificados, reparar a vítima de maneira simbólica e material, bem como prosseguir e intensificar o processo de reforma para que se evite a tolerância estatal e a violência doméstica familiar.

Ora, se o sistema jurídico brasileiro observasse os citados tratados internacionais de direitos humanos, assumir-se-ia a necessidade de adequar o ordenamento interno ao que dispõem as normas internacionais. Com o controle de convencionalidade tendo como parâmetro o referido tratado, poderia ser ajuizado, conforme entendimento demonstrado aqui, uma espécie de “Ação Direta de Inconvencionalidade por Omissão”, para que fosse regulamentada a proteção à mulher. Deste modo, haveria uma menor probabilidade de o Estado brasileiro ter sido recomendado pela Comissão Interamericana e principalmente ter permitido a violação dos direitos humanos fundamentais da mulher. Fato é que, somente após o Relatório da Comissão foram criados os mecanismos para coibir a violência doméstica familiar contra a mulher pela Lei nº 11.343 de 07 de agosto de 2006.

Grigolon e Amaral (2018) asseveram que o Brasil ainda passa por fase de positivação tardia das legislações, o que evidencia a impotência do juízo de convencionalidade, no sentido de promover a adequação legislativa brasileira aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, enfatizando-se a proteção da mulher contra a violência.

O caso Gomes Lund et al. V. Brasil evidencia a contribuição que o mecanismo do controle de convencionalidade oferece ao ordenamento jurídico brasileiro, para que sejam efetivados os direitos humanos fundamentais. Foi editada a lei de Anistia que extinguiu a possibilidade de punibilidade aos criminosos pelo sistema jurídico brasileiro. Foi, portanto, ingressada uma Ação Civil Pública contra o Estado brasileiro que foi inefetiva.

A Corte Interamericana de Direitos indica, de forma explícita, que o Brasil deve aplicar o mecanismo do controle de convencionalidade para que não ocorram casos

de violação aos direitos humanos fundamentais. Salientou, ainda, que o Supremo Tribunal Federal se manteve omissivo quanto à aplicação do controle de convencionalidade e que o Estado brasileiro deve cumprir as obrigações voluntariamente contraídas. Este é o entendimento da Corte Interamericana de direitos demonstrado em trecho específico da decisão do caso Gomes Lund et al. vs. Brasil transcrito no presente trabalho. Koike (2014, p. 151) evidencia que “a execução da sentença no Caso Gomes Lund pode significar um expressivo passo do Brasil no sentido da afirmação dos direitos humanos”.

Em determinadas situações o Brasil atentou às tendências internacionais para a proteção dos direitos fundamentais. O processo de elaboração da Convenção sobre os Direitos da Criança, na década de 1980 estimulou o constituinte brasileiro a inserir o artigo 227 da Constituição Federal que proporcionou a mudança da doutrina aplicada no Brasil referente à situação irregular, passando a ser a da proteção integral.

Deste modo, com a Convenção dos Direitos da Criança adotada pelas Nações Unidas no ano de 1989, mesmo antes de ter a promulgado pelo Decreto Legislativo de nº 99.710, de 21 de Novembro de 1990, o Brasil, no mesmo ano, na data de 13 de julho promulgou a Lei 8.069 conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Há a possibilidade, neste caso, da utilização do mecanismo do controle de convencionalidade ou de suprallegalidade (pela teoria do Supremo Tribunal Federal) do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo como parâmetro a Convenção sobre os Direitos da Criança, caso necessário.

Na seara trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar o Recurso de Revista RR-1072-72.2011.5.02.0384 na data de 24 de setembro de 2014 aplicou o controle de convencionalidade difuso, definindo, de forma unânime, a inconveniência do artigo 193, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho por violar as Convenções 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho. O referido parágrafo do artigo 193 da Consolidação das Leis do Trabalho prevê: “§ 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja

devido.” Neste sentido é o voto no Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, no Processo RR - 1072-72.2011.5.02.0384 (TST, 2014):

Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT.

Deste modo, o Tribunal Superior do Trabalho cumpriu o quanto foi determinado pela Corte Interamericana ao aplicar o controle de convencionalidade na modalidade difusa, promovendo desta forma a aplicação dos direitos humanos fundamentais. Esse caso concreto evidencia a importância do citado mecanismo, sendo tutelado o próprio trabalho que se constitui em “um valor básico da vida humana” (PAMPLONA FILHO, 2005, p. 335).

Discussões mais amplas sobre o controle de convencionalidade em matéria laboral, têm surgido a partir da Lei 13.467/2017, também intitulada como reforma trabalhista, inaugurando-se oportunidade para que seja exercitado o referido controle nos aspectos dos direitos sociais (CORDEIRO, 2018). Esse foi o posicionamento, inclusive, do Supremo Tribunal Federal ao analisar o art. 394-A⁴⁹ da CLT na ADI 5938, salientando-se a importância da Constituição Federal e dos tratados da OIT na saúde da trabalhadora gestante e lactante que não podem ser obrigadas a exercerem labor em ambientes insalubres, tendo sido julgada procedente a aludida ADI.

⁴⁹ Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;

(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, ~~quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;~~ (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vide ADIN 5938)

III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, ~~quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.~~ (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vide ADIN 5938)

Reitere-se: o ordenamento jurídico constitucional brasileiro possui como equivalente à emenda constitucional a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tal como o seu Protocolo Facultativo, ambos promulgados pelo Decreto Legislativo nº 6.949 de 2009 e aprovados pelo *quorum* qualificado, além do tratado de Marraqueche.

Foi instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146 de 2015) que, conforme o seu artigo 1º, parágrafo único, possui como base a Convenção sobre os direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo facultativo. No caso de determinada disposição da Lei ser incompatível com a Convenção, deverá ser aplicado o controle de convencionalidade na modalidade difusa ou concentrada, tendo em vista que até o Supremo Tribunal Federal reconhece o status constitucional da referida Convenção. Com a utilização destes diplomas normativos o Brasil possui um instrumento primordial para que não ocorram mais casos como o de Damião Ximenes Lopes com o desrespeito dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

Em decisão recente do Supremo Tribunal Federal, confere-se o caráter indispensável da aplicação do controle de convencionalidade. Trata-se do Habeas Corpus de nº 126292, que foi julgado na sessão da data de 17 de fevereiro de 2016, tendo entendido a nossa Suprema Corte a possibilidade a execução antecipada da pena condenatória, após decisão de segundo grau.

Ora, o artigo 5º, inciso LVII é expresso ao estabelecer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Neste sentido converge a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, reafirmando o consagrado princípio da presunção de inocência no seu artigo 8 (2): “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.” Diante disso, afirma categoricamente, Moreira (2016) que “A decisão do Supremo Tribunal Federal representa afronta à jurisprudência do Supremo e ao princípio da presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal)”. Como se não bastasse, o Código de Processo Penal prevê em seu artigo 283 que:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

A Decisão foi ratificada pela própria Corte Suprema nas decisões das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 do Distrito Federal em que os autores das ações, o Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) alegaram que o julgamento do Habeas Corpus nº 126292 vem gerando grande controvérsia jurisprudencial sobre o princípio da presunção de inocência. Entretanto, o Supremo continuou com o entendimento de que não há o impedimento do início da execução antecipada da pena após condenação em segunda instância tendo sido realizado o julgamento em outubro de 2016. Conclui-se, deste modo, que o controle de convencionalidade pode também contribuir de forma significativa no que tange a determinadas decisões do Poder Judiciário.

Caso a parametricidade do controle de convencionalidade do ordenamento jurídico brasileiro se aproximasse da utilizada pelo ordenamento argentino, haveria a possibilidade de um controle mais amplo e efetivo nos casos em estudo, com a utilização do controle na sua modalidade concentrada e difusa, com uma parametricidade ampla, o que, sem dúvidas, contribuiria para um sistema nacional de defesa dos direitos humanos mais efetivo.

3.7.2 As espécies de controle das leis e atos normativos a depender da parametricidade adotada

A partir dos ensinamentos dos operadores do direito sobre a hierarquia normativa dos tratados internacionais, vislumbra-se que é possível a instauração de um sistema que possui três níveis de controle com relação ao ordenamento jurídico interno. A teoria da supralegalidade e infraconstitucionalidade, definida pelo Supremo Tribunal Federal, possibilita a aplicação do controle de supralegalidade. Porém, a partir do estabelecido por Mazzuoli, também é possível observar a presença do mecanismo do controle de supralegalidade, porém de uma maneira completamente diferente.

O Supremo decidiu pela supralegalidade e infraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos não aprovados pelo procedimento previsto no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, pelo caráter constitucional dos tratados de direitos humanos aprovados nos referidos ditames, do mesmo modo que pela atribuição do status de lei ordinária aos tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos.

Parte da doutrina moderna, representada por Mazzuoli (2018), defende a atribuição do caráter materialmente constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, por força do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, além do caráter supralegal e infraconstitucional aos tratados internacionais comuns.

Observa-se, deste modo, a possibilidade da aplicação do controle de supralegalidade, de constitucionalidade e de convencionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, há aqui um verdadeiro sistema de três formas de controle vinculados ao ordenamento jurídico brasileiro.

A partir da teoria utilizada, os parâmetros serão completamente diferentes. O que é válido no ordenamento pátrio é justamente o entendimento da nossa Suprema Corte. Contudo, a proposta doutrinária possui grande influência nos operadores do direito e propõe uma maior proteção aos direitos humanos fundamentais, sendo necessária, portanto, a avaliação desta no ordenamento interno.

Com a teoria definida pelo Supremo Tribunal Federal, deve-se exercer, além do controle de constitucionalidade, um controle de convencionalidade, tendo como parâmetro os tratados de direitos humanos não incorporados pelo procedimento do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal. O controle de supralegalidade deve também ser exercido sendo utilizados como parâmetro os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos que não passaram pelo referido procedimento.

Pela teoria proposta doutrinariamente, além do controle de constitucionalidade, deve ser aplicado, ao ordenamento jurídico brasileiro, o controle de convencionalidade,

tendo como parâmetro todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, independentemente do *quorum* de votação respectivo.

Neste sentido, sustém Mazzuoli (2013, p. 80):

Portanto, a ideia que se irá defender nas páginas abaixo é a seguinte: quer tenham os tratados de direitos humanos “status de norma constitucional” ([nos termos do art. 5.º, § 2.º, da Constituição), quer sejam “equivalentes às emendas constitucionais” (posto que aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5.º, § 3.º), em ambos os casos serão eles paradigma de controle das normas domésticas brasileiras, ao que denomina de controle de convencionalidade das leis (em suas modalidades *difusa* e *concentrada*).

O controle de supralegalidade, para esta parte da doutrina, seria também aplicado; todavia, os parâmetros de controle devem ser os tratados internacionais comuns, ou seja, os que não versam sobre direitos humanos. Mazzuoli defende que os tratados internacionais não atinentes aos direitos humanos possuem status superior às leis brasileiras, não podendo ser revogados por lei interna posterior. Alega que “os tratados internacionais comuns (que versam temas alheios aos direitos humanos) também têm status superior ao das leis internas no Brasil” (2013, p. 80), justificando, desta forma, a incidência do controle de supralegalidade.

Fundamenta-se, Mazzuoli, no artigo 98 do Código Tributário Nacional que prevê que “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha” (BRASIL, 1966: 14). Ora, com a interpretação do referido artigo, percebe-se que o Código Tributário Nacional consagra a prevalência dos Tratados Internacionais com relação às Leis internas, não existindo relação de revogação de um dispositivo para com o outro por fator temporal, mas sim pelo caráter supralegal dos Tratados Internacionais, independentemente da matéria versada.

Constata-se que o Código de Processo Civil de 2015 ratifica a ideia de supralegalidade dos tratados internacionais comuns ao fixar no seu artigo 13 que “A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.” O Protocolo de Las Lenhas possui,

aparentemente, caráter de supralegal e infraconstitucional como prevê o próprio diploma processual interno (PORTELA, 2016, p. 137).

Necessária é a análise do artigo 29, b, da Convenção Americana de Direitos que prevê que a interpretação das disposições não pode ser realizada no sentido de limitar o exercício dos direitos humanos fundamentais:

Artigo 29. Normas de interpretação
Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:
[...]
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;

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, do ano de 1969, promulgada no Brasil pelo decreto legislativo nº 7.030 de 2009 indica, no seu artigo 27 que “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.” Este fator ratifica o posicionamento de que os tratados internacionais possuem status de supralegais, independentemente do teor apresentado.

Dispositivos Constitucionais ainda corroboram a força do entendimento citado. O artigo 4º, inciso II da Carta Magna consagra o princípio da prevalência dos direitos humanos. Neste mesmo sentido, o artigo 5º, § 2º ressalta a importância que possuem os tratados internacionais.

De forma sintética, enuncia Mazzuoli (2013, p. 180):

Portanto, de volta ao caso dos tratados *comuns*, pensamos que os conflitos entre eles e as normas infraconstitucionais devem ser resolvidos pelo critério *hierárquico*. Dessa forma, havendo conflito entre tratados comuns (que têm nível *supralegal* no Brasil) e leis internas, os juízes e tribunais nacionais deverão recusar-se a aplicar a norma infraconstitucional violadora do tratado, enquanto este vincular o Estado. Eis aqui a aplicação do *controle de supralegalidade* das normas de direito doméstico em relação aos tratados internacionais comuns.

Para o Supremo Tribunal Federal, os tratados comuns possuem status de Lei Ordinária. A referida posição enseja, ao mínimo, uma problemática que reside nos eventuais conflitos entre a Lei Ordinária e o Tratado Internacional comum. Será que

qualquer Lei posterior pode revogar um pacto realizado entre o Estado brasileiro e outro país? Esse fator contribui para que os demais países tenham confiança no Estado brasileiro?

Menezes (2009), por sua vez, afirma a irrelevância da posição hierárquica da Convenção Americana de Direitos na ordem interna. Explicita que em sede internacional da proteção dos direitos humanos, não há importância se os tratados internacionais de direitos humanos possuem caráter constitucional, infraconstitucional e supralegal ou legal. De forma diversa, aduz o autor que, à luz do direito internacional, os Estados devem cumprir os seus compromissos de boa-fé, não podendo ser a legislação nacional invocada no sentido de justificar o descumprimento.

Fato é que, independentemente de qual teoria se utilize, evidencia-se a presença de um controle de supralegalidade, sendo necessária a sua compreensão, e o entendimento de que há, no sistema jurídico brasileiro, a aplicação de um mecanismo que submete as leis internas a três espécies de controle, sendo estas a do controle de constitucionalidade, a do controle de convencionalidade e, por fim, a do controle de supralegalidade.

3.7.3 O Poder Executivo e o Legislativo como aplicadores do mecanismo do controle de convencionalidade

Discutiu-se acerca do mecanismo do controle jurisdicional de convencionalidade das leis. Entende-se que a aplicação do referido controle é de extrema importância para a efetivação dos direitos humanos fundamentais. Aqui, o Poder Judiciário, como um todo (juízos singulares e tribunais), deverá, obrigatoriamente, controlar as leis internas e atos do poder público, tendo como parâmetro os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.

Indiscutivelmente, no momento em que um tratado internacional é incorporado ao ordenamento constitucional formal, de forma equivalente às emendas constitucionais, poderá ser parâmetro de ações de controle de convencionalidade,

possibilitando um verdadeiro controle concentrado das normas internas. Esse controle também deverá ser feito de forma difusa, pelos juízes singulares, tendo neste caso, eficácia *Inter Partes*.

O Poder legislativo e o executivo possuem papéis fundamentais na aplicação do controle de convencionalidade. A partir do momento em que determinado acordo internacional possui status constitucional, os três poderes possuem a obrigação de observá-los.

É sabido que o Poder Legislativo controla a constitucionalidade das leis, de forma preventiva, por meio do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal). Deste modo, além da constitucionalidade, o Congresso Nacional deve verificar a convencionalidade dos Projetos de Lei em trâmite para que nenhuma lei venha a contrariar o disposto nos tratados internacionais de direitos humanos que tenham caráter constitucional.

Portanto, poderia pensar-se em um controle de suprallegalidade preventivo, também exercido pelo Poder Legislativo. No momento em que houver uma inconvenção em determinado Projeto de lei, este deverá ser rejeitado pelo Congresso Nacional (MAZZUOLI, 2013). Este fator ocorre pelo fato de que o sistema de jurisdição no Brasil é bastante complexo, autorizando, ainda, o controle preventivo no que se refere aos projetos de lei através do Poder Legislativo e do Poder Executivo se houver o vício fundado em inconstitucionalidade (LEÃO, 2005) e, de forma consequente, fundado em inconvenção.

Do mesmo modo que um representante do Congresso Nacional pode (e deve) apresentar um Mandado de Segurança Parlamentar quando visualiza uma irregularidade formal no processo legislativo que contrarie a Constituição Federal, o mesmo deverá impetrar um Mandado de Segurança assim que for identificada uma irregularidade formal no aludido processo que disponha de forma contrária ao estabelecido em determinado tratado internacional de direitos humanos que possua equivalência à Emenda Constitucional.

Diante disso, o parlamento brasileiro deverá se ater, além da constitucionalidade dos Projetos de Lei, à convencionalidade destes, de forma que se evite uma futura necessidade de declaração pelo controle jurisdicional de convencionalidade. Ademais, o Poder Executivo deve respeitar os tratados internacionais de direitos humanos de forma especial exercendo o veto aos projetos de lei que forem inconventionais. A Constituição Federal prevê, em seu artigo 66, § 1º que:

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.
§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

A Constituição permite o veto em duas hipóteses, sendo o projeto de lei inconstitucional ou contrário ao interesse público. Desta forma, os tratados internacionais que tenham sido aprovados nos ditames do artigo 5º, § 3º da Constituição devem ser considerados pelo membro do executivo ao decidir entre a sanção e veto do projeto de lei em análise.

Observa-se que o segundo critério de permissão possibilita uma discricionariedade maior ao membro do executivo, podendo este vetar determinado projeto de lei que contrarie quaisquer dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos mesmo que o governo entenda que este possui caráter apenas supralegal. Os tratados que versam sobre direitos humanos sempre, ou na grande maioria das vezes, estarão de acordo com o interesse público. Desta forma, uma lei que contrarie o tratado internacional, prejudicaria o interesse público (MAZZUOLI, 2013).

Deste modo, o administrador público deve, de forma obrigatória, observar se determinado projeto de lei é inconventional com o objetivo de não permitir a violação dos direitos fundamentais no Brasil, além da desnecessária movimentação da máquina judiciária para que se exerça um controle de convencionalidade posterior. Deve a administração pública observar as normas internacionais referidas em vigor no país “ao expedir quaisquer atos administrativos e celebrar contratos administrativos, submetendo suas decisões ao crivo de compatibilidade material

desses tratados, bem assim (quando tal for possível) da Jurisprudência da Corte Interamericana [...]” (MAZZUOLI, 2013, p. 189).

Tanto o poder judiciário, quanto os poderes legislativo e executivo possuem papéis determinantes e fundamentais para a aplicação do controle de convencionalidade para que sejam efetivados os direitos humanos. Salienta-se que ao se tratar do Poder Legislativo, deve-se levar em consideração, além do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal), os Deputados Estaduais e Vereadores, e, no plano do Poder Executivo, além do Presidente da República, os Governadores e Prefeitos.

3.7.4 A responsabilidade do estado brasileiro na aplicação do controle de convencionalidade

O Estado brasileiro é signatário de diversos tratados internacionais, sendo estes ratificados e incorporados pelo ordenamento jurídico interno de forma livre e espontânea. O ato voluntário implica em obrigações a que o Estado deve submeter-se para que sejam cumpridas as normativas internacionais. É sabido que um dos princípios basilares do direito internacional é que um Estado tem a obrigação de reparar eventual dano decorrente da violação de suas obrigações internacionais. (MENEZES, 2009). Muitas das vezes esse dano pode ocorrer devido ao fato de esse Estado quedar-se inerte perante o exercício do mecanismo do controle de convencionalidade. Häberle (1996) salienta que o princípio da responsabilidade obriga ao Estado Europeu constitucional e o vincula, no campo internacional com relação às considerações sobre a dignidade da pessoa humana.

O Brasil ratificou a convenção americana de direitos que define diversos fatores que o Estado brasileiro deve observar. A intérprete última da Convenção se posicionou, em caso estudado (Gomes Lund et al. V. Brasil), de forma explícita, que o Brasil não aplicou o mecanismo do controle de convencionalidade, violando a jurisprudência da Corte, além das normativas estabelecidas na Convenção.

Salienta a Corte, que o Estado brasileiro está obrigado a cumprir as obrigações voluntariamente contraídas, devendo, portanto, aplicar o referido controle. Extrai-se este entendimento no citado parágrafo 177 da decisão do caso Gomes Lund et al. vs. Brasil transcrito anteriormente no presente trabalho.

Sobre a aplicação do Controle de Convencionalidade no Estado brasileiro, vê-se que a grande maioria dos operadores do direito nem conhecem o mecanismo, não havendo grandes discussões relacionadas à doutrina, mas tão somente raríssima menção na nossa jurisprudência.

Deste modo, o Estado brasileiro, que sofreu algumas condenações pela Corte Interamericana de Direitos, passa a ir de encontro à tendência da América Latina de observar as normativas internacionais de direitos humanos, os pareceres da Comissão Interamericana, tal qual os julgados da Corte Interamericana. Desta forma, sem a aplicação do mecanismo tão importante para a efetivação dos direitos humanos, o Estado brasileiro passa uma imagem ao planeta de que não objetiva, de forma absoluta e incontestável, a efetivação dos direitos humanos fundamentais.

Discussões apresentadas como a recente decisão do Supremo acerca do cumprimento antecipado da pena, ainda despertam uma grande dúvida nos brasileiros e no Sistema interamericano de Direitos Humanos no sentido da real observância estatal aos direitos humanos estabelecidos e ratificados.

Caso os tratados internacionais de direitos humanos não sejam observados como normativas que devem moldar o ordenamento jurídico brasileiro e nortear as decisões jurisdicionais, o Estado brasileiro poderá ter que arcar com mais indenizações oriundas de decisões desfavoráveis proferidas pela Corte Interamericana, evidenciando ao sistema global a deficiência que ainda possui o Estado brasileiro no que tange à efetivação dos direitos fundamentais. Havendo determinada vítima oriunda de eventuais desrespeitos aos seus direitos fundamentais pelo não cumprimento estatal de suas obrigações, deve o respectivo Estado agir no sentido de reparar a vítima. Menezes (2009, p. 181) relaciona o mecanismo do controle de convencionalidade com o *restitutio in integrum*, sendo aquele um instrumento deste ao afirmar:

No contexto do controle de convencionalidade de ato de natureza legislativa, como consequência lógica do reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado Brasileiro, deverá ser ordenada a imediata cessação do ato violador mediante a adequação da legislação brasileira à Convenção Americana.

Em se tratando de violação por edição de legislação interna contrária à Convenção Americana, pouco importa a forma pela qual o Estado promoverá a necessária adequação legislativa, desde que faça com efetividade. [...] É certo, porém, que qualquer via eleita deverá restabelecer sempre o *status quo ante*.

Porém, o mais grave, é o fato de que o Estado poderá, ainda, manter-se inerte aos diários desrespeitos aos direitos humanos dos próprios cidadãos brasileiros. Os diplomas normativos que não se tornam eficazes não cumprem o seu objetivo. No Brasil, deve-se trabalhar para que a Constituição Federal além dos demais diplomas de direitos humanos sejam efetivados. Este fator, como discutido alhures, só ocorrerá a partir da contribuição harmônica dos três poderes do Estado.

A responsabilização do Estado brasileiro por eventuais prejuízos causados pela não observância no disposto nos tratados internacionais e na jurisprudência da Corte Interamericana é o mecanismo utilizado pela própria Corte para, além de tentar reduzir os prejuízos da vítima, buscar a evolução do sistema brasileiro de proteção aos direitos humanos. Desta forma, percebe-se que se os poderes continuarem inertes à aplicação do mecanismo do controle de convencionalidade, tomado como de realização obrigatória no entendimento da Corte, o Estado poderá ser cada vez mais responsabilizado, não somente de forma pecuniária. Diante disso, é imprescindível que o Poder Judiciário aplique o mecanismo do controle de convencionalidade para que sejam efetivados os direitos humanos.

Para que o Estado brasileiro cumpra com as determinações do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, é necessário que os tratados internacionais de direitos humanos, principalmente a Convenção Americana de Direitos Humanos, sejam utilizados como parâmetro de controle de convencionalidade, de forma obrigatória, sendo observadas as disposições da jurisprudência da Corte Interamericana, fator que, como é possível verificar em casos concretos, como o caso Gomes Lund, ainda não ocorre no Brasil.

4 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Após investigação de conceitos preliminares relativos a direitos humanos e direitos fundamentais, além de um embasamento teórico e prático do conceito, peculiaridades e aplicação prática do controle de convencionalidade em determinados ordenamentos jurídicos e, principalmente, com relação ao sistema pátrio, devemos verificar a relação entre o mecanismo estudado e as políticas públicas.

4.1 AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO TECNOLOGIA JURÍDICA GOVERNAMENTAL

Primeiramente, importante conceituar o termo “políticas públicas”, como uma “tecnologia jurídica governamental” e sua relação com a democracia (BUCCI, 2013, p. 36).

Ao diferenciar “princípios, políticas e outros tipos de padrões” Dworkin (2002, p. 36) aduz o conceito de política, nos seguintes termos:

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas).

Para Moraes (2016, p. 46):

“as políticas públicas podem ser conceituadas como instrumentos de execução de programas políticos por meio da intervenção estatal na sociedade com o objetivo de assegurar igualdade de oportunidades aos indivíduos, tendo por finalidade assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os indivíduos”.

Dias afirma que o conceito de políticas públicas está relacionado com dois elementos, quais sejam, uma comunidade política, entidade capaz de produzir determinado padrão e objetivos que devem ser identificados, com a fixação de meios para alcançá-los (2016).

O mesmo autor evidencia a importância, como *policy-makers*, do Poder Legislativo e do Poder Executivo que poderão ser fixadas por meio de um processo deliberativo parlamentar ou uma decisão executiva, respectivamente. Afirma concordando com Colebatch (1998), que não cabe ao Judiciário a formação de políticas públicas, “sob pena de esvaziamento da função legislativa” (DIAS, 2016, p. 51).

Portanto, pode-se relacionar as políticas públicas como meios para que seja possível alcançar determinada finalidade desejada, podendo ser fixada por diversos modelos e critérios objetivos fixados. Assim, analisando-se o governo como norteador de processos de transformação social, as ações governamentais sistematizadas acabam por configurar uma verdadeira “tecnologia jurídica governamental” que possui a finalidade de efetivar a democracia e o desenvolvimento com padrões jurídicos previamente estabelecidos (BUCCI, 2013, p. 36). Neste sentido, diz Bucci (2013, p. 36):

Trata-se de uma construção epistemológica a serviço de uma “tecnologia jurídica governamental” para a democracia no desenvolvimento. Essa “tecnologia jurídica”, na feliz expressão de Diogo Coutinho¹⁰, seria voltada a criar e replicar padrões jurídicos de organização da ação governamental, incorporando mecanismos institucionalizados para o exercício do contraditório, sem os quais a tecnologia corre o risco de degenerar em tecnocracia. Para isso são necessários bons modelos jurídicos, que não dispensem o aspecto da legitimidade das decisões e dos processos que levam à produção destas.

Saliente-se que a autora conceitua as políticas públicas “como programas de ação governamental, em cuja formação há um elemento processual estruturante” (BUCCI, 2013, p. 113), relacionando o instituto, portanto com a ciência jurídica e a ciência política que, juntas, em cooperação, trabalham de forma processual para a elaboração de um sistema balizado pelo ordenamento jurídico. Portanto, há um evidente sentido finalístico da referida ação governamental que tangencia não apenas o direito, mas também a própria sociedade.

Tendo em vista as normas programáticas previstas na Constituição Federal e os direitos sociais, tipificados no art. 6º do referido diploma, direitos de segunda dimensão, que são efetivados a partir de uma ação positiva estatal, vislumbra-se que

o Poder Público define metas e define mecanismos que funcionam como meios de efetivação, também denominados de políticas públicas.

A doutrina se posiciona no sentido de que as políticas públicas são elaboradas e implementadas, principalmente, por meio dos poderes Executivo e Legislativo (DIAS, 2016), uma vez que representantes foram eleitos pela população com a finalidade de elaborarem mecanismo para a efetivação dos direitos fundamentais, o que não ocorre com os integrantes do Poder Judiciário.

Tendo em vista o referido posicionamento, observa-se que o Judiciário não poderia ser investido na condição de *policy-maker* (DIAS, 2016). Entretanto, evidencia-se, conforme veremos a seguir, discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de importante função do Poder Judiciário, qual seja, a de controle de políticas públicas.

4.2 A ADPF 45/2004 E A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A doutrina internacional e nacional evidencia que o Poder Judiciário não pode ser considerado como *policy-maker*, não havendo previsão constitucional nesse sentido. Os argumentos são fundamentados na separação do exercício do poder, verificando-se no art. 2º da Constituição que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988).

Entretanto, é importante salientar que, mesmo havendo consenso no sentido de não se atribuir a elaboração de políticas públicas ao Poder Judiciário, a doutrina evidencia que os referidos atos estatais podem ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, por ação ou omissão.

Convergente com este entendimento, Dias sustenta que “o Judiciário deve intervir na formação de políticas públicas desde que possa ser configurado um conflito jurídico” (2016, p. 52), evidenciando que a intervenção depende de uma formulação anterior

de uma política ou de uma eventual omissão, quando há uma determinação constitucional de elaboração.

Os direitos sociais, previstos no art. 6º da Constituição não são autoexecutáveis, como os direitos de primeira dimensão, mas necessitam de uma atuação estatal para serem efetivados. Neste diapasão, o Poder Executivo e o Legislativo devem atuar com ações necessárias para efetivação dos direitos previstos constitucionalmente. Além dos direitos fundamentais, tipificados no texto constitucional, são os direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos integrantes do bloco de constitucionalidade, conforme se depreende do § 2º do art. 5º da Constituição Federal. Entretanto, havendo determinada omissão dos referidos poderes na elaboração de políticas públicas ou, caso a política implementada seja insuficiente ou ineficaz, o Poder Público poderá verificar a compatibilidade da ação ou omissão com o texto constitucional e convencional?

Encontram-se Ações Civas Públicas ajuizadas pelo Ministério Público com o objetivo de provocar o judiciário a determinar a implementação de políticas públicas. A Defensoria Pública e os advogados também atuam no sentido de ajuizar demandas para a efetivação dos direitos humanos fundamentais dos jurisdicionados. Com uma análise acurada, encontram-se precedentes que evidenciam a possibilidade de controle judicial na implementação de políticas públicas (BRASIL; STF, 2012) e outros precedentes que são contrários a esse posicionamento (BRASIL; TJPE, 2020).

Dois argumentos são os mais utilizados para tentar justificar a impossibilidade de controle judicial das políticas públicas, seja por ação ou por omissão estatal. O primeiro argumento consiste no desrespeito à separação do exercício do poder, previsto no art. 2º da Constituição Federal. O segundo argumento busca evidenciar ausência de dotação orçamentária para a implementação da totalidade de políticas necessárias para a efetivação dos direitos humanos fundamentais, previstos na Constituição e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Primeiramente verificaremos se o princípio da separação do exercício do poder é um obstáculo para o controle jurisdicional de políticas públicas. Determinados

precedentes do Supremo Tribunal Federal que evidenciam, no seu *ratio decidendi*, a ausência de desrespeito ao referido princípio, inclusive legitimando o Ministério Público para ajuizar demandas que objetivam a determinação, pelo Poder Judiciário, de implementação de políticas públicas. Vale a transcrição da ementa:

EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido. (STF - AI: 809018 SC, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 25/09/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJE-199 DIVULG 09-10-2012 PUBLIC 10-10-2012) (BRASIL; STF, 2012).

O precedente do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, evidencia que, em situações excepcionais, o Poder Judiciário poderá determinar a implementação de políticas públicas para efetivação dos direitos humanos fundamentais, “sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes” (BRASIL; STF, 2012). O precedente ainda evidencia que a Corte possui entendimento firmado, posicionando-se neste sentido em outros julgados.

Constata-se que mesmo os precedentes que indicam a eventual interferência indevida do Poder Judiciário na Administração Pública salientam que, em situações de desrespeito aos direitos humanos fundamentais, há a possibilidade do controle judicial na implementação de políticas públicas. Ressalte-se o precedente do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO JUDICIÁRIO. SITUAÇÃO QUE CONFIGURA INTERFERÊNCIA INDEVIDA NA ADMINISTRAÇÃO. APELO PROVIDO. 1. O presente caso é revestido da peculiaridade consubstanciada na possibilidade de ingerência do Poder Judiciário quanto à consolidação de políticas públicas a serem ofertadas pela Municipalidade. Em outras palavras, discute-se o papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, instituídas pela Constituição e, supostamente, não efetivadas pelo Poder Executivo Municipal, de modo que pede-se providências quanto a construção de abrigo apto ao atendimento de crianças e adolescentes desamparados ou em situação de risco. 2. O

Judiciário não deve intervir em outro Poder para quanto à conveniência e oportunidade, controlando a organização e prestação de serviços públicos. 3. Apenas se justifica a ingerência do Judiciário nas Políticas Públicas, em face da abusividade governamental, com desrespeito direto à CF, que comprometa a preservação ou concessão de condições materiais mínimas dos cidadãos, o que não se observa. 4. O caso não configura situação de excepcionalidade que possa justificar a intervenção judicial a fim de implementar a medida requerida. O caso não permite afirmar que os menores local (*sic*) estejam privados de condições materiais mínimas de existência com dignidade. A situação observada não representa caso de omissão do Poder Público que implique no desrespeito de direitos fundamentais da coletividade. 5. Apelo provido. (TJ-PE - AC: 5291014 PE, Relator: Democrito Ramos Reinaldo Filho, Data de Julgamento: 20/02/2020, 1ª Câmara Regional de Caruaru - 2ª Turma, Data de Publicação: 16/03/2020) (BRASIL; TJPE, 2020).

Portanto, levando-se em consideração da teoria dos “checks and balances” identificada por Montesquieu, vislumbra-se que cada órgão exercente de determinada parte do poder pode e deve controlar os demais órgãos, também sendo controlado pelos demais, efetivando-se um controle recíproco. Com o objetivo de promover a efetivação dos direitos humanos fundamentais, há jurisprudência consolidada asseverando ser possível o controle judicial de políticas públicas, sem que haja interferência indevida entre os órgãos estatais.

O segundo argumento, relativo à ausência de orçamento público para implementação de todas as políticas públicas necessárias, também é utilizado como um possível entrave ao controle de políticas públicas, havendo uma fundamentação no sentido da utilização da teoria discutida pela doutrina e jurisprudência, intitulada “Reserva do Possível”. Portanto, há uma atuação discricionária do ente público para utilização da verba pública para a efetivação das prioridades que fixa.

Holmes e Sunstein (2019), na obra intitulada “The cost of rights”, refletem que para a efetivação de cada direito há um custo envolvido, com a “necessidade de ação do estado” que possui recursos limitados.

Cunha Jr. (2017) evidencia que a teoria da reserva do possível (*Vorberhalt des Möglichen*) teve origem na década de 1970, com o Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) no caso conhecido como *numerus clausus* (BVerfGE 33,303) em que foi discutido o direito de acesso ao ensino superior e a questão do limite de vagas nas universidades públicas da Alemanha. Alguns

estudantes que não foram aprovados no exame das Universidades de Medicina de Hamburgo e Munique se fundamentaram no princípio da liberdade de profissão, extraído do art. 12 da Constituição Alemã.

Malgrado tenha sido reconhecido o aludido direito, o Tribunal entendeu a irrazoabilidade do pedido relativo ao oferecimento de vagas ilimitadas no curso de medicina. Neste caso, enfatiza o autor, que a reserva do possível, em sua origem, não tem relação com a existência de recursos financeiros, mas com a questão da razoabilidade dos pedidos. Por isso, o citado autor sugere que a teoria da reserva do possível foi importada pelo Poder Judiciário brasileiro com interpretação completamente diferente, associada à insuficiência de recursos públicos como se pudesse justificar a omissão estatal no cumprimento dos direitos fundamentais, em especial os de segunda dimensão.

Entretanto, é evidente que o mínimo existencial dos direitos humanos fundamentais não pode ficar condicionado à teoria da reserva do possível aplicada pelo Poder Judiciário brasileiro, sob pena de transformação da Constituição e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos em documentos sem qualquer efetividade.

Em que pese toda a relevância da análise orçamentária estatal, é necessário atentar-se ao núcleo mínimo, intangível dos direitos fundamentais, o denominado mínimo existencial como condição de efetivação da própria dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III da Constituição Federal, não podendo o Estado ser omissivo às determinações constitucionais e convencionais de direitos humanos. Necessário evidenciar que uma das características mais marcantes do neoconstitucionalismo, e do pós-positivismo, é a atribuição do caráter normativo aos princípios, dentre os quais se destaca o princípio da dignidade da pessoa humana (SOARES, 2010). Saliente-se que a doutrina atualmente evidencia a insuficiência da efetivação de tão somente o mínimo existencial, evidenciando a necessidade de concretização do Máximo Existencial como regra e como princípio (DANTAS, 2019).

Faz-se necessária a análise da Decisão da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 45, proferida em 2004 pelo Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Min. Celso de Mello, que trata da “questão da legitimidade constitucional do controle

e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas” (BRASIL; STF, 2004):

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

O conteúdo da presente ADPF é de suma importância com relação à possibilidade de controle judicial de políticas públicas, inclusive no que se refere às implementações, na hipótese de configuração de abusividade governamental.

A referida ADPF foi promovida contra veto emanado do Presidente da República que se relaciona com o § 2º do art. 55, o qual foi modificado para o art. 59, de proposta de Lei convertida, posteriormente, na Lei nº 10.707/03, que possui como objetivo a fixação de diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária anual referente ao ano de 2004 (BRASIL; STF, 2004). O dispositivo vetado estabelecia que:

§ 2º Para efeito do inciso II do *caput* deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza. (BRASIL; STF, 2004).

Segundo o voto do Relator, Min. Celso de Mello, o autor da ADPF alegou que o veto presidencial em análise desrespeitou preceito fundamental relacionado à Emenda Constitucional 29/2000 que foi integrada ao bloco de constitucionalidade para garantir um mínimo de recursos financeiros que deveriam ser aplicados em ações e serviços públicos relacionados ao direito fundamental à saúde (BRASIL; STF, 2004).

Saliente-se que o relator evidencia que, logo após o referido veto, o Presidente da República remeteu ao Congresso Nacional projeto de Lei que restaurou o § 2º do art. 59, vetado anteriormente, com a redação dos parágrafos 3º e 4º do art. 1º da Lei 10.777/03, reproduzindo o conteúdo do § 2º do art. 59 da Lei anterior, qual seja, a Lei 10.707/03. Este fator evidencia para o Ministro que o objetivo da ADPF foi alcançado com a Lei 10.777/03, relacionando-se com a EC 29/2000 “para garantir, em bases adequadas – e sempre em benefício da população deste País – recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde” (BRASIL; STF, 2004).

Mesmo com o fato da possível “prejudicialidade” da ADPF o Ministro reconheceu a referida ação como “instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.” (BRASIL; STF, 2004). Portanto, evidencia-se a crucial importância da referida decisão sobre o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Celso de Mello evidencia a dimensão política da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal com a finalidade de efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, liberdades positivas, direitos de segunda dimensão, não podendo o Poder Público atuar de forma a violar, positiva ou negativamente a integridade constitucional. Portanto, explicita como causas de inconstitucionalidades, ações ou omissões do Poder Público, sendo, a primeira, derivada de um comportamento ativo do Poder Público, no momento em que o mesmo edita normativas em desacordo com o texto constitucional e a segunda relacionada à situação hipotética em que o Estado deixa de adotar determinada medida necessária para a efetivação de preceitos constitucionais para torná-los efetivos, operantes e exequíveis” (BRASIL; STF, 2004). Temos, no caso concreto da segunda hipótese, uma inconstitucionalidade por omissão, podendo esta ser total ou parcial.

A inconstitucionalidade por omissão total ocorrerá quando nenhuma providência for adotada, havendo, por exemplo, inexistência de elaboração de políticas públicas para a efetivação de determinado direito. A omissão parcial ocorrerá quando houver

uma insuficiência da medida adotada pelo Poder Público, observando-se, por exemplo, que determinada política pública não está sendo suficiente na efetivação de determinado direito humano fundamental. A omissão, portanto, configura-se como grave inconstitucionalidade, uma vez que impede a efetivação dos próprios direitos fundamentais, diante de um texto constitucional com normas programáticas (BRASIL; STF, 2004).

O referido Ministro continua seu posicionamento, com base em Vieira de Andrade, admitindo que não cabe ao Poder Judiciário a implementação e formulação de políticas públicas, sendo, conforme alertado neste capítulo, tarefa dos Poderes Legislativo e Executivo. Entretanto, ao tratar da implementação e formulação de políticas públicas, elabora a relação entre o referido encargo e o Poder Judiciário, nos seguintes termos:

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). (BRASIL; STF, 2004).

Portanto, fica nítido o entendimento do Supremo Tribunal Federal no que se refere à relação entre o Poder Judiciário e a elaboração e implementação de políticas públicas, havendo um verdadeiro controle judicial, no momento em que se configura um desrespeito à constituição que afeta a eficácia e integridade dos direitos de primeira ou segunda dimensão, sendo que estes últimos se relacionam, essencialmente, com as normativas programáticas constitucionais.

Com fundamento na referida obra de Holmes e Sunstein, “The Cost of Rights” foi abordada a questão da “reserva do possível” no que se refere à implementação e

efetivação de políticas públicas relacionadas aos direitos humanos de segunda dimensão. Entretanto, foi solidificado o entendimento de que:

a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL; STF, 2004).

O referido Ministro salienta os condicionamentos impostos pela cláusula da “reserva do possível” sendo um binômio, qual seja, primeiramente, “a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público” e, posteriormente, “a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.” (BRASIL; STF, 2004).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal consolidou posicionamento de que se o Legislativo e o Judiciário agirem de modo irrazoável, ou de forma a comprometer a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, percebendo-se, no caso concreto, uma inércia estatal injustificável ou um comportamento governamental abusivo, que viole o núcleo intangível das condições mínimas para a existência digna e à sobrevivência do indivíduo, é justificável a intervenção do Poder Judiciário com a finalidade de possibilitar o acesso aos direitos que efetivem o mínimo existencial. (BRASIL; STF, 2004).

Por fim, o Relator conclui, evidenciando que o referido precedente é também aplicável aos processos de controle abstrato de constitucionalidade, nos seguintes termos:

Cabe enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de controle normativo abstrato de constitucionalidade, qualquer que seja a sua modalidade (ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD – ADI 593/GO, Rel. Min. MARÇO AURÉLIO - ADI 2.060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.207/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), eis que, tal como já assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro “não subtrai, ao Relator da causa, o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I)- o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata (...)” (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Constata-se que o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento de ampla possibilidade de controle de políticas públicas, no momento em que não estiver sendo efetivado o mínimo existencial no que se refere à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, sendo superados quaisquer argumentos contrários fundamentados na separação de poderes ou na reserva do possível.

Constata-se a referida consolidação ao verificarmos outros precedentes do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido. Primeiramente, é necessário analisar o RE 684612, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, que demonstra a repercussão geral reconhecida à fixação de quais seriam os limites da competência do Poder Judiciário em controlar políticas públicas relacionadas à suficiência de profissionais na área da saúde:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESPECIFICAMENTE QUANTO À SUFICIÊNCIA DE PROFISSIONAIS NA ÁREA DE SAÚDE. ALEGADA CONTRARIEDADE AOS ARTS. 2º E 196 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Repercussão geral reconhecida do tema relativo aos limites da competência do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes em concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção. (STF - RG RE: 684612 RJ - RIO DE JANEIRO, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 06/02/2014, Data de Publicação: DJe-109 06-06-2014)

Demonstra-se, do mesmo modo, precedente do Supremo Tribunal Federal evidenciando a possibilidade de controle jurisdicional da omissão do poder público com a finalidade de efetivar a proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso, inacolhendo-se a fundamentação da Reserva do Possível e ressaltando-se o importante papel do poder judiciário para a implementação de políticas públicas.⁵⁰

⁵⁰ RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE PROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA

O posicionamento do Ministro Gilmar Mendes evidencia, nesta direção, a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a adoção de políticas às pessoas com deficiência, nos seguintes termos:

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Não configura ofensa ao princípio da separação de poderes a determinação, pelo Poder Judiciário, da adoção de medidas assecuratórias para garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. 3. Política pública constitucionalmente prevista. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 819270 AgR, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 23/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 17-11-2016 PUBLIC 18-11-2016)
(STF - AgR ARE: 819270 SP - SÃO PAULO, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 23/09/2016, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-244 18-11-2016)

O Ministro Ricardo Lewandowski também proferiu julgamento no sentido da necessária intervenção judicial para preservar a dignidade da pessoa humana. Neste importante Julgado, o referido Ministro evidenciou a possibilidade de o Judiciário impor à Administração Pública a obrigação de fazer para promoção de determinadas medidas ou execução de obras específicas emergenciais relacionadas aos estabelecimentos prisionais. Este fator exhibe, portanto, o controle judicial das omissões estatais, tal qual o controle judicial de políticas públicas no caso omissio.

A justificativa, neste caso, é demonstrada pelo Relator com a supremacia da dignidade da pessoa humana o que testemunha a importância do respeito à

INVOCÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197)– A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (STF - ARE: 745745 MG, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 02/12/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014).

integridade física e moral dos detentos, conforme art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo cabível a invocação da reserva do possível ou do princípio da separação dos poderes, nos seguintes termos:

Ementa: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido. (STF - RE 592581 / RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 13/08/2015, Tribunal Pleno).

O precedente acima tem sido utilizado como fundamentação de outros julgados do Supremo Tribunal Federal, evidenciando-se o entendimento consolidado na referida corte, como se observa a partir do seguinte julgado de relatoria do Min. Luís Roberto Barroso:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. SEGURANÇA PÚBLICA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PRECEDENTES. 1. O Supremo Tribunal Federal já decidiu ser lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, tendo em conta a supremacia da dignidade da pessoa humana (RE 592.581-RG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski) 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - AgR RE: 930454 MT - MATO GROSSO, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 26/08/2016, Primeira Turma).

O Superior Tribunal de Justiça também manifesta a possibilidade, de forma excepcional, de controle judicial de políticas públicas para garantir a ofensa à

garantia constitucional dos indivíduos, sendo, no caso concreto, discutida a integridade física e moral dos presos.⁵¹

⁵¹ CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CADEIA PÚBLICA. SUPERLOTAÇÃO. CONDIÇÕES PRECÁRIAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA OBRIGAR O ESTADO A ADOTAR PROVIDÊNCIAS ADMINISTRATIVAS E APRESENTAR PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA PARA REFORMAR OU CONSTRUIR NOVA UNIDADE PRISIONAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DE NECESSIDADE DE PRÉVIA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA (ARTS. 4º, 6º E 60 DA LEI 4.320/64). CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM CASOS EXCEPCIONAIS. POSSIBILIDADE. CASO CONCRETO CUJA MOLDURA FÁTICA EVIDENCIA OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO RESPEITO À INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DOS PRESOS E AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO MÍNIMO EXISTENCIAL, CONTRA O QUAL NÃO SE PODE OPOR A RESERVA DO POSSÍVEL. 1. Na origem, a Defensoria Pública e o Ministério Público do Estado do Mato Grosso ajuizaram Ação Civil Pública visando obrigar o Estado a adotar providências administrativas e apresentar previsão orçamentária para reformar a cadeia pública de Mirassol D'Oeste ou construir nova unidade, entre outras medidas pleiteadas, em atenção à situação de risco a que estavam expostas as pessoas encarceradas no local. Destaca-se, entre as inúmeras irregularidades estruturais e sanitárias, a gravidade do fato de – conforme relatado – as visitas íntimas serem realizadas dentro das próprias celas e em grupos. 2. A moldura fática delineada pelo Tribunal de origem – e intangível no âmbito do Recurso Especial por óbice da Súmula 7/STJ – evidencia clara situação de violação à garantia constitucional de respeito da integridade física e moral do preso e aos princípios da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial. 3. Nessas circunstâncias – em que o exercício de pretensão discricionária administrativa acarreta, pelo não desenvolvimento e implementação de determinadas políticas públicas, seriíssima vulneração a direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição – a intervenção do Poder Judiciário se justifica como forma de pôr em prática, concreta e eficazmente, os valores que o constituinte elegeu como "supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos fundada na harmonia social", como apregoa o preâmbulo da nossa Carta Republicana. 4. O entendimento trilhado pela Corte de origem não destoou dos precedentes do STF – RE 795749 AgR, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Julgado em 29/04/2014, Processo Eletrônico DJe-095 Divulg 19-05-2014 Public 20-05-2014, ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 15.9.2011 – e do STJ, conforme AgRg no REsp 1107511/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 06/12/2013. Aplicação da Súmula 83/STJ. 5. Com efeito, na hipótese sub examine, está em jogo a garantia de respeito à integridade física e moral dos presos, cuja tutela, como direito fundamental, possui assento direto no art. 5º, XLIX, da Constituição Republicana. 6. Contra a efetivação dessa garantia constitucional, o Estado de Mato Grosso alega o princípio da separação dos poderes e a impossibilidade de realizar a obra pública pretendida sem prévia e correspondente dotação orçamentária, sob pena de violação dos arts. 4º, 6º e 40 da Lei 4.320/1964. 7. A concretização dos direitos individuais fundamentais não pode ficar condicionada à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue, nesses casos, como órgão controlador da atividade administrativa. Trata-se de inadmissível equívoco defender que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantir os direitos fundamentais, possa ser utilizado como óbice à realização desses mesmos direitos fundamentais. 8. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública vital nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, como na hipótese dos autos. 9. In casu, o pedido formulado na Ação Civil Pública é para, exatamente, obrigar o Estado a "adotar providências administrativas e respectiva previsão orçamentária e realizar ampla reforma física e estrutural no prédio que abriga a cadeia pública de Mirassol D'Oeste/MT, ou construir nova unidade, de modo a atender a todas as condições legais previstas na Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), bem como a solucionar os problemas indicados pelas equipes de inspeção sanitária, Corpo de Bombeiros Militar e CREA na documentação que instrui os presentes autos, sob pena de cominação de multa". 10. Como se vê, o pleito para a adoção de medida material de reforma ou construção não desconsiderou a necessidade de previsão orçamentária dessas obras, de modo que não há falar em ofensa aos arts. 4º, 6º e 60 da Lei 4.320/64. 11. Recurso Especial não provido. (STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.389.952 - MT (2013/0192671-0), Relator HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 03/06/2014, 2ª Turma do STJ).

No referido caso, a Defensoria Pública e o Ministério Público do Estado do Mato Grosso ajuizaram Ação Civil Pública com o objetivo de compelir o Estado a reformar a cadeia pública do Município de Mirassol D'Oeste ou, alternativamente, construir nova unidade, tendo em vista que as pessoas encarceradas estavam expostas a riscos iminentes. Foi também requerido que fosse apresentada previsão orçamentária para realização da reforma ou construção. Inúmeras irregularidades foram verificadas, como, por exemplo, visitas íntimas realizadas dentro das próprias celas e em grupos, fatores que violam o respeito da integridade física e moral do preso.

Nesse diapasão, o Poder Judiciário evidenciou que a omissão estatal na implementação e desenvolvimento de políticas públicas causa violação aos direitos fundamentais, sendo, portanto, justificável a intervenção do Poder Judiciário.

Na referida decisão, o Relator enuncia que o Estado do Mato Grosso, em matéria de defesa, alega violação ao princípio da separação dos poderes, assim como ausência de dotação orçamentária para realização da obra. Entretanto, fica patente o posicionamento de que a efetivação dos direitos fundamentais não pode ser condicionada à “boa vontade do Administrador”, devendo o Poder Judiciário atuar como verdadeiro controlador da atividade administrativa, com a afirmação de que o princípio da separação do exercício do poder seja interpretado de modo a garantir os direitos fundamentais. Invoca, portanto, o mínimo existencial para que seja justificada a atuação do Poder Judiciário deliberando sobre a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários, ainda mais porque não havia, neste caso, comprovação objetiva da ausência de condições econômicas do Estado. Saliente-se que, neste caso concreto, o pedido foi no sentido de que o Poder Judiciário determinasse que o Estado adotasse providências administrativas, prevendo, em seu orçamento, a realização de ampla reforma física e estrutural no prédio onde o presídio foi instalado, ou, alternativamente, construir nova unidade prisional, com a finalidade de atender todas as condições legais previstas na Lei n.º 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), solucionando os problemas documentados pela equipe de inspeção sanitária, Corpo de Bombeiros e CREA, sob pena de fixação de multa por descumprimento.

Neste entendimento, Zaneti Jr. reflete na linha de, para que haja o referido controle jurisdicional de políticas públicas, é preciso haver uma disfunção política, com uma fuga do dever-poder relacionado aos órgãos estatais que representam o povo brasileiro, tal como da referência constitucional de sociedade (ZANETI JR., 2013). Bonavides, neste mesmo sentido, demonstrava que a doutrina da separação rígida de poderes se torna um dos pontos mortos do pensamento político, não podendo subsistir na evolução da democracia atual. (BONAVIDES, 1999).

Com relação à alegada discricionariedade do administrador e do legislador, Zaneti Jr. se posiciona afirmando que há um limite de atuação, não havendo possibilidade de desrespeito aos direitos fundamentais, o que permitiria a intervenção do Poder Judiciário do referido controle (ZANETI JR., 2013). Juliana Daniel diferencia a discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas com a arbitrariedade, enfatizando que a discricionariedade deve observar limites claros à Luz da Constituição Dirigente. (DANIEL, 2013).

Continua Zaneti Jr. se posicionando a favor da possibilidade de intervenção judicial nas políticas públicas, no que se refere à adequação dos instrumentos às finalidades propostas (ZANETI JR., 2013). De forma prática, define o autor que podem ser utilizadas, no controle jurisdicional de políticas públicas as ações civis públicas, as ações individuais e as ações relativas ao controle de constitucionalidade (ZANETI JR., 2013).

Portanto, o critério adotado para a possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas pode ser a ocorrência da disfunção política, com a análise, no caso concreto, se há proibição de excesso (*Übermassverbot*) ou proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*), tanto pela conduta comissiva quanto pela conduta omissiva. (ZANETI JR., 2013).

Grinover também se posiciona a favor do controle jurisdicional de políticas públicas, correlacionando o tema com a modificação do Estado Liberal para o Estado Social:

Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um *dare, facere, praestare*, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente

permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos (GRINOVER, 2013, p. 126).

Diz a autora que, por muito tempo, os tribunais se posicionavam no sentido de que não poderiam interferir no mérito do ato administrativo, conforme posicionamentos das decisões do Superior Tribunal de Justiça RMS RMS n.18.151/RJ, 15.959/MT, MS n. 12.629/DF, decisões proferidas, respectivamente, em 2004, 2006 e 2007. Entretanto, com a possibilidade de anulação de ato lesivo à moralidade administrativa pela Ação Popular, conforme tipificado no Art. 5º, inc. LXXIII da Constituição Federal, levando-se em consideração o mérito do ato em discussão, o entendimento foi modificado ao decorrer dos anos (GRINOVER, 2013).

Com a finalidade de alcançar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, prescritos no art. 3º da Constituição Federal e com a harmonia dos poderes, deve o Poder Judiciário verificar os atos estatais sob o prisma constitucional, percebendo-se o Magistrado como coautor das políticas públicas, no momento em que o mínimo existencial não esteja sendo respeitado (GRINOVER, 2013).

Atuará, o Julgador, com fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, analisando-se o caso concreto à luz do trinômio desenvolvido por Robert Alexy, da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Conforme consta em decisão do Supremo Tribunal Federal, no momento em que for alegada a Reserva do Possível, com a comprovação objetiva da impossibilidade estatal, poderá o Poder Judiciário que a Administração Pública faça constar na próxima proposta orçamentária a verba necessária para implementar a política pública (GRINOVER, 2013). Evidencia Canela Junior a importância do orçamento como um instrumento de realização dos fins do Estado, devendo, o Poder Judiciário exercer o controle de políticas públicas, quando houver violação estatal dos direitos fundamentais (CANELA JUNIOR, 2013).

Em caso de descumprimento da decisão judicial controlando eventual política pública por ação ou por omissão, constata-se que determinadas sanções devem ser aplicadas como, por exemplo, as *astreintes*, a responsabilização por ato de improbidade administrativa, intervenção no Estado ou Município, condenação por crimes de responsabilidade e desobediência, não sendo a mais adequada a primeira

sanção, tendo em vista a onerosidade que pode provocar com relação ao próprio ente que deve elaborar as políticas públicas (GRINOVER, 2013).

Por fim, pensa a autora que qualquer tipo de ação, tratando-se de jurisdição constitucional ou ordinária, pode ser utilizada com a finalidade de provocar o Poder Judiciário a realizar o controle e intervenção nas políticas públicas. Cita, como exemplo, o mandado de injunção individual ou coletivo, ação de descumprimento de preceito fundamental, ação de inconstitucionalidade por omissão e, na jurisdição ordinária, a ação coletiva. (GRINOVER, 2013). Zufelato se posiciona sustentando que as políticas públicas devem ser controladas de forma coletiva (ZUFELATO, 2013), ressaltando-se, portanto, a importância do papel do Ministério Público no seu Controle das Políticas Públicas (FERRARESI, 2013).

Assevera Watanabepela possibilidade de judicialização imediata, independentemente de prévia definição de política pública pelo Legislativo ou pelo Executivo, os direitos fundamentais relacionados ao núcleo básico do princípio da dignidade da pessoa humana, configurando o mínimo existencial, além dos previstos em normas constitucionais com caráter de densidade suficiente. Assevera, entretanto, que os demais direitos fundamentais sociais, previstos em normas constitucionais programáticas, apenas serão judicializáveis se houver prévia ponderação, por meio de política pública específica, por parte dos demais Poderes Estatais (WATANABE, 2013).

Liberal, convergente com o demonstrado por Grinover aduz a possibilidade de intervenção jurisdicional nas políticas públicas evidenciando como “falsos óbices à intervenção do Poder Judiciário no controle das políticas públicas” os institutos discutidos aqui da separação de poderes, da discricionariedade administrativa, os princípios da impessoalidade e da isonomia, além da Reserva do Possível (LIBERAL, 2018, p. 70).

Além dos falsos óbices da reserva do possível e da separação do exercício do poder, necessário abordar a alegação da discricionariedade administrativa como eventual fator impeditivo do controle de políticas públicas, afirmando-se que é possível a análise da legalidade e do mérito do ato administrativo pelo Poder

Judiciário, devendo incidir o conteúdo dos tratados internacionais de direitos humanos como parâmetro de controle quando os direitos humanos fundamentais não estejam sendo efetivados pela administração pública. Inclusive no que se refere às políticas públicas, o Poder Judiciário deve analisar o caso concreto sob a ótica da proporcionalidade e da razoabilidade (LIBERAL, 2018), uma vez que os referidos mecanismos são intimamente ligados à efetivação dos direitos humanos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Foi discutido o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 45.

Eventuais alegações com o objetivo de utilização dos princípios da impessoalidade e da isonomia como fatores impeditivos de controle de políticas públicas e efetivação dos direitos humanos fundamentais também se mostram como descabidos, uma vez que eventual premissa no sentido de que “se o poder público não dispõe de condições financeiras para atender a todos, coletivamente, então individualmente ninguém será atendido”, diverge completamente dos fundamentos constitucionais (LIBERAL, 2018, p. 95 e 96) e convencionais do ordenamento jurídico brasileiro, sendo um fundamento sem qualquer base no neoconstitucionalismo, no pós-positivismo e no princípio da dignidade da pessoa humana.

Salienta possíveis técnicas de controle e efetivação de políticas públicas, evidenciando a multa (*astreintes*), referente a ato atentatório à dignidade da justiça, prisão civil como medida coercitiva, responsabilização criminal, responsabilização por ato de improbidade administrativa, intervenção político-administrativa nos Estados, no Distrito Federal ou nos Municípios e intervenção judicial no controle da Administração e no controle orçamentário (LIBERAL, 2018).

Cardoso (2016, p. 238) se posiciona no sentido de que “os limites apontados ao controle judicial de políticas públicas não são absolutos, significando meros postulados teóricos a serem legitimamente afastados pelo Poder Judiciário através de uma argumentação jurídica lógica.

Para melhorar a qualidade da relação entre políticas públicas e direito, é importante melhorar a comunicação entre o mundo jurídico e o não jurídico, um diálogo entre o direito e o caso concreto, bem como a verificação do custo-benefício da

complexidade das normativas relacionadas às políticas públicas (SUNFELD; ROSILHO, 2014).

Almeida e Zago se posicionam acerca dos limites para a intervenção judicial, pautada no próprio Estado de Direito:

A judicialização de políticas públicas, em certa dimensão, é consequência natural do próprio Estado de Direito, ao permitir que os órgãos constitucionalmente competentes zelem pela prevalência da vontade do Direito. Todavia, a judicialização em excesso da decisão sobre políticas públicas, que se caracteriza a partir do momento em que a opinião subjetiva do juiz ultrapassa o que o Direito comporte de objetividade, é a negação do Estado de Direito (ALMEIDA; ZAGO, 2014, p. 101).

Salienta a doutrina que deve ser aprimorado o referido Controle, com mecanismos que possam garantir “(i) a amplitude da produção de informações a respeito dos casos envolvendo prestações estatais e (ii) a existência de um ambiente dialógico e prolongado de interação entre o Poder Judiciário e os representantes eleitos” (MONTEMEZZO, 2015, p. 249).

Defende a doutrina que, no momento em que determinada política pública não esteja em conformidade ao conteúdo dos textos constitucionais e com a efetivação dos direitos humanos fundamentais esta deve ser controlada pelo Poder Judiciário. O referido controle pode ser realizado caso haja algum vício no seu aspecto equitativo, questões relacionadas à insuficiência da eficiência compatível com as sociedades plurais ou com relação ao comprometimento de liberdades ou de outro direito fundamental conflitante com determinada política, casos esses que deverão ser avaliados pelo Poder Judiciário (DIAS, 2016).

Cunha Júnior destaca o direito fundamental à efetivação da constituição, além do fato de que “no Estado Constitucional Democrático de Direito, o poder público está obrigado, normativo-constitucionalmente, à adoção de todas as medidas necessárias à concretização das imposições constitucionais” (2004, p. 134) o Poder Judiciário deverá utilizar de parâmetros de controle das omissões estatais na elaboração e aplicação de políticas públicas para a efetivação dos direitos humanos fundamentais.

A necessidade de controle jurisdicional de políticas públicas fica evidente no julgamento da ADPF nº 357/DF, apresentada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que será discutida no momento em que for evidenciado o estado de vulnerabilidade dos reclusos no sistema penitenciário brasileiro e, por motivo deste quadro, o Supremo Tribunal Federal declarou, em decisão convergente com a proferida pela Corte Constitucional Colombiana (Sentencia de Unificación – SU 559 06/11/1997), o Estado de Coisas Inconstitucional relativo ao sistema penitenciário brasileiro, concluindo pela violação sistemática de diversos direitos dos reclusos, inclusive o direito à saúde, o que demonstra falhas com relação às políticas públicas elaboradas pelo Estado brasileiro (BRASIL, 2015). Os Ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Edson Fachin, Luiz Fux, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Carmen Lúcia decidiram de forma convergente, inclusive com relação à possibilidade de intervenção em matéria de contingenciamento de recursos do orçamento estatal.

Sobre o Estado de Coisas Inconstitucional, Carlos Campos (2016) assevera a profunda relação com a violação objetiva dos direitos fundamentais e com a omissão constitucional sistemática, o que autoriza a intervenção judicial, no que tange à elaboração de leis e políticas públicas para sanar o referido estado de coisas. (CAMPOS, 2016).

Portanto, necessário salientar a Constituição de 1988 como dirigente, com normas programáticas específicas que determinam os objetivos principais do Estado Brasileiro na efetivação dos direitos fundamentais. Sobre o tema, essenciais as contribuições de Dantas:

A função de transformar o Estado, tornando-o social, no âmbito da estrutura normativa dos textos constitucionais do período, foi desempenhada pelos direitos sociais e pelas normas programáticas, sendo que muitos desses direitos eram veículos por essa tipologia normativa. Ademais, ambos expressam a solidariedade social, que vem a fundamentar os direitos sociais e as finalidades constitucionais do Estado voltadas à proteção, à garantia, à promoção e à satisfação dos direitos fundamentais. (DANTAS, 2008, p. 310/311).

Neste panorama, a partir da ampliação da parametricidade da Constituição Federal pelos tratados internacionais de direitos humanos, fator defendido pela doutrina

brasileira, tal como neste trabalho, percebe-se que é possível citar por igual, além de um constitucionalismo dirigente, um “convencionalismo dirigente” tendo em vista que, a partir das disposições dos tratados internacionais de direitos humanos o Estado Brasileiro se comprometeu a formular, avaliar e implementar políticas públicas para efetivação dos direitos humanos, como é possível verificar, por exemplo, na Convenção de Nova Iorque sobre as Pessoas com Deficiência (BRASIL, 2009).

4.3 AS ESPÉCIES DE CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No presente capítulo, foi discutida a possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas, investigando-se que há discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, concluindo-se que a doutrina majoritária e a jurisprudência atual demonstra a possibilidade de intervenção, desde que preenchidos os requisitos citados, analisando-se o caso concreto.

A Constituição, ao prever direitos individuais e sociais, tal qual a necessidade de atuação positiva estatal para efetivação dos referidos direitos demonstra a necessidade de realização de mecanismos para concretização dos direitos sociais, previstos, entre outros artigos, no art. 6º, bem como os objetivos da República Federativa do Brasil, tipificados no art. 3º da Carta Magna.

Analisou-se possibilidade do controle das políticas públicas tendo como parâmetro a Constituição Federal. Todavia, este trabalho propõe a ampliação da parametricidade do controle de políticas públicas, levando-se em consideração os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no país. Esta interpretação, conforme analisada nos dois primeiros capítulos é decorrente da disposição do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, assim como das teorias doutrinárias que evidenciam que a Constituição possui uma cláusula de abertura, incorporando os direitos humanos que são decorrentes dos tratados internacionais que foram incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Necessário o estudo da possibilidade de um controle de constitucionalidade e de convencionalidade de políticas públicas. O primeiro ocorrerá quando a política pública for controlada pelo Poder Judiciário, tendo como parâmetro a Constituição Federal. O segundo controle ocorrerá quando o parâmetro de controle a ser observado pelo Poder Judiciário for um tratado internacional de direitos humanos.

Tanto o controle de constitucionalidade quanto o de convencionalidade podem ser realizados nas modalidades de controle por ação e controle por omissão. No controle por ação, o Estado elaborará determinada política que possuirá algum vício equitativo ou que venha a ferir determinados direitos fundamentais, como verificado no capítulo anterior (DIAS, 2016). No que se refere ao controle por omissão, este 'não fazer' poderá ser total ou parcial, sendo que no primeiro caso, a política pública demonstra-se insuficiente, no caso concreto, para efetivação dos direitos humanos fundamentais e, na segunda hipótese, o Estado se mantém completamente inerte, sendo possível a determinação, pelo Poder Judiciário, de elaboração das referidas políticas públicas, para concretizar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, da mesma forma que os direitos sociais.

Sobre o controle por omissão, aduz Tannus (2009, p. 113):

O Estado tem o dever de implementar determinados programas e metas de ação para alcançar os fins previstos na Constituição. Em alguns casos, os programas não são estabelecidos na extensão e intensidade necessárias ou, simplesmente, sequer são efetivados. Nessas situações, levado o caso ao Judiciário, poderá o magistrado determinar a alteração de comportamento em relação a programas ou metas ilegais ou inconstitucionais, bem como corrigir desvios ou sanar omissões na implantação de programas governamentais.

O Controle de Políticas Públicas, tendo como parâmetro a Constituição Federal ou os tratados internacionais de direitos humanos também pode ser evidenciado na forma de controle concreto e abstrato. É evidente que, será possível uma melhor análise da política pública em determinado caso concreto, aferindo a possibilidade de maior incidência de um controle concreto, ou seja, com análise de casos que serão objetos de exame e julgamento. Entretanto, esse fato não pode excluir a possibilidade de controle abstrato de determinada política que, em tese, venha a

ferir, de forma evidente, determinado direito humano fundamental, momento em que ocorrerá o controle abstrato.

O controle concentrado de políticas públicas ocorrerá a partir das ações de controle de competência originária do Supremo Tribunal Federal, com ênfase na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ONODERA, 2013). O controle também poderá ser difuso, modalidade em que qualquer Juiz ou Tribunal poderá realizar o referido controle, quando provocado por determinada Ação Coletiva (GRONOVER, 2013), ou, por exemplo, pelo Mandado de Injunção (ONODERA, 2013). Saliente-se que, para que o controle seja realizado em sua modalidade concentrada, o parâmetro deve ser, conforme verificado, a Constituição Federal ou determinado tratado internacional de direitos humanos incorporado de acordo com o procedimento normativo previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, possuindo, portando, status formal e materialmente constitucional. Ainda de acordo com a doutrina majoritária (MAZZUOLI, 2013) o controle difuso poderá ser realizado tendo como parametricidade a Constituição Federal ou qualquer tratado internacional de direitos humanos ratificado e em vigor no país.

Por fim, o controle de políticas públicas poderá ser realizado na modalidade principal ou incidental. A primeira modalidade ocorrerá quando o pedido principal e final de determinada demanda judicial seja o controle de determinada política pública. Na segunda modalidade, existe um pedido principal e outro pedido, incidental, no sentido de controle de determinada política pública, percebendo-se que o pedido incidental é um condicionante ao pedido principal.

Importante lembrar a evidenciada forma de controle exercida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme é possível extrair da jurisprudência consolidada em casos analisados aqui. Nesta forma de controle, é possível apresentar uma perspectiva internacional na qual a Corte Interamericana pode efetivar a análise da adequação dos ordenamentos jurídicos dos países signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos que concordaram com a competência jurisdicional da referida Corte, sendo possível a apuração da efetivação dos direitos humanos, assim como se o respectivo Estado tem atuado com a

finalidade de respeitar as disposições convencionais na elaboração das políticas públicas previstas.

O Brasil aceitou a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 12 de outubro de 1998, nos termos do art. 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da referida Convenção, havendo a possibilidade de um controle de políticas públicas pela Corte, por ação ou omissão, no caso concreto, quando provocada e de forma subsidiária ao nosso ordenamento jurídico, com a respectiva condenação de determinado Estado signatário e a determinação de cumprimento do direito à saúde, por exemplo.

Esclareça-se que as modalidades de controle aqui citadas não se excluem, mas se complementam, podendo haver, em determinada demanda hipotética uma ação de controle de constitucionalidade concentrado, por ação, abstrato e principal.

4.4 O PROJETO DE LEI 8058/2014

O Projeto de Lei 8058/2014 é resultado de pesquisas desenvolvidas CEBEPEJ - Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, presidido à época por Grinover e criado por Watanabe, sendo realizada uma análise, a partir dos pesquisadores do CEBEPEJ a questão do controle jurisdicional de políticas públicas, com apresentação de trabalhos em seminário específico, realizado pelo citado centro, tal qual pelo Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP nas datas de 14 e 15 de abril de 2010 (BRASIL, 2014).

Os pesquisadores, norteados por Grinover e Watanabe, traçaram linhas gerais sobre o Projeto de Lei, sendo este aperfeiçoado pelos pesquisadores do CEBEPEJ, assim como pelos alunos e professores do mestrado da Faculdade de Direito de Vitória, na disciplina intitulada “Controle Jurisdicional de Políticas Públicas”. O Projeto de Lei ainda recebeu contribuições no segundo seminário realizado pelo Centro mencionado, no ano de 2011, bem como analisada na disciplina “Políticas Públicas”, ministrada no mestrado e doutorado da USP, com colaboração de Paulo Lucon,

sendo debatido, ainda, na Universidade de Itaúna e no seminário realizado em conjunto pelo CEBEPEJ e o IASP (BRASIL, 2014).

O referido projeto define, na justificativa, que a necessidade da referida legislação é evidente, tendo em vista as dúvidas e dificuldades concretas que o Juiz enfrenta diariamente, para resolver casos tão importantes e complexos. Prescreve o referido Projeto de Lei:

É preciso fixar parâmetros seguros para o juiz e para as partes e é preciso, principalmente, criar um novo processo, de cognição e contraditório ampliados, de natureza dialógica e colaborativa, com ampla intervenção do Poder Público e da sociedade, ou seja, um novo processo adequado à tutela jurisdicional dos chamados conflitos de ordem pública. (BRASIL, 2014, p. 13).

O Projeto de Lei busca criar um processo especial para intervenção e controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, enunciando, primeiramente, a importância dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, garantia do mínimo existencial, justiça social, atendimento ao bem comum, universalidade das políticas públicas e equilíbrio orçamentário (BRASIL, 2014, p. 1 e 2).

O capítulo II evidencia a competência para julgamento, sendo a justiça ordinária, estadual ou federal, ressalvadas as hipóteses de cabimento das ações constitucionais. Evidencia que a Petição Inicial deverá atender os requisitos do Código de Processo Civil (BRASIL, 2014).

O Projeto propõe que haja uma fase preliminar, momento em que o Juiz notificará o Ministério Público e a autoridade responsável pela elaboração da política pública em questão, para que preste informações detalhadas, de acordo com o que consta nos incisos (BRASIL, 2014).

O Capítulo IV evidencia a perspectiva de utilização dos meios adequados de resolução de conflitos na demanda em questão, citando a possibilidade de aplicação de meios autocompositivos, como a mediação e a conciliação, além de heterocompositivos, prevendo-se a arbitragem. É nítido que os requisitos objetivos e subjetivos devem ser analisados, principalmente no que se refere à aplicação da

mediação e à arbitragem, nos termos das legislações especiais 13.140/15 e 9.307/96, respectivamente como, por exemplo, a arbitrabilidade subjetiva e objetiva (BRASIL, 2014).

Não havendo acordo ou opção por utilização da arbitragem, após regular processamento judicial, o Juiz poderia decidir, conforme art. 18 do Projeto de Lei em Estudo, nos seguintes sentidos:

I – determinar ao ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória a apresentação do planejamento necessário à implementação ou correção da política pública objeto da demanda, instruído com o respectivo cronograma, que será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil.

II – determinar ao Poder Público que inclua créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso ou determinada verba no orçamento futuro, com a obrigação de aplicar efetivamente as verbas na implementação ou correção da política pública requerida. (BRASIL, 2014, p. 7).

A figura do Comissário é criada pelo art. 19, que poderá ser nomeado pelo Juiz “para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz que poderá lhe solicitar quaisquer providências.” (BRASIL, 2014, p. 7).

O Projeto de Lei ainda prevê a possibilidade de reunião dos processos em primeiro grau, de encontros entre os Magistrados para discussão da matéria, da possibilidade de reunião de processos em fase de recurso e da criação do Cadastro Nacional de Processos Sobre Políticas Públicas, que deverá ser criado e mantido pelo CNJ, com a finalidade de “que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com sua existência e estado” (BRASIL, 2014, p. 8 a 10).

Por fim, o Projeto se preocupa em tratar sobre as Ações Individuais e se relacionam com a discussão sobre políticas públicas, prescrevendo que:

Art. 28. Na hipótese de ações que objetivem a tutela de direitos subjetivos individuais cuja solução possa interferir nas políticas públicas de determinado setor, o juiz somente poderá conceder a tutela na hipótese de se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de forma completa e acabada, nos termos do disposto no

parágrafo 1º do art. 7º, e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração (BRASIL, 2014, p. 11).

Observa-se que pesquisas foram efetivadas para criação de um Projeto de Lei que venha a possibilitar uma melhor compreensão do procedimento, tal como de decisões que podem ser tomadas pelo Poder Judiciário em determinada ação que tenha como objetivo o controle de políticas públicas, maximizando-se a segurança jurídica com relação à complexa discussão.

Deverá ser analisado, portanto, como o controle de convencionalidade pode ser útil no controle de políticas públicas, investigando-se o caso concreto da efetivação do direito humano fundamental à saúde no âmbito do sistema prisional.

5 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO SISTEMA PRISIONAL

Após a análise de questões relativas à essência dos direitos humanos fundamentais, bem como aos direitos humanos, foi possível conferir a aplicabilidade do controle de convencionalidade, mecanismo que tem se desenvolvido cada vez mais no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Posteriormente, investigou-se a possibilidade de realização de controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, tendo como parâmetro a Constituição Federal.

Tendo em vista a cláusula de abertura prevista no §2º do art. 5º da Constituição Federal, infere-se que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos se relacionam intrinsecamente com o texto constitucional, havendo uma ampliação da parametricidade do controle das políticas públicas também no que se refere ao tema da saúde.

Este capítulo reafirma o debate da saúde como parte integrante dos direitos humanos fundamentais, discutindo-se, em sua análise, os dados que podem evidenciar o quadro de saúde das pessoas privadas de liberdade no Estado da Bahia para que seja possível conferir se existem políticas públicas efetivas atinentes à referida população.

Busca-se examinar também a possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade de políticas públicas como mecanismo de efetivação do direito à saúde no sistema carcerário, com o escopo de identificar as possíveis implicações e benefícios da aplicação ampla do mecanismo estudado.

5.1 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A VULNERABILIDADE RELACIONADA À SAÚDE DE PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE

No Brasil, a efetivação do direito à saúde para as pessoas privadas de liberdade representa um complexo desafio. Entre 1990 e 2014, observou-se um aumento de

575% do número de pessoas presas (> 600.000) (SOARES, 2016). Pessoas privadas de liberdade são, em sua grande maioria, provenientes de comunidades de baixa renda com limitado acesso à saúde. Somando-se a estas condições, a infraestrutura dos presídios é geralmente insalubre, com superlotação, agravando o estado de saúde da população prisional que apresenta alta prevalência de tuberculose, infecção pelo HIV e doenças mentais (SANCHES *et al*, 2016).

O Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (BRASIL, 2003), instituído em 2003, pela Portaria Interministerial 1.777, direcionou a efetivação de política pública de saúde especializada às pessoas privadas de liberdade. No entanto, após 17 anos, observa-se ainda uma implantação da referida Política de forma desigual, resultando em grandes iniquidades em saúde, relacionadas a esta população específica. Pessoas privadas de liberdade são dotadas de grande vulnerabilidade social, apresentando restrições a bens e serviços como o acesso à saúde.

A definição de vulnerabilidade envolve múltiplos aspectos como idade, gênero, condições socioeconômicas precárias, dificuldade no acesso a bens e serviços públicos, condições de saúde debilitantes do estado físico ou mental, pertencimento a grupos minoritários e prática de comportamentos e estilo de vida que não se encontram moldados à moral de uma sociedade. No caso de pessoas privadas de liberdade, vários aspectos podem contribuir simultaneamente para o aumento de condição de vulnerabilidade e diminuição de sua autonomia (CUÉLLAR *et al*, 2015). Bastelli (2014) afirma que, em relação aos grupos vulneráveis, diversos fatores podem ser delimitadores como, por exemplo, um fator físico, fator relacionado às opções derivadas da personalidade individual ou fator socioeconômico.

Assim como na vulnerabilidade, a saúde envolve múltiplos fatores que a influenciam ou a determinam. O processo saúde-doença tem influências dos aspectos sociais, econômicos, culturais, ambientais e biológicos (CARRAPATO, 2017). As populações prisionais, em sua grande maioria, se encontram em ambientes com excesso da capacidade de ocupação e precário estado de infraestrutura física (VALIM *et al.*, 2018; SÁNCHEZ *et al*, 2007). Irregularidades sobre as condições de infraestrutura e capacidade de ocupação podem favorecer a transmissão de diversas doenças entre pessoas privadas de liberdade, gerando riscos a seus familiares e aos trabalhadores

das prisões (VALIM *et al.*, 2018). Este perfil demográfico evidencia a ineficácia da implantação das políticas públicas voltadas à saúde prisional, violando os Direitos Humanos fundamentais e potencializando as vulnerabilidades imanentes a esta população naturalmente estigmatizada (SOARES, 2016).

Outro relevante aspecto relacionado à saúde e vulnerabilidade em pessoas privadas de liberdade é a violência. A trajetória histórica da sociedade brasileira é marcada por Leis e discursos normativos, que insolitamente permitem ambientes prisionais que favorecem o risco de morte dos indivíduos privados de liberdade. A taxa de óbitos por 100 mil habitantes no Brasil por causas externas é significativamente mais elevada na população em situação de cárcere (95,23) do que na população geral (29,1) (BOGO CHIES, 2019). As condições estruturais novamente se sobressaem como fatores relevantes para a compreensão do fenômeno das mortes sob custódia prisional no Brasil.

Múltiplos fatores se somam na ampliação das vulnerabilidades. Dentre as condições que aumentam a vulnerabilidade por violência, em pessoas privadas de liberdade, encontram-se questões de gênero e uso de drogas. As desigualdades de gênero são determinantes da violência doméstica que em muitos casos, além dos danos físicos e abusos sexuais, são acompanhadas de coerção psicológica. Abusos sofridos na infância e adolescência se relacionam com o abandono do lar por parte de adolescentes, início precoce de atividade sexual, maior propensão para a prática da prostituição e o uso de drogas (PRESSER *et al.*, 2008). Quando o foco é posto nas mulheres, estudos brasileiros caracterizam a maior incidência, no sistema presidial, de jovens, apresentando pouco acesso à educação, com baixo nível socioeconômico e com histórico de prostituição e uso de drogas ou envolvimento com o tráfico (SCHERER *et al.*, 2011) (FARIA *et al.* 2011).

A relação da permanência de mulheres no tráfico de drogas se encontra associada a fatores como: possuir familiares no tráfico que facilitam acesso às drogas, ser dependente financeira e afetivamente do traficante, ser alvo de ameaças, ser provedora do sustento familiar e buscar a obtenção de poder (SOUZA, 2009; LOPES, 2010). Os autores apresentam indicadores de elevada prevalência de violência, seja física ou psicológica, anteriores ao encarceramento de mulheres por

envolvimento com tráfico de drogas em Colônia Penal feminina no estado de Pernambuco. Indicam mais frequentemente o companheiro como indivíduo praticante das violências. O uso e o tráfico de drogas foram os fatores mais associados à violência, sendo mais frequentes em mulheres sem relação estável e com histórico progresso de violência na infância. A caracterização da associação ao tráfico foi marcada pelo perfil de mulheres jovens, pardas, responsáveis pelo sustento do lar, com pouco acesso à educação e em vulnerabilidade econômica.

Os múltiplos aspectos de vulnerabilidade associada a pessoas privadas de liberdade deflagram minimamente a necessidade de melhor estudo e compreensão dos mesmos para efetivação de políticas pública de saúde no sistema prisional. Descortinar estes fatores pode promover uma maior autonomia aos invisíveis do sistema carcerário, compelindo o Estado a exercer seu papel de efetivador dos Direitos Humanos Fundamentais, promovendo a diminuição das vulnerabilidades desta população e prevenindo o aumento das iniquidades no sistema prisional.

O Supremo Tribunal Federal tem verificado diversos desrespeitos aos direitos humanos fundamentais dos reclusos, analisando o tema no RE n.º 580.252/MS, no RE 641.320/RS e na ADI 5.356/MS, processos que se relacionam com a necessidade de elaboração de políticas públicas para efetivação dos referidos direitos.

No julgamento da ADPF nº 357/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), de relatoria do Ministro Marco Aurélio o Supremo Tribunal Federal determinou, em decisão convergente com a proferida pela Corte Constitucional Colombiana (Sentencia de Unificación – SU 559 06/11/1997), o Estado de Coisas Inconstitucional relativo ao sistema penitenciário brasileiro, entendendo pela violação sistemática de diversos direitos dos reclusos, inclusive o direito à saúde, evidenciando-se falhas com relação às políticas públicas elaboradas pelo Estado brasileiro (BRASIL, 2015). No mesmo sentido decidiram os Ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Edson Fachin, Luiz Fux, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Carmen Lúcia, inclusive com relação à possibilidade de intervenção no contingenciamento de recursos no que se refere ao orçamento estatal.

Carlos Campos (2016) assevera que cabe ao Juiz constitucional decidir pela presença do Estado de Coisas Inconstitucional, instituto que se relaciona com a violação objetiva dos direitos fundamentais e com a omissão constitucional. Saliente-se que “a Corte afirma que falhas estruturais de políticas estatais são fatores centrais desse estado contrário à constituição” (CAMPOS, 2016, p. 98), sendo omissões estatais genéricas e sistemáticas que autorizam a intervenção judicial, surgindo a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a elaboração de leis e políticas públicas para dirimir o referido estado de coisas. (CAMPOS, 2016).

Convergente com o posicionamento é Cunha Jr. que aduz a importância da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional para a garantia dos direitos fundamentais, fixando o conceito do referido estado como “violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais” (2017, p. 591), com o objetivo de definir soluções estruturais para o quadro de violação dos referidos direitos.

Precedente que merece destaque é o referente à *Sentencia de Tutela – T 025/2004* (COLÔMBIA, 2004), relacionado ao deslocamento forçado de pessoas na Colômbia, conforme se posiciona Nery (2018, p. 101):

Outro precedente que merece destaque ocorreu em 2004 - *Sentencia de Tutela – T 025/2004*(COLÔMBIA. CCC, 2004) - no julgamento do caso do deslocamento forçado de pessoas dentro do território colombiano. A Corte Constitucional Colombiana julgou o pedido de diversos núcleos familiares, em sua grande maioria formada por mulheres, menores e idosos, os quais eram obrigados por grupos violentos, como as FARC20, a deixarem suas casas e seus negócios sob a ameaça de violação a sua integridade física e de seus familiares.

Constatou-se, então, que durante anos as autoridades públicas pouco ou nada fizeram para tutelar os direitos básicos (como moradia, educação, saúde) dessas pessoas e que, portanto, se estava diante de uma massiva violação a direitos fundamentais, atingindo um número indeterminado de pessoas e que ensejava a necessidade de atuação conjunta de diversos órgãos, pressupostos básicos para a declaração de estado de coisas inconstitucional.

Sobre o Estado de Coisas Inconstitucional, definiu a Corte Constitucional Colombiana:

Ahora bien, si el estado de cosas que como tal no se compadece con la Constitución Política, tiene relación directa con la violación de derechos fundamentales, verificada en un proceso de tutela por parte de la Corte Constitucional, a la notificación de la regularidad existente podrá

acompañarse un requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción o de abstenerse de hacerlo. En este evento, cabe entender que la notificación y el requerimiento conforman el repertorio de órdenes que puede librar la Corte, en sede de revisión, con el objeto de restablecer el orden fundamental quebrantado. La circunstancia de que el estado de cosas no solamente sirva de soporte causal de la lesión iusfundamental examinada, sino que, además, lo sea en relación con situaciones semejantes, no puede restringir el alcance del requerimiento que se formule. (COLOMBIA, 1997).

Na data de 27 de agosto de 2015 foi proferida Decisão na referida ADPF nº 357/DF pelo Relator que votou no sentido de deferir a medida liminar no sentido de:

a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e e) à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstenendo-se de realizar novos contingenciamentos. (BRASIL, 2015).

Reconhecidamente, houve um verdadeiro controle de convencionalidade efetivado pelo Supremo Tribunal Federal comparando a Convenção Americana de Direitos Humanos com o Estado de Coisas no Sistema Penitenciário brasileiro. Entretanto, em que pese a grande evolução sobre a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não houve decisão no sentido de realização de acompanhamento desse Estado de Coisas (BRASIL, 2015), o que demonstra a necessidade de atuação, em conjunto, do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, no sentido de desconstituir, de forma definitiva, o referido Estado de Coisas, inclusive no plano do direito à saúde.

Carlos Campos (2016) sustenta que o sistema carcerário brasileiro produz grande violação generalizada de direitos humanos por motivo de omissões e falhas estruturais e pela inércia sistemática e incapacidade das autoridades públicas para superar o quadro. A superlotação carcerária, as instalações insalubres, a tortura, a

ausência de segurança interna, a inexistência de divisão dos presos, bem como a não efetivação de direitos humanos fundamentais como saúde, alimentação saudável, educação e trabalho demonstram o tratamento desumano e degradante dos reclusos.

A doutrina traça quatro pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional sendo estes (1) violação massiva, de forma continuada relacionada a diferentes direitos fundamentais, afetando-se grande número de indivíduos; (2) omissão estatal, de forma reiterada e persistente no sentido de promover os direitos fundamentais; (3) falhas estruturais e deficiência nas políticas públicas e (4) possibilidade de número elevado de demandas judiciais relacionadas ao caso, o que poderia congestionar, mais ainda, o Poder Judiciário (CAMPOS, 2016).

Este estudo, ao analisar o quadro da saúde no sistema carcerário, se relaciona com um verdadeiro Estado de Coisas Inconstitucional, preenchendo-se os quatro requisitos do instituto. Conforme dados analisados no início do trabalho, que serão rediscutidos, em outra perspectiva no presente capítulo, há violação massiva dos direitos à saúde, à vida, à integridade física e mental, dentre outros, com flagrante omissão estatal, evidenciando-se falhas estruturais e de políticas públicas, além de possibilidade de diversas demandas judiciais referentes ao caso estudado, sendo proposta, neste trabalho, a utilização do controle de convencionalidade de políticas públicas, como mecanismo que poderia colaborar com a melhoria deste Estado de Coisas.

A superlotação é apontada como grande problema que inviabiliza a efetivação dos direitos humanos fundamentais, havendo deficiências e violações dos referidos direitos, em diversas das unidades federativas do Brasil, podendo ser imputada a responsabilidade ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário (CAMPOS, 2016). Por este fator é que a presente pesquisa se justifica, por investigar mecanismos para atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no sentido de amenizar o Estado de Coisas Inconstitucional brasileiro. O autor se fundamenta em dados divulgados pelo CNJ, afirmando que, em junho de 2014, havia 563.526 reclusos em prisões que totalizam capacidade máxima de 357.219 pessoas, sendo que 41% dos indivíduos estão sob custódia provisória (CAMPOS, 2016).

A superpopulação também é estabelecida como um dos principais obstáculos de uma execução penal otimizada e humana, sendo evidenciado, no início da década de 2000 exemplos que demonstram a situação degradante e desumana nas unidades prisionais, como a prisão Urso Branco em Rondônia, objeto de análise pela Corte Interamericana e a prisão em Sorocaba, na qual se aglomeravam 200 presos em ambiente que suporta, no máximo, 60 indivíduos (LEAL, 2009).

Importante salientar a cooperação entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Ministério Público Federal as clínicas de Direitos Humanos como instrumento de efetivação de soluções em quadros de desrespeitos aos direitos humanos no campo carcerário, como, por exemplo o caso do complexo do Curado, Presídio localizado no Estado de Pernambuco, no qual foi instaurado um Inquérito Civil, pelo MPF, com a finalidade de acompanhamento das implementações de medidas impostas pela Corte Interamericana para a efetivação dos direitos humanos (FALCÃO JÚNIOR; NÓBREGA, 2018).

É evidente que, no cenário de pandemia do COVID-19, a situação carcerária que era precária, pode ainda mais evidenciar suas carências, fator que levou ao Relator, Ministro Marco Aurélio, tendo em vista a “situação precária e desumana dos presídios e penitenciárias” determinar providências a serem observadas pelos Juízes de execução penal, nos seguintes termos:

De imediato, conclamo os Juízos da Execução a analisarem, ante a pandemia que chega ao País – infecção pelo vírus COVID19, conhecido, em geral, como coronavírus –, as providências sugeridas, contando com o necessário apoio dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais. A par da cautela no tocante à população carcerária, tendo em conta a orientação do Ministério da Saúde de segregação por catorze dias, eis as medidas processuais a serem, com urgência maior, examinadas:

- a) liberdade condicional a encarcerados com idade igual ou superior a 60 anos, nos termos do artigo 1º da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso);
- b) regime domiciliar aos soropositivos para HIV, diabéticos, portadores de tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas, imunodepressoras ou outras suscetíveis de agravamento a partir do contágio pelo Covid-19;
- c) regime domiciliar às gestantes e lactantes, na forma da Lei 13.257/2016 (Estatuto da Primeira Infância);
- d) regime domiciliar a presos por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça;
- e) substituição da prisão provisória por medida alternativa em razão de delitos praticados sem violência ou grave ameaça;
- f) medidas alternativas a presos em flagrante ante o cometimento de crimes sem violência ou grave ameaça;
- g) progressão de pena a quem, atendido o critério temporal, aguarda exame

criminológico; e
 h) progressão antecipada de pena a submetidos ao regime semiaberto. (STF, TUTELA PROVISÓRIA INCIDENTAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL, 2020).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, expediu recomendações aos Estados integrantes do Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos, nos seguintes termos:

1. Adotar medidas para combater a superlotação de unidades de privação de liberdade, incluindo a reavaliação de casos de prisão preventiva, a fim de identificar aqueles que possam ser substituídos por medidas alternativas à privação de liberdade, priorizando populações com alto risco à saúde ante um possível contágio de COVID-19.
2. Avaliar de forma prioritária a possibilidade de conceder medidas alternativas, como liberdade condicional, prisão domiciliar ou liberação precoce para pessoas consideradas no grupo de risco, como idosos, pessoas com doenças crônicas, mulheres grávidas ou com crianças sob seus cuidados e para aqueles que estão em estágio avançado de cumprimento de suas sentenças.
3. Adaptar as condições de detenção de pessoas privadas de liberdade, particularmente no que diz respeito a medidas de alimentação, saúde, saneamento e quarentena, para impedir a propagação do COVID-19 dentro das unidades. Em particular, garantindo que todas as unidades tenham atendimento médico e prestem atenção especial às populações em uma situação particularmente vulnerável, incluindo idosos.
4. Estabelecer protocolos para garantia de segurança e ordem em unidades de privação de liberdade, em particular para prevenir atos de violência relacionados à pandemia e respeitando os padrões interamericanos sobre o assunto. (CIDH, 2020).

Estados Unidos, França, Itália, Portugal, Irã, Marrocos, Burkina Faso, Chile e Colômbia são países que têm adotado medidas de desencarceramento (COSTA *et al.* 2020). No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça elaborou a Recomendação 62 que tem, como objetivo, “Recomendar aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos estabelecimentos do sistema presidial e do sistema socioeducativo” (BRASIL, 2020). Carvalho e colaboradores (2020) afirmam:

O enfrentamento da COVID-19 nas instituições prisionais brasileiras, como em boa parte do mundo, se constitui um desafio, tendo em vista a precariedade que lhes caracterizam, fruto de descaso crônico do poder público e da sociedade civil, que conferem aos presos um agravamento ilegítimo da sentença formal, como exemplo, a negação de condições sanitárias básicas, como o acesso à água potável.

Urge, portanto, que sejam verificados e investigados mecanismos no sentido de compelir o Estado Brasileiro a adotar providências para sanar o Estado de Coisas Inconstitucional presente no Sistema Penitenciário brasileiro, também no que se refere à efetivação do direito humano fundamental à saúde, inclusive com o controle judicial de políticas públicas, concluindo-se pelo presente estado de vulnerabilidade dos reclusos que pode, cada vez mais se agravar, tendo em vista o cenário pandêmico do COVID-19. Saliente-se a importância da RES 2227 do Conselho Federal de Medicina, que “define e disciplina a telemedicina como forma de prestação de serviços médicos mediados por tecnologias”, mecanismo que poderia ser utilizado no plano carcerário como política pública para efetivação do direito à saúde.

5.2 O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

As Políticas de saúde no sistema carcerário brasileiro apresentam três marcos fundamentais: a Lei de Execução Penal datada de 1984 (BRASIL, 1984), o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário de 2003 (BRASIL, 2003; BRASIL, 2003b) e a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional de 2014 (BRASIL, 2014). A Lei de Execução Penal de 1984 (BRASIL, 1984) foi a pioneira na garantia dos direitos à saúde aos privados de liberdade e em seu artigo 14 prevê a assistência à saúde de pessoas privadas de liberdade com atendimento médico, farmacêutico e odontológico (BRASIL, 1984). A atenção à saúde determinada por esta Lei abrange a população prisional provisória ou apenada. É importante destacar o contexto político da sociedade brasileira na época da promulgação desta Lei, sendo um período de lutas da sociedade brasileira por direitos sociais e estabelecimento democrático do país.

Em 2003, foi aprovado o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (BRASIL, 2004) estabelecido pela portaria interministerial de nº 1.777/2003 (BRASIL, 2003). Este Plano objetivou legitimar a garantia do acesso à saúde para as pessoas privadas de liberdade, sendo consonante com os princípios de universalidade do sistema único de saúde (SUS). No referido Plano, é possível observar mudanças em expressões e terminologias, a exemplo de se denominar os indivíduos em reclusão como “pessoas privadas de liberdade”, denotando cuidados com o entendimento de

que as populações em situação de cárcere possuem direitos humanos fundamentais e que o sistema de reclusão as priva de sua liberdade, mas não exclui seus direitos.

É importante salientar que Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário representou também uma nova perspectiva para a atenção à saúde no sistema prisional, sendo estabelecida a composição mínima da equipe multiprofissional composta por médico, enfermeiro, cirurgião-dentista, assistente social, psicólogo, auxiliar de enfermagem e auxiliar de saúde bucal (BRASIL, 2004). Segundo este Plano, cada equipe de saúde deve ser responsável por até 500 indivíduos privados de liberdade, e nas unidades prisionais com até 100 pessoas o atendimento deve ser garantido pela rede de serviços de saúde do município onde se localiza a unidade prisional (BRASIL, 2004). Além da assistência farmacêutica, esta política demonstra uma estratégia à saúde integral, contemplando saúde bucal, saúde da mulher, infecções sexualmente transmissíveis, saúde mental, tuberculose, hipertensão, diabetes, dentre outros.

O Plano Nacional evidencia importantes princípios que devem nortear a saúde no Sistema Penitenciário, sendo estes a ética, a justiça, a cidadania, direitos humanos, participação e conquista de espaços democráticos, equidade, qualidade com eficiência e eficácia e, por fim, transparência (BRASIL, 2004).

Apurando-se a existência de diplomas normativos no ordenamento jurídico brasileiro e a existência de Plano Nacional, além da Política Nacional de 2014 que visam efetivar a saúde no contexto prisional, importante examinar duas perspectivas. Primeiramente, será necessário verificar se as referidas normativas estão prevendo, de forma suficiente, a efetivação do direito à saúde no mesmo sentido no qual o Estado brasileiro se comprometeu nos tratados internacionais de direitos humanos e, posteriormente, uma análise prática, no âmbito do estado da Bahia para que seja possível concluir pela efetivação prática ou não dos direitos previstos nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no sistema carcerário baiano.

Caso seja comprovada a primeira hipótese, será possível uma análise formal indentificando a (in)compatibilidade do sistema brasileiro quando comparado com o parâmetro dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, concluindo-se pela

omissão estatal na elaboração e avaliação de políticas públicas no sentido da efetivação do Direito à Saúde.

Certificando-se a segunda hipótese, no tópico seguinte, será possível concluir pela omissão estatal, ou não, de forma material e prática na efetivação das políticas públicas, com análises de dados governamentais, fator que poderá evidenciar a necessidade de aplicação do controle de convencionalidade para determinar que o Estado brasileiro cumpra as disposições formais da Lei e das respectivas Portarias citadas.

Necessário salientar que é possível concluir de forma positiva com relação às duas hipóteses, cenário no qual o controle de convencionalidade poderá atuar no sentido de promover a elaboração, a avaliação e a implementação efetiva das políticas públicas em análise.

É possível analisar as diretrizes estratégicas do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, vislumbrando-se, primeiramente, a necessidade de prestar assistência integral resolutiva, de forma contínua e de boa qualidade às necessidades de saúde da população penitenciária, o que evidencia a preocupação governamental em prestar o melhor atendimento possível no plano da saúde, às pessoas com privação de liberdade. A segunda diretriz prevista no plano é a que identifica a necessidade de contribuição para o controle e/ou redução dos agravos mais frequentes que acometem a população penitenciária, evidenciando uma preocupação preventiva com relação à população carcerária (BRASIL, 2004).

Além disso, o Plano identifica a importância de definir e implementar ações e serviços consoantes com os princípios e diretrizes do SUS, nos termos, inclusive, da Lei 8080/90. Também é prevista a necessidade de proporcionar o estabelecimento de parcerias por meio do desenvolvimento de ações intersetoriais e contribuir para a democratização do conhecimento do processo saúde/doença, da organização dos serviços e da produção social da saúde, evidenciando a importância de políticas educacionais. Por fim, evidencia o plano a importância de provocar o reconhecimento da saúde como um direito da cidadania e de estimular o efetivo exercício do controle social (BRASIL, 2004).

Sobre o financiamento, definiu o PNSSP Incentivo para Atenção à Saúde no Sistema Penitenciário, cabendo ao Ministério da Saúde financiar o equivalente a 70% dos recursos e ao Ministério da Justiça os demais 30%. O plano ainda fixou os valores correspondentes a R\$ 40.008,00 por ano para cada equipe que deverá ser implantada para cada grupo de até 500 presos, bem como R\$ 20.004,00 por ano como incentivo para as equipes de saúde que atuam em unidade com unidades com até 100 pessoas presas (BRASIL, 2004).

O Plano fixou, ademais, equipe técnica mínima, relacionada à atenção para até 500 (quinhentas) pessoas presas, com jornada de trabalho de 20 horas semanais devendo ser composta por médico, enfermeiro, cirurgião dentista, psicólogo, assistente social, auxiliar de enfermagem e auxiliar de consultório dentário (BRASIL, 2004).

Tendo em vista a importância da implementação de ações e serviços relativos à efetivação da saúde, a exposição da população carcerária a patologias específicas, a necessidade de prevenção e tratamento de doenças, tal como de estudos epidemiológicos sobre a população carcerária, foi aprovado o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário com o objetivo de prover a atenção integral à saúde da população prisional (BRASIL, 2004).

Para isso, foram previstas reforma e equipagem das unidades prisionais, organização do sistema de informação, implantação de ações de promoção à saúde, implementação de medidas de proteção, inclusive com vacinação, implantação de ações para prevenção de patologias e garantia de acesso aos serviços de saúde (BRASIL, 2004).

Saliente-se que o anexo I da Portaria que evidencia importantes linhas de ação como controle de tuberculose, de hipertensão e diabetes, dermatologia sanitária, saúde bucal, saúde da mulher, diagnóstico, aconselhamento e tratamento em DST's e atenção à saúde mental (BRASIL, 2004).

Necessário ainda destacar a Portaria Interministerial nº 1, de 2 de janeiro de 2014, que Instituiu a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas

de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) no Sistema Único de Saúde (SUS) (BRASIL, 2014).

A PNAISP, segundo a portaria citada, tem como norteadores os princípios do respeito aos direitos humanos e à justiça social, integralidade da atenção à saúde, equidade, promoção de iniciativas, corresponsabilidade e valorização de mecanismos de participação popular e controle social (BRASIL, 2014).

Continua, a Portaria, instituindo o objetivo geral da PNAISP como o de “garantir o acesso das pessoas privadas de liberdade no sistema prisional ao cuidado integral no SUS” (BRASIL, 2014), tendo, ademais, como objetivos específicos:

- I - promover o acesso das pessoas privadas de liberdade à Rede de Atenção à Saúde, visando ao cuidado integral;
- II - garantir a autonomia dos profissionais de saúde para a realização do cuidado integral das pessoas privadas de liberdade;
- III - qualificar e humanizar a atenção à saúde no sistema prisional por meio de ações conjuntas das áreas da saúde e da justiça;
- IV - promover as relações intersetoriais com as políticas de direitos humanos, afirmativas e sociais básicas, bem como com as da Justiça Criminal; e
- V - fomentar e fortalecer a participação e o controle social.

Por força da citada política, os indivíduos que estejam custodiados nos regimes semiaberto e aberto serão preferencialmente assistidos nos serviços da rede de atenção à saúde (BRASIL, 2014).

Há procedimento de adesão ao PNAISP que ocorre nos ditames do art. 13 da Portaria Interministerial nº 1/2014, p.

Art. 13. A adesão à PNAISP ocorrerá por meio da pactuação do Estado e do Distrito Federal com a União, sendo observados os seguintes critérios:

- I - assinatura de Termo de Adesão, conforme modelo constante no anexo I a esta Portaria;
- II - elaboração de Plano de Ação Estadual para Atenção à Saúde da Pessoa Privada de Liberdade, de acordo com o modelo constante no anexo III a esta Portaria; e
- III - encaminhamento da respectiva documentação ao Ministério da Saúde para aprovação.

§ 1º A adesão estadual, uma vez aprovada pelo Ministério da Saúde, será publicada no Diário Oficial da União por ato específico do Ministro de Estado da Saúde.

§ 2º Ao Estado e ao Distrito Federal que aderir à PNAISP será garantida a aplicação de um índice para complementação dos valores a serem repassados pela União a título de incentivo, que será objeto de ato específico do Ministro de Estado da Saúde.

Tendo em vista as legislações apresentadas e, principalmente, as Portarias Interministeriais 1.777/03 e 1/2014, constata-se que existem políticas públicas específicas com o objetivo de promover a saúde às pessoas privadas de liberdade no sistema prisional, cumprindo-se, na teoria, as diretrizes constantes nos tratados internacionais de direitos humanos, assim como na Constituição Federal. Entretanto, verifica-se na prática a implementação efetiva dos esforços gerenciais no cárcere para a efetivação da saúde?

Saliente-se que, caso haja posterior adesão de tratado internacional de direitos humanos sobre a efetivação da saúde das pessoas privadas de liberdade que venha a ampliar o acesso ao direito à saúde ou determinar um patamar mínimo de atenção à saúde, por meio do controle de convencionalidade, as portarias e legislações brasileiras poderão ser controladas conforme abordado neste trabalho.

Entretanto, havendo a possibilidade de controle judicial das políticas públicas, em especial as de saúde, pelo Poder Judiciário brasileiro, havendo omissão estatal ou elaboração de políticas públicas insuficientes, descumprindo-se a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, o Poder Judiciário poderá atuar condenando o Estado por sua omissão e estabelecendo a necessidade de adequação das políticas públicas ou da sua atuação prática com os ditames normativos.

O valor da dignidade da pessoa humana é parâmetro axiológico no plano do direito interno e internacional, estabelecendo dever de atuação positiva do Estado para proteção dos direitos humanos (GONÇALVES, 2017).

Duarte explicita a possibilidade de controle judicial das políticas públicas de saúde no que se refere à elaboração e à execução (DUARTE, 2020), asseverando, como ações próprias para controle judicial das políticas públicas de saúde a ação ordinária, o mandado de segurança, tanto individual quanto o coletivo, a ação civil pública e a ação popular, evidenciando-se a responsabilidade civil do Estado por ação ou por omissão (DUARTE, 2020).

Se posiciona Sabino (2013) defendendo que o Poder Judiciário é importante órgão na discussão a respeito de políticas públicas definidas pela Administração Pública, também na esfera da efetivação do direito à saúde. Posiciona-se no sentido de que a primazia na definição das políticas públicas de saúde é do Executivo, mas que o Poder Judiciário deve intervir para assegurar o direito à saúde de quem pleiteia, quando for o caso.

Portanto, após análise do conjunto normativo sobre as políticas públicas mais importantes sobre o tema da efetivação do direito à saúde das pessoas privadas de liberdade, demonstra-se a necessidade da análise prática e efetiva do cumprimento ou não das referidas políticas, para que seja averiguada a necessidade de aplicação do controle de convencionalidade pelo ordenamento jurídico brasileiro ou pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, de forma subsidiária, com a finalidade de efetivação do direito à saúde. No recorte espacial desta pesquisa, decidiu-se por realizar a análise dos dados referentes à saúde das pessoas privadas de liberdade no Estado da Bahia, conforme será realizado no próximo tópico do presente relatório de pesquisa.

5.3 A APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO QUADRO DA SAÚDE DE PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE NA BAHIA

Conforme debate ensejado no primeiro capítulo, com objetivo de descrever o quadro da saúde das pessoas privadas de liberdade em situação de cárcere, investigaram-se dados do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), elaborando-se tabelas com as referidas informações retiradas da ferramenta do Ministério da Justiça que cumpre com a Lei nº 12.714, de 14 de setembro de 2012 que trata do acompanhamento da execução das penas, da prisão cautelar e da medida de segurança (BRASIL, 2020).

Diversos problemas são flagrantes pelos dados referentes ao período de julho a dezembro de 2019, que descrevem total de 748.009 indivíduos privados de liberdades no Brasil, sendo que 362.547 se encontram em regime fechado, 133.408

em regime semiaberto, 25.137 em regime aberto, 222.558 em prisão provisória, 4.109 em medida de segurança e 250 em tratamento ambulatorial.

No período descrito, na Bahia, ha total de 15.108 presos, sendo 5.030 em regime fechado, 2.419 em regime semiaberto, 259 em regime aberto, 7.336 em regime provisório, 64 em medida de segurança e sem relatos de indivíduos em tratamento ambulatorial. Por motivo da pandemia do COVID-19, analisou-se, analiticamente, os dados do SISDEPEN/INFOPEN referentes ao primeiro semestre de 2020.

O primeiro problema relatado se refere à estrutura das penitenciárias, verificando-se ausência de consultório médico, consultório odontológico, sala de coleta de exames laboratoriais, sala de curativos, cela de observação, cela com enfermaria e solário, sanitário para a equipe de saúde, farmácia e sala multiprofissional em unidades prisionais. (Tabela 2, apêndices).

O número reduzido de profissionais médicos na Bahia também foi descrito, principalmente na área de clínica geral e de cirurgiões dentistas. Percebe-se que em Barreiras, Paulo Afonso e Simões filho não estavam disponíveis profissionais médicos especialistas, além da ausência de médicos de “outras especialidades” em onze municípios, fator que evidencia descumprimento das políticas públicas de saúde das pessoas privadas de liberdade. Simões filho e Paulo Afonso não possuíam cirurgiões-dentistas atuando no sistema carcerário, sendo que o último município citado não possui médico psiquiatra apresentando, apenas, um psicólogo. (Tabela 3, apêndices).

No primeiro semestre de 2020, foi possível observar melhoria na unidade de Feira de Santana que passou a demonstrar 43 profissionais de saúde. Em Salvador, houve uma grande diminuição, resultando em apenas um Médico de “outras especialidades”. Informação muito preocupante é a ausência de profissional de saúde bucal, seja dentista ou técnico em Simões Filho, além da ausência de médicos especialistas nas demais áreas em 9 cidades. Três cidades não possuem médicos psiquiatras e não há Clínico Geral em Jequié, fator evidencia a ausência de suporte especializado para a garantia dos direitos humanos.

Ressaltou-se o número insuficiente de cobertura vacinal da população considerando ambos os sexos no segundo semestre de 2019, sendo que, em 2020 houve incidência muito maior que em 2019.

Quadro grave em relação às prevalências de doenças transmissíveis na população privada de liberdade foi demonstrado, principalmente com relação à sífilis, HIV hepatites e tuberculose. Os dados de 2020 demonstraram maior número de casos de hepatite e, principalmente, de outras doenças, número que aumentou, aproximadamente doze vezes no público masculino e sete vezes em mulheres em período pandêmico.

Verificou-se, ainda, caso grave em aumento de óbitos que passou de 18 para 54, principalmente por motivos criminais, comprometimento da saúde suicídios e causas desconhecidas.

Tendo em vista a análise dos dados por meio desta pesquisa, é possível concluir que, em que pese, na teoria, as políticas públicas no setor da saúde dos indivíduos privados de liberdade demonstrem a preocupação e a necessidade de efetivação do direito à saúde, na prática, não há o atendimento, no Estado da Bahia, do mínimo exigido pelas políticas públicas analisadas nesse trabalho, nem mesmo ao mínimo existencial no que se refere ao atendimento integral da referida população. Concluiu-se por este fator a partir dos dados mencionados como, por exemplo, a pequena incidência de vacinação e a expressiva quantidade de unidades prisionais sem médicos psiquiátricos ou cirurgiões dentistas, por exemplo.

No panorama da efetivação do direito à saúde com relação à população carcerária na Bahia, nota-se a necessidade de aplicação do controle de constitucionalidade e, também, do controle de convencionalidade pelo Poder Judiciário Brasileiro, quando provocado, e, de forma subsidiária, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, intérprete última da Convenção Americana de Direitos Humanos. Caso o controle fosse utilizado de forma ampla, o executivo poderia ser compelido a, efetivamente, cumprir com as políticas públicas elaboradas.

Percebe-se que os casos submetidos ao Supremo Tribunal Federal se relacionam com a judicialização das políticas públicas sobre o sistema penitenciário, ocorrendo esta situação por motivo da insustentável ausência de providências, pelo poder público, no que toca aos direitos dos indivíduos privados de liberdade, fator que demonstra a necessidade de utilização do controle de convencionalidade neste tema (ROJO, 2018).

Portanto, é crucial evidenciar a importância do mecanismo estudado na presente pesquisa como possível solução para as problemáticas vivenciadas para a efetivação do direito à saúde das pessoas privadas de liberdade. O Controle de Convencionalidade por Omissão possibilitaria que, além do Poder Judiciário brasileiro, a Corte Interamericana de Direitos Humanos pudesse atuar, de forma subsidiária, analisando casos que possam envolver possíveis condenações com relação ao Estado por eventuais omissões e determinando o cumprimento das disposições dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, em especial os integrantes do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, podendo concluir pela responsabilidade do Estado que eventualmente possa descumprir as previsões dos referidos diplomas internacionais, o que poderia demonstrar, na prática uma sobreposição às forças gerenciais do executivo, em casos de violação dos direitos humanos.

5.4 O CASO CHINCHILA SANDOVAL E OUTROS VS. REPÚBLICA DA GUATEMALA E A ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA DE SAÚDE NO SISTEMA PRISIONAL

Diversos casos relacionados a omissões estatais evidenciam a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na efetivação da saúde. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à jurisdição da Corte Interamericana o caso denominado Chinchilla Sandoval e outros contra a República da Guatemala. Existe relação com o tema de violações dos direitos humanos da senhora María Inés Chinchilla Sandoval, por ações e omissões que levaram à sua morte, enquanto

estava privada de liberdade, cumprindo sentença criminal no Centro de Orientação à Mulher (COF) (CIDH, 2016).

A Comissão asseverou que o Estado tinha posição de garantidor de seus direitos à vida e à integridade, não tendo, entretanto, realizado diagnósticos completos para determinar a totalidade de doenças que padeceu e as necessidades específicas do tratamento correspondente. Explicitou que, pelo quadro de diabetes, o Estado não tinha garantido os controles periódicos, equipamentos e medicamentos especializados, nem mesmo a alimentação e os constantes cuidados necessários. Todavia, a senhora Chinchilla Sandoval se provia de seus próprios medicamentos e alimentos dependendo das suas possibilidades ou de seus parentes. (CIDH, 2016).

A situação resultou no agravamento das doenças e na amputação de uma das pernas, entre outras enfermidades. Alegou-se que, dadas as obrigações especiais que impõe sua situação de pessoa com deficiência, o Estado não lhe teria proporcionado condições adequadas de detenção para garantir o mínimo de seus direitos. No dia de sua morte, após cair da cadeira de rodas, não havia recebido atendimento médico adequado ou o tratamento hospitalar emergencial necessário (CIDH, 2016).

Informou-se que, apesar de ter recebido informações consistentes e periódicas sobre a situação de saúde da Sra. María e do impacto em sua vida e integridade, por meio de pedidos de autorização para comparecimento a consultas médicas, nos casos de libertação antecipada, o Juiz de execução da pena não deu proteção judicial em relação aos danos sofridos pela vítima (CIDH, 2016).

Por fim, foi salientado que o Estado não realizou investigação efetiva sobre a morte da vítima, o que viola os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, em relação aos seus quatro filhos, Marta María Gantenbein Chinchilla, Luz de María Juárez Chinchilla, Luis Mariano Juárez Chinchilla e outra filha não identificada (CIDH, 2016).

Neste panorama, a Comissão expediu recomendações ao Estado, nos seguintes termos:

1. Reparar integralmente as violações dos direitos humanos declaradas neste relatório, tanto materiais quanto morais.
2. Desenvolver e concluir uma investigação imparcial, completa e eficaz, com celeridade, a fim de estabelecer responsabilidades criminais ou outras pelas violações estabelecidas neste relatório.
3. Adotar medidas de não repetição que incluam: i) a garantia de acesso médico adequado e oportuno no Centro de Orientação à Mulher; ii) a garantia de condições adequadas de privação de liberdade às pessoas com deficiência no Centro de Orientação à Mulher, de acordo com as normas descritas neste relatório; iii) o fortalecimento institucional e a capacitação das autoridades judiciárias encarregadas da execução das penas, para que cumpram efetivamente seu papel de garantidoras dos direitos das pessoas privadas de liberdade; e iv) a regulamentação de um recurso judicial rápido e eficaz que permita obter a proteção dos direitos à vida e à integridade pessoal, à luz das necessidades de saúde das pessoas privadas de liberdade. (CIDH, 2016).

Após análise do direito à vida e da integridade como violados, a Corte declarou o Estado da Guatemala como responsável pela violação dos direitos humanos no referido caso, realizando um verdadeiro controle de convencionalidade por omissão, fixando condutas incompatíveis com o disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos. Decidiu, a Corte, pela necessidade de reparação às vítimas, além da obrigatoriedade de o Estado adotar políticas públicas para que não ocorram casos semelhantes de violação do direito à saúde e à vida no cárcere (CIDH, 2016).⁵²

⁵² Por tanto, LA CORTE DECIDE,

Por unanimidad:

1. Desestimar la excepción preliminar interpuesta por el Estado, en los términos de los párrafos 20 a 27 de esta Sentencia.

DECLARA,

por unanimidad, que:

2. El Estado es responsable por el incumplimiento de la obligación de garantizar los derechos a la integridad personal y a la vida, reconocidos en los artículos 5.1 y 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señora María Inés Chinchilla Sandoval, en los términos de los párrafos 183 a 225 de la presente Sentencia.

3. El Estado es responsable por el incumplimiento de su obligación de garantizar los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de la señora María Inés Chinchilla Sandoval, en los términos de los párrafos 241 a 256 de la presente Sentencia.

4. El Estado no es responsable por la alegada violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en perjuicio de los familiares de la señora María Inés Chinchilla, por las razones señaladas en los párrafos 240 y 257 a 260 de la presente Sentencia. No corresponde pronunciarse sobre el alegado incumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo 2 de la Convención, por las razones expuestas en el párrafo 254 de esta Sentencia.

Y DISPONE

Por unanimidad, que:

5. Esta Sentencia constituye per se una forma de reparación.
6. El Estado debe adoptar medidas para la capacitación de las autoridades judiciales a cargo de la ejecución de las penas, autoridades penitenciarias, personal médico y sanitario y otras autoridades competentes que tengan relación con las personas privadas de libertad, a fin de que cumplan efectivamente con su rol de garantes de los derechos de esas personas, en particular de los derechos a la integridad personal y a la vida, así como la protección de la salud en situaciones que requieran

Saliente-se importante fragmento da decisão que corrobora com análises demonstradas nesta pesquisa:

72. Bajo esa óptica es que la presente Sentencia es de suma relevancia. En primer lugar, las personas privadas de la libertad tienen derecho a cumplir su condena en condiciones que les garanticen una detención digna; esto no solamente implica las condiciones físicas del lugar, sino que al mismo tiempo impone a los Estados la adopción de aquellas medidas positivas para garantizar una amplia gama de derechos económicos, sociales y culturales que, infortunadamente, no han sido priorizados. En lo referente al “derecho a la salud” de las personas privadas de la libertad, la atención médica adecuada y oportuna juega un rol fundamental para prevenir mayores afectaciones a las condiciones de detención. Sin detrimento de lo anterior, los estándares vertidos, así como las limitaciones sobre el derecho a la salud, tienen un impacto directo sobre aquellas personas que se ven privadas de la libertad, pero que por alguna circunstancia han sido objeto de alguna limitación física al ingresar al centro de detención o bien, por factores internos o externos, se les genere alguna discapacidad durante el transcurso de su privación de la libertad (CIDH, 2016).

Outros casos analisados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos são de extrema importância na efetivação do direito à saúde no sistema presidial. É possível referenciar o Caso Hernández Vs. Argentina (Sentença de 22 de novembro de 2019) em que foi imposto, pelo Corte, a criação e o desenvolvimento de programa de treinamento para funcionários públicos das prisões de Buenos Aires, com a finalidade de especialização no tratamento da tuberculose nas prisões (CIDH, 2019).

atención médica, y debe llevar a cabo una serie de jornadas de información y orientación en materia de derechos humanos a favor de las personas que se encuentran privadas de libertad en el Centro de Orientación Femenina, en los términos de los párrafos 274 y 275 de esta Sentencia.

7. El Estado debe realizar las publicaciones que se indican en el párrafo 270 del presente Fallo, dentro del plazo de un año contado desde la notificación de la presente Sentencia.

8. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 304, 309, 315 y 320 de la presente Sentencia, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales y por el reintegro de costas y gastos y al Fondo de Asistencia Legal, en los términos de los referidos párrafos y de los párrafos 310 y 321 a 326 de esta Sentencia.

9. El Estado debe rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la presente Sentencia, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la misma.

10. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

El Juez Caldas y el Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot hicieron conocer a la Corte sus Votos Razonado y Concurrente, respectivamente.

Redactada en español en San José, Costa Rica, el 29 de febrero de 2016.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

O Caso Díaz Peña Vs. Venezuela (Sentença de 26 de junho de 2012) demonstra decisão da Corte no sentido de que o Estado adote as medidas necessárias para que as condições de detenção estejam conforme as normas internacionais, inclusive com alimentos de boa qualidade, mantendo a saúde e as forças da pessoa privada de liberdade, assim como cuidados de saúde necessários, adequados e dignos (CIDH, 2012).

No Caso Vélez Loo Vs. Panamá (Última Resolução de 29 de julho de 2020), foi exigido pela Corte que o Estado do Panamá venha a adotar todas as medidas cabíveis para proteger efetivamente os direitos à saúde, integridade pessoal e vida das mulheres e pessoas privadas de liberdade nas Estações de Recepção de Imigração *La Peñita* e *Laja Blanca* na Província de Darién, tal como com a exigência ao Estado do Panamá que assegure, de forma imediata e efetiva, o acesso a serviços essenciais de saúde, sem discriminação, para todas as pessoas que se encontram nas Estações de Recepção citadas, incluindo detecção e tratamento da COVID-19 (CIDH, 2020).

No campo brasileiro, necessário evidenciar o Assunto do Centro Penitenciário de Pedrinhas (Última resolução de 14 de outubro de 2019), em que houve requerimento, por parte da Corte ao Estado brasileiro para que este preste informações detalhadas sobre o estado de saúde das pessoas privadas de liberdade que possuem transtornos mentais nas unidades de Pedrinhas e informações detalhadas com relação aos planos e programas de desinstitucionalização das pessoas privadas de liberdade com transtornos mentais graves. Houve, ademais, requerimento ao Estado brasileiro sobre fluxos de atenção médica de emergência para pacientes com transtornos de saúde mental, tal qual o fluxo de cuidados dos internos nas unidades em que cumpram a pena, além da apresentação de ações implementadas com a finalidade do controle da violência intramuros, além do monitoramento de homicídios (CIDH, 2019), fator destacado neste trabalho, com aumento exponencial de casos no primeiro semestre de 2020.

Destacam-se, portanto, importantes casos que demonstram a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na promoção dos direitos humanos fundamentais à saúde, à vida e à integridade física no plano prisional, além da

possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas no plano internacional, mecanismo que pode contribuir com o Estado de Coisas Inconstitucional nos presídios da Bahia e do país.

Além dos casos citados, saliente-se a importância dos casos: Caso Mendoza Y Otros Vs. Argentina (Sentença de 14 de maio de 2013), Caso Tibi Vs. Equador (Sentença de 7 de setembro de 2004), Caso Rodríguez Revolorio Y Otros Vs. Guatemala (Sentença de 14 de outubro de 2019), Caso López Álvarez vs. Honduras (Sentença de 1 de fevereiro de 2006), Caso Servellón García y Otros vs. Honduras (Sentença de 21 de setembro de 2006), Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras (Sentença de 27 de abril de 2012), Caso Vélez Loo vs. Panamá (Sentença de 23 de novembro de 2010), "Instituto de Reeducação del Menor" Vs. Paraguai (Sentença de 2 de setembro de 2004), Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú (Sentença de 25 de novembro de 2004), Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú (Sentença de 25 de novembro de 2006), Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Peru (Sentença de 23 de novembro de 2015), Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago (Sentença de 21 de junho de 2002), Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago (Sentença de 11 de março de 2005), Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela (Sentença de 5 de julho de 2006), Caso Mota Abarullo y otros Vs. Venezuela (Sentença de 18 de novembro de 2020), Caso Olivares Muñoz y otros Vs. Venezuela (Sentença de 10 de novembro de 2020), todos de extrema importância na efetivação dos direitos à vida, à saúde e à integridade física no panorama prisional.

Destaque-se, ainda, a importância das discussões nos seguintes casos: *Asunto de las penitenciarias de Mendoza* (Última resolução de 1 de julho de 2011), Assunto do Presídio Urso Branco (Última resolução de 25 de agosto de 2011), Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (Última resolução de 22 de novembro de 2018), Assunto da Unidade de Internação Socioeducativa (Última resolução de 15 de novembro de 2017), *Asunto de diecisiete personas privadas de libertad respecto de Nicaragua. Medidas Provisionales* (Última Resolução de 19 de outubro de 2019), *Asunto del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II respecto Venezuela* (Última Resolução de 06 de setembro de 2012), *Asunto de Determinados Centros Penitenciarios de Venezuela. Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental*

(Cárcel de Uribana) respecto de Venezuela (Última Resolución de 13 de fevereiro de 2013), Asunto del Internado Judicial de Monagas ("La Pica") respecto Venezuela. Medidas Provisionales (Última Resolución de 6 de setembro de 2012), Asunto Centro Penitenciario de Aragua "Cárcel de Tocarón" respecto de Venezuela. Medidas Provisionales (Última Resolución de 6 de julho de 2011) Asunto Centro Penitenciario de la Región Andina respecto de Venezuela. Solicitud de Medidas Provisionales (Última Resolución de 6 de setembro de 2012).

A relevância dos posicionamentos da Corte Interamericana na efetivação do direito à saúde no Sistema Prisional, inclusive impondo a elaboração de políticas para melhoria do quadro de desrespeito aos direitos humanos se impõe. Portanto, necessária a discussão sobre a possibilidade de submissão de determinado caso à Corte Interamericana e sobre a legitimidade para a representação perante os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Para que a Corte Interamericana tenha atuação no caso concreto, o caso deverá ser encaminhado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou por determinado Estado membro, conforme disposto pela Convenção Americana, órgãos que terão atuação subsidiária ao Poder Judiciário brasileiro que pode demonstrar-se como insuficiente na efetivação dos direitos humanos. Importante averiguar de que modo os órgãos dos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos podem ser provocados, bem como se seria possível uma ampliação dos legitimados para postular perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com o objetivo da análise das políticas públicas de saúde e da atuação do Estado brasileiro no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

5.5 A REPRESENTAÇÃO PERANTE OS ÓRGÃOS DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E PROJETO DE LEI PARA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O art. 44 da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê a legitimidade de qualquer pessoa, grupo de pessoas ou entidade não governamental para apresentar petições à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, definindo que:

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte. (CADH, 1969).

É possível concluir por uma ampla legitimidade de atuação perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, fator que corrobora com o acesso à justiça no que tange aos direitos mais essenciais para a efetivação da dignidade da pessoa humana, que estão previstos nos tratados internacionais.

Entretanto, com base no princípio da legalidade no poder público, apura-se que os órgãos estatais apenas podem agir de acordo com previsão legal, fator que limita uma ampla atuação dos órgãos públicos perante o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

Por motivo da referida limitação, a Lei Complementar nº 80 de 1994, que organiza a Defensoria Pública, foi modificada em 2009, pela Lei Complementar nº 132, que indicou, como função do referido órgão, “representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos”. É inegável a importante alteração legislativa, tendo em vista a essencial atuação da Defensoria Pública para a primazia da dignidade da pessoa humana e para a redução das desigualdades sociais, para a afirmação do Estado Democrático de Direito, bem como para a prevalência e efetividade dos direitos humanos e a garantia dos princípios constitucionais.

A Ordem dos Advogados do Brasil, que tem por finalidade “defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas”, nos termos da Lei 8.906/94 (BRASIL, 1994), também evidencia, na prática, atuação perante a Comissão Interamericana de Proteção aos Direitos Humanos, fator que demonstra a atuação importante da ordem.

Além da Defensoria Pública e da Ordem dos Advogados do Brasil, o Ministério Público figura como importante órgão que, nos termos da Constituição Federal, no

art. 127, é “[...] essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 1988), tendo suas funções previstas no art. 129 que são essenciais para a efetivação dos direitos humanos, merecendo destaque a seguir:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
- IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

A ausência de previsão legal para atuação do Ministério Público perante os sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos foi determinante para que membros do Ministério Público atuassem, como pessoas físicas, para peticionarem à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.⁵³

Portanto, é proposto, neste trabalho, Projeto de Lei que possibilita a atuação do Ministério Público no que se refere à apresentação de representações aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos, com a respectiva justificativa anexa ao Projeto, o que possibilitaria um efetivo controle de convencionalidade, realizado pelo Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do Apêndice B.

⁵³ Neste sentido, Membro do MP vai a comissão da OEA contra prisão antes de trânsito em julgado. <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-26/membro-mp-corte-oea-prisao-antes-coisa-julgada>>.

O Projeto de Lei fixa a possibilidade de atuação do Ministério Público no sentido de apresentar representações aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos, propondo-se modificação no Art. 25. no sentido de prever que além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbiria, ainda, ao Ministério Público representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos, prevendo a possibilidade de atuação do Ministério Público no sentido de representar aos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, postulando perante seus órgãos.

O referido Projeto irá possibilitar a ação institucional do Ministério Público para elaborar e enviar petições, de forma subsidiária, aos órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos, notadamente a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em caso de omissão estatal ou violação dos direitos humanos.

Verifica-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê, no art. 44 que “qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte” o que possibilita um amplo acesso ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

Entretanto, pelo princípio da legalidade, as instituições públicas necessitam de previsão normativa estabelecendo a legitimidade para atuação perante os órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos. A Lei Complementar nº 132 de 2009 trouxe a possibilidade de atuação da Defensoria Pública, instituindo a representação aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos, alterando o inciso VI do Art. 4º da Lei Complementar 80 de 1994.

É nítida a atuação do Ministério Público na representação dos interesses da sociedade, tal qual na efetivação dos direitos humanos. Entretanto, por ausência de dispositivo legal, no caso de desrespeito aos direitos humanos e eventual omissão

do Poder Judiciário brasileiro, a instituição não possui meios de atuação perante os órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos.

Portanto, membros do Ministério Público, por encontrarem óbices na ausência de previsão legal para atuação institucional, necessitam atuar perante os órgãos internacionais de proteção de direitos humanos como pessoas físicas, havendo limitação à autonomia do órgão ministerial na proteção dos direitos humanos.

A Constituição Federal define, no art. 127, que “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 1988), com funções previstas no art. 129 que são de extrema importância para a efetivação dos direitos humanos.

Guardando o Ministério Público como órgão essencial para defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme redação do art. 1º da Lei Nº 8.625 de 12 de fevereiro de 1993, é primordial a sua atuação institucional perante os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos, notadamente a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que, atuando subsidiariamente aos órgãos brasileiros, após provocação do Ministério Público, poderá realizar análises de casos brasileiros à luz dos tratados internacionais de direitos humanos do Sistema Interamericano, realizando um verdadeiro controle de convencionalidade externo com relação ao ordenamento jurídico.

Portanto, apresenta-se Projeto de Lei com as justificativas trazidas, com a possibilidade de atuação de importante instituição que poderá provocar espécie de controle de convencionalidade, inclusive no plano internacional, perante o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (Apêndice B).

6 CONCLUSÃO

Considerando o debate aqui ensejado, conclui-se pela necessária e possível aplicação do controle de convencionalidade, de forma ampla, com a finalidade de efetivação do direito à saúde no campo prisional.

Para isso, primeiramente, realizou-se estudo de premissas iniciais sobre os direitos humanos fundamentais e os tratados internacionais de direitos humanos, discutindo-se sobre os conceitos e delimitações preliminares, principalmente no que se refere às expressões “direitos fundamentais”, “direitos humanos” e “direitos do homem”, concluindo-se pela proximidade axiológica entre as expressões que diferem pelas perspectivas formais de sua positivação.

No primeiro capítulo, delineou-se o conteúdo valorativo dos direitos humanos decorrentes dos tratados internacionais e a relação entre estes e o ordenamento jurídico brasileiro, arrolando na análise quatro teorias principais que objetivam fixar a posição hierárquico normativa dos diplomas internacionais. Dentre as teorias da supraconstitucionalidade, da legalidade, da constitucionalidade e da supralegalidade/infraconstitucionalidade, verificou-se que as últimas duas teorias são as mais defendidas pela doutrina de direitos humanos e pela posição majoritária do Supremo Tribunal Federal, respectivamente. Utilizou-se a teoria que evidencia a máxima efetivação dos direitos humanos, qual seja, a da constitucionalidade, com fundamento no art. 5º, § 2º da Constituição Federal.

Foi possível analisar a necessidade da jurisdição constitucional para a efetivação dos direitos humanos no Brasil, assim como os principais mecanismos de efetivação dos direitos humanos, destacando-se o controle de convencionalidade, que foi objeto central de análise do capítulo três.

Nele, conclui-se pela importância para a efetivação dos direitos humanos fundamentais. Para isso, primeiramente, foi analisada a importância do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, tal qual sua formação, destacando-se os diplomas fundamentais e os órgãos mais importantes,

notadamente a Comissão e a Corte Interamericana de Proteção aos Direitos Humanos.

Posteriormente, realizou-se análise conceitual sobre o controle de convencionalidade, com base na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, concluindo-se por sua definição como mecanismo que possibilita o controle de determinado ordenamento jurídico interno estatal, tendo como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos. Concluiu-se pela possibilidade de realização do controle de convencionalidade em um duplo plano, sendo possível e necessária a realização do controle por meio do Poder Judiciário brasileiro e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A jurisprudência da Corte também possibilita arrazoar pelo seu caráter vinculante, sendo o referido órgão o responsável pela última interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos, tal como dos demais tratados integrantes do Sistema Interamericano. A obrigatoriedade da realização do controle também foi evidenciada nas decisões da Corte, o que vincula a atuação do Estado brasileiro. Foi possível reconhecer a existência de diferentes formas de controle de convencionalidade, sendo estas por ação e omissão, de forma concentrada e difusa, incidental ou principal, além de abstrata e concreta.

A parametricidade do controle de convencionalidade em diferentes ordenamentos estatais também foi investigada, aferindo-se, primeiramente, a referente ao direito pátrio, sopesando, de acordo com decisão do Supremo Tribunal Federal, pela aplicação efetiva de um controle de suprallegalidade no que concerne aos tratados de direitos humanos que não foram aprovados pelo § 3º do art. 5º da Constituição, bem como pela possibilidade de controle de convencionalidade concentrado e difuso com relação aos tratados aprovados nos ditames do referido *quórum* qualificado, havendo a possibilidade de utilização, como parâmetro, a Convenção de Nova Iorque sobre os direitos das pessoas com deficiência, o seu protocolo facultativo e 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.

Malgrado a referida decisão, reflete-se que a posição doutrinária que mais se aproxima da máxima efetividade dos direitos humanos é a da constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, com fundamento no art. 5º, § 2º da Constituição Federal, o que evidencia a característica materialmente constitucional dos tratados incorporados nos termos do art. 5º, § 2º da Constituição, além do caráter formal e material daqueles tratados incorporados nos termos do § 3º do referido artigo.

Realizou-se a análise do controle de convencionalidade no ordenamento jurídico argentino, a ampla aplicação do mecanismo pela Corte Suprema de Justicia, com fundamento, inclusive, na Constituição, fator reconhecido pela Corte Interamericana. Conclui-se no sentido de que a discussão dominante no referido país é sobre qual normativa deveria prevalecer em caso de conflitos entre a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos.

Realizou-se, ainda, pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial no plano do ordenamento jurídico português sobre eventual possibilidade de aplicação do mecanismo investigado. A posição doutrinária, principalmente sustentada por Canotilho, Miranda e Barreto, evidencia grande valor oferecido aos tratados internacionais de direitos humanos, com fundamento, inclusive, nos preceitos constitucionais, tendo sido elaborada doutrina, defendida por Martins sobre espécie de constitucionalismo multilevel. Após investigação jurisprudencial no âmbito do Tribunal Constitucional Português, percebeu-se que houve decisões no sentido de realização da compatibilidade dos diplomas normativos portugueses tendo como parâmetro, além da Constituição, os tratados internacionais de direitos humanos.

No que se refere ao ordenamento jurídico espanhol, foi possível concluir pela interpretação em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos por meio de previsão constitucional e por posicionamentos doutrinários no sentido de uma internacionalização dos direitos fundamentais, com grande importância dos tratados internacionais de direitos humanos, inclusive no que toca as investigações sobre o denominado constitucionalismo europeu. Em que pese esforço doutrinário neste sentido, após consulta jurisprudencial relacionada ao Tribunal Constitucional Espanhol, verificaram-se decisões uníssonas com relação ao entendimento sobre o

controle de convencionalidade nos termos do conceito estabelecido pela Corte Interamericana, mas definindo-se pela inaplicabilidade do mecanismo da mesma forma, havendo, no âmbito do ordenamento espanhol uma análise apenas de aplicabilidade e não de validade.

Ainda concernente à parametricidade e aplicação do controle, foram investigadas decisões de Estados integrantes do Sistema Interamericano, chegando-se a reconhecer a ampla utilização do controle, destacando-se, dentre os países, o Chile, o Uruguai, o Paraguai e o México, todos ordenamentos que aplicam a compatibilização do ordenamento interno aos tratados internacionais de direitos humanos.

Finalizando o capítulo três, estudou-se a aplicação do controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, apontando-se casos em que houve violações dos direitos humanos, demonstrando a necessidade de aplicação do controle de convencionalidade e de suprallegalidade, a depender da teoria adotada, não apenas pelo poder judiciário, mas, também, pelos representantes do legislativo e do executivo, salientando-se a responsabilidade do poder público no que tange à aplicação do controle estudado.

No capítulo quatro foi investigada a possibilidade de controle de políticas públicas no ordenamento jurídico brasileiro, concluindo-se, primeiramente, pelas políticas públicas como uma tecnologia jurídica governamental e pela possibilidade de controle das mesmas, tendo em vista julgamento da ADPF 45/2004 pelo Supremo Tribunal Federal. Foram analisadas as formas de controle de políticas públicas no ordenamento jurídico brasileiro, concluindo-se pela possibilidade de controle das políticas públicas no âmbito do poder jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, principalmente no tocante ao controle das omissões estatais na efetivação dos direitos humanos fundamentais. Neste momento, foi analisado o Projeto de Lei 8058/2014 que objetiva normativizar as peculiaridades procedimentais e limites de atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas.

Verificando-se a possibilidade de controle internacional de políticas públicas tendo como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos, foi efetivada a

relação entre o referido mecanismo e a efetivação do direito à saúde no sistema carcerário. Para isso, foi analisado o direito à saúde como imanente aos direitos humanos fundamentais, realizando-se pesquisa sobre os principais diplomas normativos que tratam do direito à saúde no panorama nacional e internacional.

Posteriormente, a vulnerabilidade das pessoas privadas de liberdade relacionada à efetivação do direito à saúde foi analisada, concluindo-se pela presença de um Estado de Coisas Inconstitucional, declarado pelo Supremo Tribunal Federal, mas sem determinação de acompanhamento, avaliação e elaboração das políticas públicas de saúde no cárcere. Por este fator que evidencia a ineficiência do Executivo, do Legislativo e, até mesmo, do Poder Judiciário, propõe-se uma ampla atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos por meio da Comissão e da Corte, com análise do caso concreto e determinação de atuação estatal no sentido de elaboração ou efetivação das políticas públicas de saúde.

A saúde das pessoas privadas de liberdade na Bahia foi analisada, no intervalo do ano de 2019 e do primeiro semestre de 2020, por meio do sistema SISDEPEN/INFOPEN, realizando-se análise comparativa dos dados com a extração dos mesmos e elaboração de tabelas com cálculos percentuais, que evidenciam quadro que era de não efetivação do direito à saúde sendo, o referido panorama, encontrado em declínio, mais ainda, em período marcado pela pandemia do COVID-19. Concluiu-se, portanto, que em que pese as políticas públicas de saúde concernentes aos sistemas prisionais demonstrem uma compatibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos, na prática o direito à saúde não é efetivado, tendo em vista o pequeno número ou ausência de determinados profissionais de saúde, aumento da incidência de doenças, com ênfase em HIV, sífilis, tuberculose e hepatite, além de mortalidade, fator que evidencia a necessidade de atuação dos órgãos internacionais de direitos humanos.

Para possibilitar maior amplitude da atuação da Comissão e da Corte em casos de violação dos direitos humanos no Brasil, propõe-se alteração legislativa, incluindo-se a possibilidade de atuação institucional do Ministério Público perante os órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos para que além da Defensoria Pública e da Ordem dos Advogados do Brasil, o órgão ministerial possa submeter

demandas para apreciação dos órgãos do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Portanto, a partir de tudo quanto discutido no presente relatório derivado da pesquisa de mestrado, conclui-se pela necessária e possível aplicação do controle de convencionalidade de políticas públicas, inclusive por meio da Corte Interamericana de Direitos Humanos que poderá analisar casos concretos de violação ao direito à saúde no sistema presdial, determinando a implementação, avaliação e efetivação das políticas públicas na prática, sob pena de responsabilização internacional, para que o estado brasileiro venha a promover os direitos humanos, notadamente a saúde no sistema prisional, cumprindo, de forma efetiva com os deveres aos quais se comprometeu ao figurar como signatário dos tratados internacionais de direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ÁBALOS, Maria Gabriela. *Control de constitucionalidad y de convencionalidad: su imprescindible armonización. Derechos humanos y control de convencionalidad.* Dirigido por Mario A. R. Midon. 1. ed. Resistencia: ConTexto Libros, 2016.

ACCIOLY, Hildebrando et al; *Manual de Direito Internacional Público.* 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericanopara los tribunales nacionales, y su diferenciación cone el control de constitucionalidad.* Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.).. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário: Breves Ideias a Partir do Modo de Estruturação da Jurisdição. *In:* SUNFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. *Direito da Regulação e Políticas Públicas.* 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada e Protocolos Adicionais Anotados.* 1. ed. Porto: Legis Editora, 2008.

ALVES, Waldir; MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais.* Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

AMAYA, Jorge Alejandro. *Perspectivas y Prospectivas del Control de Constitucionalidad y Convencionalidad. Problemas de interpretación en el control constitucional y de convencionalidad.* 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2017. (Dirigido por Osvaldo A. Gonzáini.).

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

APPIO, Eduardo; MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (coord.). *Os juízes e o controle de convencionalidade no Brasil*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *O Supremo Tribunal Federal e a prisão civil*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ARLETTAZ, Fernando. Los derechos de las minorías ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *In*: ARLETTAZ, Fernando; SANABRIA, María Teresa Palacios. *Reflexiones en torno a derechos humanos y grupos vulnerables*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2015.

AVILÉS, María del Carmen Barranco. *La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales*. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Dykinson, 2000.

BAHIA. Secretaria de Saúde do Estado. SESAB. Disponível em: <http://www.saude.ba.gov.br/atencao-a-saude/saude-de-todos-nos/saude-no-sistema-prisional/>. Acesso em: 06 set. 2020.

BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem: anotada*. Coimbra: Almedina, 2015.

BARRETO; Rafael. *Direitos humanos*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

BARROSO, Luís Roberto; MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Constituição e tratados internacionais: Alguns Aspectos da Relação entre direito internacional e direito interno*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coo 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

BASTELLI, Ricardo. *Tutela Penal e Proteção das Minorias: Fundamento e Análise Criminológica*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASTOS, Carolina León. *La Interpretación de los Derechos Fundamentales Según los Tratados Internacionales Sobre Derechos Humanos: un estudio de la jurisprudência en España y Costa Rica*. 1. ed. Zaragoza: Reus. 2010.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BELAUNDE, Domingo García; MANCHEGO, José Felix Palomino; MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.) *El Control de Convencionalidad en el Perú*. Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

BERNARDO, Leandro Ferreira; ALTHAUS, Ingrid Giachini; BERNARDO, Leandro Ferreira (org.). *O Brasil e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: Uma análise das condenações sofridas pelo Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos e do seu cumprimento*. O Brasil e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Iglu, 2011.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional. A Synthese dos Principios e a Contribuição do Brasil. Tomo II*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1939.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 5. ed. 2012.

_____. *Teoria do Ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999.

BOGO CHIES, Luiz Antônio; ROTTA ALMEIDA, Bruno. Mortes sob custódia prisional no Brasil. Prisões que matam; mortes que pouco importam. *Rev. Cien. Soc.*, Montevideo, v. 32, n. 45, p. 67-90, dic. 2019.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Ciência Política*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BORGES, Thiago Carvalho. *Curso de Direito Internacional Público e Direito Comunitário*. São Paulo: Atlas, 2011.

BRANCO, Luizella Giardino Barbosa. *Transnormatividade e cosmopolitismo jurídico: interfaces do direito administrativo global*. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3163/2272> Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. *Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Artigo 13*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 30 out. 2019.

_____. *Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Artigo 283*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm Acesso em: 29 out. 2019.

_____. *Consolidação das leis do Trabalho*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm Acesso em: 16 out. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 29 out. 2019.

_____. *Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm Acesso em: 13 set. 2019.

_____. *Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm Acesso em: 18 out. 2019.

_____. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm. Acesso em: 19 out. 2019.

_____. STF - AI: 809018 SC. Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 25/09/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-199 DIVULG 09-10-2012 PUBLIC 10-10-2012. Brasília, 2012.

_____. TJ-PE - AC: 5291014 PE, Relator: Democrito Ramos Reinaldo Filho, Data de Julgamento: 20/02/2020, 1ª Câmara Regional de Caruaru - 2ª Turma, Data de Publicação: 16/03/2020. Brasília, 2020.

_____. STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191. Brasília, 2004.

_____. *STF Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF - Distrito Federal.* Relator: min. Marco Aurélio. Brasília, 2015.

_____. PROJETO DE LEI 8058/2014. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014. Acesso em: 19 out. 2019.

_____. Ministério da Saúde. Portaria Interministerial MS/MJ nº 1.777, de 9 de setembro de 2003. Aprova o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário. *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 176, Seção 1, p. 39-43, 11 set 2003.

_____. *Lei de Execução Penal.* Brasília, 1984. Disponível em: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 19 out. 2019.

_____. Ministério da Saúde e Ministério da Justiça. *Portaria Interministerial n.º 1.777/2003, de 09 de setembro de 2003.* Brasília, 2003.

_____. Ministério da Saúde. *Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário Brasília.* 2004. Disponível em: <http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/publicacoes/pnssp.pdf> Acesso em: 04 out. 2020.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria nº 482, de 1º de abril de 2014*. Brasília, 2014.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília, 2020.

_____. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 13 jan. 2021.

_____. *Recomendação Nº 62 de 17/03/2020 do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246#:~:text=Recomenda%20aos%20Tribunais%20e%20magistrados,de%20justi%C3%A7a%20penal%20e%20socioeducativo>. Acesso em: 1 jan. 2021.

BRASILEIRO, Eduardo Tambelini. *Os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos Incorporados ao Direito Brasileiro e a Constituição Federal/88*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

Cabrita, Isabel. *Direitos Humanos: um conceito em movimento*. Coimbra: Almedina. 2011.

CAMILO, Guilherme Vitor de Gonzaga. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade: "International Judicial Law Making" e o Diálogo Entre Cortes. Tribunais Internacionais e a Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. O Orçamento e a “Reserva do Possível”: Dimensionamento no Controle Judicial de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Ed. Coimbra. 2004.

CANTOR, Ernesto Rey. *Control de convencionalidad da las leyes y derechos humanos*. México: Porrúa, 2008.

_____. *Controles de Convencionalidad de Las Leyes*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2562/16.pdf> Acesso em: 27 set. 2019.

CARDOSO, Diego Brito. *Controle Judicial de Políticas Públicas: fundamentos, limites e consequências*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

CARNOTA, Walter F. ;MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Control de convencionalidade y activismo judicial*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai¹. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CARRAPATO, Pedro; CORREIA, Pedro; GARCIA, Bruno. Determinante da saúde no Brasil: a procura da equidade na saúde. *Saúde e Sociedade*, v. 26, n. 3, p. 676-689, 2017.

CARVALHO, Sérgio Garófalo de; SANTOS, Andreia Beatriz Silva dos; SANTOS, Ivete Maria. A pandemia no cárcere: intervenções no superisolamento. *Ciênc. saúde coletiva*, v. 25, n.9, ago.set. 2020. <https://doi.org/10.1590/1413->

81232020259.15682020. Disponível em:
<https://scielosp.org/article/csc/2020.v25n9/3493-3502/>. Acesso em: 01 jan. 2021.

CASSESE, Antonio. *Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo*. Barcelona: Ariel, 1993.

CASTILHO, Ricardo. *Direito Humanos. Processo histórico – Evolução no mundo, Direitos Fundamentais: constitucionalismo contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASTRO, Gina Gouveia Pires; NATHALIA, Thaminne; NETO, Antônio Beserra dos Santos. Controle de constitucionalidade no Brasil e Argentina – as origens e influências do controle de constitucionalidade sob uma perspectiva comparada. *Revista Jurídica Unicuritiba*, Curitiba, v. 4, n. 49, 2017.

CHILE. Código Procesal Penal Chileno. Disponível em:
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595> Acesso em: 25 set. 2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

COLEBATCH, H. K. *Policy*. Minneapolis: Minnesota University Press, 1998.

COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia de Unificación – SU 559, de 06/11/1997*. Disponível em:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 22 set. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório N° 54/01* Caso 12.051 Maria da Penha Maia Fernandes Brasil*. 4 de Abril de 2001. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em:
<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 16 out. 2016.

_____. *A CIDH urge os Estados a garantir a saúde e a integridade das pessoas privadas de liberdade e de suas famílias diante da pandemia da COVID-19*. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/066.asp>. Acesso em: 22 nov. 2020.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/doc/who-we-are/history/overview-section-history-icrc.htm>
Acesso em: 04 out. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin; PEREIRA, Giovanna de Mello Cardoso. Normas Ius Cogens e Princípio Pro Persona. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. *Controle de Convencionalidade*. Temas Aprofundados. Salvador: Juspodivm, 2018.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *Controle de Convencionalidade e Constitucionalismo Latino-Americano*. 2012. Tese. (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS. *Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975*. Conseil Constitutionnel Français. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1975/74-54-dc/decision-n-74-54-dc-du-15-janvier-1975.7423.html> Acesso em: 10 ago. 2016.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. *Preâmbulo*. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 18 ago. 2019.

COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations*. 6. ed. Boston, Brown and Co., 1890.

CORDEIRO, Wolney de Machado. O Controle de Convencionalidade e a reforma trabalhista: adequação da Lei nº 13.467, de 13.07.2017 aos padrões regulatórios da Organização Internacional do Trabalho. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. *Controle de Convencionalidade*. Temas Aprofundados. Salvador: Juspodivm, 2018.

CORNEJO, Abel. *Defensa eficaz y control de convencionalidad*. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gelman Vs. Uruguai - Sentença de 24 de Fevereiro de 2011*. Uruguai, 2011.

_____. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf
Acesso em: 16 out. 2019.

_____. *Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Tibi Vs. Ecuador, Del 7 de septiembre de 2004*. Uruguai, 2004.

_____. *Case of "The Last Temptation of Christ" (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile. Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 5, 2001. Series C No. 73*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_ing.pdf
Acesso em: 22 set. 2019.

_____. *Case of Almonacid Arellano et al. v. Chile. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 26, 2006. Series C No. 154*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=en>
Acesso em: 15 set. 2019.

_____. *Case of Boyce et al. v. Barbados. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 20, 2007. Series C No. 169*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf
Acesso em: 22 set. 2019.

_____. *Case of Cabrera García and Montiel-Flores v. Mexico. Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of November 26, 2010 Series C No. 220*. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. *Case of Fermín Ramírez v. Guatemala. Monitoring Compliance with Judgment.* Order of the Inter-American Court of Human Rights of May 09, 2008. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/supervisiones/Fermin_09_05_08.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. *Case of Gomes Lund et al. ("Guerrilha do Araguaia") v. Brazil.* Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of November 24, 2010. Series C No. 219. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=en>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. *Case of Heliodoro-Portugal v. Panama. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of August 12, 2008.* Series C No. 186. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. *Case of Herrera Ulloa v. Costa Rica. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs.* Judgment of July 2, 2004. Series C No. 107. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. *Case of La Cantuta v. Peru. Merits, Reparations and Costs.* Judgment of November 29, 2006. Series C No. 162. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. *Case of Manuel Cepeda Vargas v. Colombia.* Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of May 26, 2010. Series C No. 213. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_213_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. *Case of Myrna Mack Chang v. Guatemala. Merits, Reparations and Costs.* Judgment of November 25, 2003. Series C No. 101. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. *Case of the Dismissed Congressional Employees (Aguado - Alfaro et al.) v. Peru.* Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 24, 2006. Series C No.158. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=en> Acesso em: 18 set. 2019.

_____. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf en Acesso em: 22 set. 2019.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Caso Hernández Vs. Argentina (Sentença de 22 de novembro de 2019)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela (Sentença de 26 de junho de 2012)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá (Última Resolução de 29 de julho de 2020)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. . Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Assunto do Centro Penitenciário de Pedrinhas (Última resolução de 14 de outubro de 2019)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Caso Mendoza Y Otros Vs. Argentina (Sentença de 14 de maio de 2013)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Caso Tibi Vs. Equador (Sentença de 7 de setembro de 2004)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Caso Rodríguez Revolorio Y Otros Vs. Guatemala (Sentença de 14 de outubro de 2019)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Caso López Álvarez vs. Honduras (Sentença de 1 de fevereiro de 2006)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Caso Servellón García y Otros vs. Honduras (Sentença de 21 de setembro de 2006)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras (Sentença de 27 de abril de 2012)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Caso Vélez Loo vs. Panamá (Sentença de 23 de novembro de 2010)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *"Instituto de Reeducação del Menor" Vs. Paraguai (Sentença de 2 de setembro de 2004)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú (Sentença de 25 de novembro de 2004)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú (Sentença de 25 de novembro de 2006)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Peru (Sentença de 23 de novembro de 2015)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago (Sentença de 21 de junho de 2002)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago (Sentença de 11 de março de 2005)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela (Sentença de 5 de julho de 2006)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Caso Mota Abarullo y otros Vs. Venezuela (Sentença de 18 de novembro de 2020)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Caso Olivares Muñoz y otros Vs. Venezuela (Sentença de 10 de novembro de 2020), todos de extrema importância na efetivação dos direitos à vida, à saúde e à integridade física no panorama prisional*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Asunto de las penitenciarias de Mendoza (Última resolución de 1 de julio de 2011)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Assunto do Presídio Urso Branco (Última resolução de 25 de agosto de 2011)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (Última resolução de 22 de novembro de 2018)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Assunto da Unidade de Internação Socioeducativa (Última resolução de 15 de novembro de 2017)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Asunto de diecisiete personas privadas de libertad respecto de Nicaragua. Medidas Provisionales (Última Resolución de 19 de outubro de 2019)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Asunto del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II respecto Venezuela (Última Resolución de 06 de setembro de 2012)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Asunto de Determinados Centros Penitenciarios de Venezuela. Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Urbana) respecto de Venezuela (Última Resolución de 13 de fevereiro de 2013)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Asunto del Internado Judicial de Monagas ("La Pica") respecto Venezuela. Medidas Provisionales (Última Resolución de 6 de setembro de 2012)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Asunto Centro Penitenciario de Aragua "Cárcel de Tocorón" respecto de Venezuela. Medidas Provisionales (Última Resolución de 6 de julho de 2011)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. *Asunto Centro Penitenciario de la Región Andina respecto de Venezuela. Solicitud de Medidas Provisionales (Última Resolución de 6 de setembro de 2012)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA. *Sentencia de 9 de mayo de 1995 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Acción Inconstitucional. Voto 2313-95 (Expediente 0421-S-90), considerando VII.* Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 05 jan. 2021.

CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN ARGENTINA. *Gramajo Marcelo Eduardo Robo en grado de tentativa -causa N° 1573. 05/09/2006*. Disponível em: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/consultaSumarios/buscar.html> Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Caso “Mazzeo, Lulio Lilo y otros Recurso de Casación e Inconstitucionalidad, 13 de julio de 2007. <http://sjconsulta.csjn.gov.ar> Acesso em: 25 out. 2019.

COSTA, Jaqueline Sérgio da; SILVA, Johnny Clayton Fonseca da; BRANDÃO, Eric Scapim Cunha; BICALHO, Pedro Paulo Gastalho. Covid-19 no sistema prisional brasileiro: da indiferença como política à política de morte. *Psicologia & Sociedade*, v.32, sep 04, 2020. <https://doi.org/10.1590/1807-0310/2020v32240218>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822020000100412&tIng=pt Acesso em: 01 jan. 2021.

CREGO, María Díaz. *Protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea y en los Estados Miembros*. 1. ed. Madrid: Reus, 2009.

CUNHA JR., Dirley da. _____. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. 1. ed. São Paulo: Saraiva: 2004.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. *A Natureza Material Dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/a-natureza-material-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-junior>. Acesso em: 23 out. 2019.

CUÉLLAR, Alejandro Forero; TORTOSA, María Celeste; DRECKMANN, Klaus. MARKOV, Dimitar; DOICHINOVA, Maria. CSD. *Vulnerable Groups of Prisoners: A Handbook*. Sofia: CSD, 2015

DANTAS, Miguel Calmon Teixeira de Carvalho. *Direito à Constitucionalização de Direitos*. Direitos Constitucionalizados/coordenadores: Adroaldo Leão e Rodolfo Pamplona Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Constitucionalismo Dirigente Brasileiro e a Pós-Modernidade: Resistência e Projeção do Estado Social Enquanto Dimensão do Estado Democrático de Direito*. 2008. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008.

_____. *Máximo Existencial como Direito Fundamental. Rejeitando a Tese do Mínimo Vital pelo Desenvolvimento de Referenciais mais Protetivos*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

DANIEL, Juliana Maia. Discricionariiedade Administrativa em Matéria de Políticas Públicas. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DIAS, Jean Carlos. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, Vol I*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DOMÍNGUEZ, Andrés Gil. *Control de Convencionalidad, Derechos y Democracia. Derechos humanos y control de convencionalidad*. Dirigido por Mario A. R. Midon. 1. ed. Resistencia: ConTexto Libros, 2016.

_____. *Control de Convencionalidad, control de constitucionalidad e interdicción de la tortura en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. El control de convencionalidad*. Coordinado por Susana Albanese. 1. ed. Buenos Aires: Ediar, 2008.

DULITZKY; Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. *International Law Journal*, v. 50, n.1, 2015.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTERRÍA, E. Garcia; LINDE, E. ; ORTEGA. L. I.; MORON, M. Sanchez. *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos*. Madrid: Civitas, 1979.

ESPAÑA. *Constitución Española*. 1978. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: 29 out. 2020.

_____. Tribunal Constitucional da Espanha. Pleno. *SENTENCIA 140/2018, de 20 de diciembre (BOE (Official State Gazzete) number 22 of 25 January 2019)*. Espanha, 2018.

_____. Tribunal Constitucional da Espanha. Sala Segunda. *SENTENCIA 10/2019, de 28 de enero (BOE (Official State Gazzete) number 46 of 22 February 2019)*. Espanha, 2019a.

_____. Tribunal Constitucional da Espanha. Sala Segunda. *SENTENCIA 23/2019, de 25 de febrero (BOE (Official State Gazzete) number 73 of 26 March 2019)*. Espanha, 2019b.

_____. Tribunal Constitucional da Espanha. Sala Segunda. *SENTENCIA 35/2019, de 25 de marzo (BOE (Official State Gazzete) number 99 of 25 April 2019)*. Espanha, 2019c.

_____. Tribunal Constitucional da Espanha. Sala Segunda. *SENTENCIA 36/2019, de 25 de marzo (BOE (Official State Gazzete) number 99 of 25 April 2019)*. Espanha, 2019d.

_____. Tribunal Constitucional da Espanha. Sala Segunda. *SENTENCIA 80/2019, de 17 de junio (BOE (Official State Gazzete) number 177 of 25 July 2019)*. Espanha, 2019e.

_____. Tribunal Constitucional da Espanha. Pleno. *SENTENCIA 87/2019, de 20 de junio (BOE (Official State Gazzete) number 177 of 25 July 2019)*. Espanha, 2019f.

_____. Tribunal Constitucional da Espanha. Pleno. *SENTENCIA 118/2019, de 16 de octubre (BOE (Official State Gazzete) number 279 of 20 November 2019)*. Espanha, 2019g.

ESTAPÀ, Jaume Saura. La Exigibilidad Jurídica de los Derechos Humanos: Especial Referencia a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. In: PÉREZ, Jordi Bonet; ESTAPÀ, Jaume Saura. *El Derecho Internacional de los derechos humanos en períodos de crisis. Estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*. 1. ed. Madrid: Marcial Pons, 2013.

FALCÃO JÚNIOR, Alfredo Carlos Gonzaga. Cumprimento de Medidas Provisórias Impostas pela Corte Interamericana no Caso do Complexo Prisional do Curado: desafios do Ministério Público Federal no Controle de Convencionalidade. *In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. Controle de Convencionalidade. Temas Aprofundados. Salvador: Juspodivm, 2018.*

FARIA, Ana Amélia Cypreste; BARROS, Vanessa de Andrade. Tráfico de drogas: uma opção entre escolhas escassas. *Psicol. Soc.*, Florianópolis, v. 23, n. 3, p. 536-544, dec. 2011.

FERNANDES, Antônio José. *Direitos Humanos e Cidadania Europeia. Fundamentos e Dimensões. Coimbra: Almedina, 2004.*

FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. *La Transversalidad de los Derechos Humanos en las Políticas Públicas y su Eficacia en Períodos de Crisis. In: PÉREZ, Jordi Bonet; ESTAPÀ, Jaume Saura. El Derecho Internacional de los derechos humanos en períodos de crisis. Estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad. 1. ed. Madrid: Marcial Pons, 2013.*

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. Madrid: Editorial Trotta, 2010.*

FERRARESI, Eurico. A Responsabilidade do Ministério Público no Controle das Políticas Públicas. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.*

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. *O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa: direitos políticos e inelegibilidades. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.*

FERREIRA, Valquíria Pereira et al. Prevalência e fatores associados à violência sofrida em mulheres encarceradas por tráfico de drogas no Estado de Pernambuco, Brasil: um estudo transversal. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 19, n. 7, p. 2255-2264, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.*

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. *O diálogo entre cortes e o novo paradigma para o juiz brasileiro: o controle difuso de convencionalidade*. 2016. Tese. (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016.

FLORES, Joaquín Herrera. *A reinvenção dos direitos humanos*. 1. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FONSÊCA, Vitor Moreira da. *Processo Civil e Direitos Humanos: o controle de convencionalidade no processo civil*. 2017. Tese. (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017.

FORMENTO, Augusto; DELPIAZZO, Jose Miguel. *Primer Reconocimiento Jurisprudencial del Bloque de Constitucionalidad: Concepto, Importancia, Efectos Jurídicos Y Perspectivas*. Revista de Derecho de La Universidad de Montevideo. Disponível em: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Formento-y-Delpiazco-Primer-reconocimiento-jurisprudencial-del-bloque-de-constitucionalidad-concepto-importancia-efectos-juridicos-y-perspectivas.pdf>. Acesso em: 28 set. 2019.

FRANCO, Fernanda Cristina; PETERKE, Sven. Controle de Convencionalidade: Proteção dos Céus ou Vigilância dos Infernos? Análise Cética dos Posicionamentos Doutrinários sobre essa figura controversa. In: MAIA, Luciano Mariz;. LIRA, Yulgan. *Controle de Convencionalidade. Temas Aprofundados*. Salvador: Juspodivm, 2018.

FUX, Luiz. *Jurisdição Constitucional, democracia e direitos fundamentais*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *O §3º do art. 5º da constituição federal: um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Brasil*. 2005. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28552.pdf> Acesso em: 28 set. 2019.

GALLICCHIO, Eduardo G.; MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (cord.). Esteva. *El control de convencionalidad en Uruguay*. Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano. 1. ed. Brasília, DF. Gazeta Jurídica, 2013.

GARCÍA, David Bondia. La Exigibilidad del Derecho a la Salud en Situaciones de Crisis Sanitarias. In: PÉREZ, Jordi Bonet; ESTAPÀ, Jaume Saura. *El Derecho Internacional de los derechos humanos en períodos de crisis. Estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*. 1. ed. Madrid: Marcial Pons, 2013.

GIMÉNEZ, Hector. *Interpretación conforme y principio pro-homine en el control de convencionalidad. Derechos humanos y control de convencionalidad*. Dirigido por Mario A. R. Midon. 1. ed. Resistencia: ConTexto Libros, 2016.

GISBERT, Rafael Bustos. *La Constitución Red: Un Estudio Sobre Supraestatalidad y Constitución*. 1. ed. Bilbao: Eusko Jaurlaritza. Gobierno Vasco, 2005.

GLASENAPP, Ricardo Bernd. *Controle de Convencionalidade por Omissão: A responsabilidade do Presidente da República na efetividade dos Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos*. 2015. Tese. (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2015.

GOMES, Jesus Tupã Silveira. *Controle de Convencionalidade no poder Judiciário: da hierarquia normativa ao diálogo com a corte interamericana de direitos humanos*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

GONÇALVES, Heloísa Clara Araújo Rocha. O Controle de Convencionalidade Judicial como Meio de Efetivação da Justiça. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. *Controle de Convencionalidade. Temas Aprofundados*. Salvador: Juspodivm, 2018.

GONÇALVES, Rafaela Caldeira. *Controle de Convencionalidade das Decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo à Luz da Convenção de Belém do Pará*. 2017. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

GONÇALVES, Vinicius de Almeida de Almeida. A figura do bloco de convencionalidade nas decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 8, n. 2, p. 417, 2013.

GRIGOLON, Stefano Benetton Pizzol; AMARAL, Madson Anderson Corrêa Matos do. Soberania, Jurisdição Internacional e Controle de Convencionalidade: uma análise dos 10 anos da criação da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) e uma crítica a respeito da eficácia das decisões internacionais do ordenamento jurídico interno. *In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. Controle de Convencionalidade. Temas Aprofundados*. Salvador: Juspodivm, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GUERRA, Luis López. El carácter dinâmico del sistema europeo de protección de los derechos humanos. *In: MATEU, J. C. Carbonell; CUSSAC, J. L. González. BERENGUER, E. Orts. Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*. Tomo II. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009.

GUERRA, Sidney. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

GUSTIN, Miracy; DIAS, Maria Teresa. *(Re) Pensando a Pesquisa Jurídica*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HÄBERLE, Peter. Derecho Constitucional Común Europeo. *In: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

HARDMAN, Antônio Ítalo. Controle de Convencionalidade e a Nova Constituição: O Interconstitucionalismo à Luz do Direito Interamericano. *In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. Controle de Convencionalidade. Temas Aprofundados*. Salvador: Juspodivm, 2018.

HENKIN, Louis. *International Law: politics, values and principles*. Boston: Martinus Nijhoff, 1990.

HITTERS, Juan Carlos. *El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana (supervisión supranacional. Cláusula federal)*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai.. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *O Custo dos Direitos: Porque a liberdade depende dos impostos*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. Disponível em: <http://www.mariadapenha.org.br/index.php/quemsomos/maria-da-penha>. Acesso em: 16 de outubro de 2019.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Traduzido por João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KOIKE, Maria Lygia de Almeida e Silva. *O Direito à Verdade e à Memória no Caso da Guerrilha do Araguaia*. 1. ed. Coimbra: Ed. Coimbra. 2014.

L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat. L'Institut de Droit international, Session de Milan – 1993*. Disponível em: http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/1993_mil_01_fr.PDF Acesso em: 22 set. 2019.

LABRANO, Roberto Ruiz Díaz. *El control de convencionalidad, su aplicabilidad en el Mercosur. Derechos humanos y control de convencionalidad*. Dirigido por Mario A. R. Midon. 1. ed. Resistencia: ConTexto Libros, 2016.

LEAL, César Barros. *Execução Penal na América Latina à Luz dos Direitos Humanos. Viagem pelos caminhos da dor*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

LEÃO, Adroaldo. *Direito à Jurisdição Constitucional Democrática*. Direitos Constitucionalizados: Coordenadores: Adroaldo Leão e Rodolfo Pamplona Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LÉRTORA, Martha Helia Altabe. *Control judicial de convencionalidad de oficio. Derechos humanos y control de convencionalidad*. Dirigido por Mario A. R. Midon. 1. ed. Resistencia: ConTexto Libros, 2016.

LIMA, Beatriz Canhoto; LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Influência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Âmbito do Direito Interno Brasileiro sob a Ótica da Teoria do Duplo Controle. Tribunais Internacionais e a Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

LIMA, Luís Carlos Santos. Controle de Convencionalidade e Transnacionalidade: Limites e potencialidades na relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. *Controle de Convencionalidade. Temas Aprofundados*. Salvador: Juspodivm, 2018.

LOIANNO, Adelina. *El Principio de Legalidad en el Control de convencionalidad. Un Nuevo desafío para los Jueces Nacionales. Problemas de interpretación en el control constitucional y de convencionalidad*. Dirigido por Osvaldo A. Gonzáini. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2017.

_____. *El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema argentina "Arancibia Clavel", "Simón", "Mazzeo"*. *El control de convencionalidad*. Coordinado por Susana Albanese. 1. ed. Buenos Aires: Ediar, 2008. p. 113.

LOPES, R. M. F; MELLO, D.C. Lima II. *Mulheres Encarceradas e Fatores Associados a Drogas e Crimes*. *Ciências & Cognição*, v. 15, n.2, p.121-113, 2010..

LUCCHETTI, Alberto. *Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad*. *El control de convencionalidad*. Coordinado por Susana Albanese. 1. ed. Buenos Aires: Ediar, 2008.

LUQUE, Carlos. *Nociones primarias para el entendimiento de los derechos humanos, el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad*. Derechos humanos y control de convencionalidad. Dirigido por Mario A. R. Midon. 1. ed. Resistencia: ConTexto Libros, 2016.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad El Nuevo Paradigma Para el Juez Mexicano*. Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Compêndio de introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan; LIRA, Yure. Controle de Convencionalidade nos Recursos Excepcionais. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. *Controle de Convencionalidade. Temas Aprofundados*. Salvador: Juspodivm, 2018.

MARINONI, Luis Guilherme; MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro)*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba; ROIG, Rafael; AVILÉS, María. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. 1. ed. Madrid: Dykinson, 2004.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Estudos de Direito Internacional e da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2019.

_____. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2012.

MARTINS, Flávia Bahia. *Direito Constitucional*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

_____. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____.; MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro*. Controle de Convencionalidade. Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 05.

_____. *Curso de Direito internacional Público*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. Uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Podem os Tratados de direitos humanos não “equivalentes” às Emendas Constitucionais servir de paradigma ao controle concentrado de convencionalidade? *In*: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. *Controle de Convencionalidade. Temas Aprofundados*. Salvador: Juspodivm, 2018.

MELO, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

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

MENEZES, André Felipe Barbosa de. *Controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos*. 2009. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco. Faculdade de Direito do Recife. Recife, 2009.

MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: Jurisdição e Competência*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIDÓN, Mario A. R. *Control de Convencionalidad*. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2016.

_____. *Acerca de la prevalência de los Tratados de Derechos Humanos sobre la Constitución. Derechos humanos y control de convencionalidad*. Dirigido por Mario A. R. Midon. 1. ed. Resistencia: ConTexto Libros, 2016.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Tradução da edição portuguesa.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Vol I. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Vol II. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Volume I. 2. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017.

_____. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina. 2017.

MONTEMEZZO, Franciele Pasternak. *Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais Sociais: A Atuação do Poder Judiciário no Controle de Políticas Públicas*. In: _____. *Monografias Esther de Figueiredo Ferraz. Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. São Paulo: IASP, 2015.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. 9. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Daniele Alves. *O controle jurisdicional de políticas públicas pela instrumentalização do processo coletivo*. 2016. Tese. (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. 2016. Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/> Acesso em: 18 out. 2019.

MOREIRA, Thiago Oliveira. *O Exercício do Controle de Convencionalidade pelos Tribunais Latino-Americanos*. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. *Controle de Convencionalidade. Temas Aprofundados*. Salvador: Juspodivm, 2018.

NERY, Bianca Garcia. Estado de Coisas Inconstitucional e Litígio Estrutural: A Concretização dos Direitos Fundamentais sob uma Perspectiva Dialógica. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto-SP, ano XXIII, v. 27, n. 1, p. 92-114, jan./abr. 2018. ISSN 2318-8650.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 201, jan./mar. 2014.

NIKKEN, Pedro. *La Proteccion Internacional de Los Derechos Humanos: su desarrollo progresivo*. Madrid: Civitas, 1987.

ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. O Controle Judicial das Políticas Públicas por meio do Mandado de Injunção, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Contornos e Perspectivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Carta da Organização dos Estados Americanos. Disponível em: http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm#ch1 Acesso em: 18 ago. 2016.

_____. Carta Democrática Interamericana. Disponível em: http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democractic_Charter.htm Acesso em: 18 ago. 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção 148 da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/500>. Acesso em: 18 ago. 2016.

_____. Convenção 155 da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em <http://www.oitbrasil.org.br/node/504> Acesso em: 18 ago. 2016.

_____. Disponível em <http://www.oitbrasil.org.br/node/504> Acesso em: 18 ago. 2016.

_____. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/500> Acesso em: 18 ago. 2016.

_____. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/convention> Acesso em: 20 ago. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 70/175 da Assembleia-Geral das Nações Unidas. Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos. Regras de Nelson Mandela. 2015. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.

_____. Resolução nº 45/110. Regras de Tóquio. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>. Acesso em: 22 set. 2020.

_____. Constituição da Organização Mundial da Saúde, 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 22 out. 2020.

OTEIZA, Eduardo; MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Efectos de la doctrina sobre el control de convencionalidad de acuerdo con los precedentes de la Corte Suprema de Justicia argentina*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo ; LEÃO, Adroaldo (coord.). *Direito ao Trabalho*. Direitos Constitucionalizados. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEIXER, Janaína Freiberg Benkendorf; ALTHAUS, Leandro Ferreira Bernardo; GIACHINI, Ingrid. (org.). *A Posição Hierárquica dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro. O Brasil e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Iglu, 2011.

PEIXOTO, Geovane de Mori. *Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

PEREIRA, Rodrigo Clemente de Brito. Controle de Convencionalidade na via Concentrada. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. *Controle de Convencionalidade. Temas Aprofundados*. Salvador: Juspodivm, 2018.

PEREIRA, Vitor Moreno Soliano. *Interações judiciais transnacionais em matéria constitucional*. 2014. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

PÉREZ, Jordi Bonet; ESTAPÀ, Jaume Saura. *El Derecho Internacional de los derechos humanos en períodos de crisis. Estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*. 1. ed. Madrid: Marcial Pons, 2013.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003.

PINTO, Marcos José. *O Caso Gomes Lund e outros versus Estado Brasileiro ("A Guerrilha do Araguaia")*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-caso-gomes-lund-e-outros-versus-estado-brasileiro-a-guerrilha-do-araguaia,45992.html>. Acesso em: 20 set. 2016.

PIOVESAN, Flávia; MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Controle de Convencionalidade, Direitos Humanos e Diálogo entre jurisdições*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. Direitos Humanos e constitucionalismo regional transformador. *In*: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. *Controle de Convencionalidade. Temas Aprofundados*. Salvador: Juspodivm, 2018.

_____. Dignidade Humana e a Proteção dos Direitos Sociais nos Planos Global, Regional e Local. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da. *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PIZZOLO, Calogero; MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Control de convencionalidad y su recepción por la Corte Suprema de Justicia en Argentina*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PORTUGAL. *Lei Orgânica do Tribunal Constitucional*. (Art. 70, 1, i). Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt> Acesso em: 08 jun. 2019.

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão 8/2015*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150258.html>. Acesso em: 08 jun. 2019.

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão 624/2015*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160137.html> Acesso em: 08 jun. 2019.

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão 193/2016*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160193.html> Acesso em: 08 jun. 2019.

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão 193/2016*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160193.html> Acesso em: 08 jun. 2019.

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão 193/2016*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160193.html> Acesso em: 08 jun. 2019.

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão 422/2016*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160422.html> Acesso em: 08 jun. 2019.

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão 422/2016*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20170031.html> Acesso em: 09 jun. 2019.

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão 242/2018*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180242.html> Acesso em: 09 jun. 2019.

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão 269/2018*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180269.html> Acesso em: 09 jun. 2019.

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão 521/2018*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180521.html> Acesso em: 09 jun. 2019

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão 595/2018*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180595.html> Acesso em: 09 jun. 2019

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão 595/2018*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180595.html> Acesso em: 09 jun. 2019

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão 606/2018*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180606.html> Acesso em: 09 jun. 2019

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão 298/2019*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190298.html> Acesso em: 09 jun.2019.

PRESSER, Adriana Dewes; MENEGHEL, Stela Nazareth; HENNINGTON, Élide Azevedo. Mulheres enfrentando as violências: a voz dos operadores sociais. *Saude soc.*, São Paulo, v. 17, n. 3, p. 126-137, sept. 2008.

QUEIRÓ, Afonso. *Lições de Direito Administrativo*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1976.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais*. Teses e Monografias. Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002.

REGUEIRA, Enrique Alonso. *El control de convencionalidad de la actividad administrativa*. 1. ed. Buenos Aires. Lajouane, 2017.

_____. *Los Principios Convencionales de Legalidad Penal y Plazo Razonable en Materia Disciplinaria*. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ljouane, 2017.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROJO, Adelle. O Controle Jurisdicional de Convencionalidade Como Instrumento de Efetivação dos Direitos Humanos dos Encarcerados. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. *Controle de Convencionalidade. Temas Aprofundados*. Salvador: Juspodivm, 2018.

RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo. The Convencionality Control: Examples of (un)successful Experiences in Latin America. *Inter-American and European Human Rights Journal*, v. 3 n. 1–2, 2010.

SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário Ultrapassa seus Limites Constitucionais e Institucionais. *O Caso da Saúde*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SAGÜES, Néstor Pedro; MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *El control de Convencionalidad en Argentina*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. 1. ed. Brasilia: Gazeta Jurídica, 2013.

SANCHEZ, Alexandra; LEAL, Maria de Carmo; LAROUZE, Bernard. *Realidade e desafios da saúde nas prisões*. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro , v. 21, n. 7, p. 1996, jul. 2016 .

SÁNCHEZ, A.R; MASSARI, V. GERHARDT; G. BARRETO, AW. CESCONI; V. PIRES, J. et al. A tuberculose nas prisões do Rio de Janeiro, Brasil: uma urgência de saúde pública. *Cad Saúde Pública*, v.23, n.3, p.:545-52, 2007.

SANTOS, Vanessa de Campos Melo. *Controle de Convencionalidade: Crítica ao Entendimento do Supremo Tribunal Federal*. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. 1. ed. Brasilia: Gazeta Jurídica, 2013.

SCHERER, Zeyne Alves Pires et al. Perfil sociodemográfico e história penal da população encarcerada de uma penitenciária feminina do interior do estado de São Paulo. *SMAD, Rev. Eletrônica Saúde Mental Álcool Drog.* (Ed. port.), Ribeirão Preto , v. 7, n. 2, p. 55-62, ago. 2011 .

SCHMITT, Carl. *Théorie De la Constitution*. Paris: PUF, 1928.

SHAW, Malcom N. *Direito Internacional*. São Paulo. Martins Fontes, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOARES, Marden Marques; BUENO, Paula Michele Martins Gomes. Demografia, vulnerabilidades e direito à saúde da população prisional brasileira. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, n. 7, 2016.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOBRINHO, Benedito Vicente. A Inadequada Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. *In: SILVEIRA, Daniel Barile da. _____*. Birigui: Boreal Editora, 2013.

SOUSA, Mônica Teresa Costa; CHAVES, Denisson Gonçalves. O controle de convencionalidade e a autoanálise do poder judiciário brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 1, jan./abr. 2016.

SOUZA, Kátia Ovídia José de. A pouca visibilidade da mulher brasileira no tráfico de drogas. *Psicol. estud.*, Maringá, v. 14, n. 4, p. 649-657, dez. 2009.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang. *O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais-Fundamentais*. Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SUNFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Direito e Políticas Públicas: Dois Mundos? *In: SUNFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Direito da Regulação e Políticas Públicas*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DEL MEXICO. *Contenido De La Versión Taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Celebrada el Martes 12 de Julio de 2011.* p. 11.

Disponível em:

https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/12072011PO13SN.pdf.

Acesso em: 27 set. 2019.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE REPÚBLICA DOMINICANA. *Resolución No. 1920-2003 emitida el 13 de noviembre de 2003 por la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana.* Disponível em:

https://bibliotecaunapec.blob.core.windows.net/derecho/DE_D_323.4_R426r_DE_D210055.pdf. Acesso em: 27 set. 2019.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DEL URUGUAY. Disponível em:

<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam> Acesso em:

28 set. 2019.

_____. *Sentencia 365/2009 da Suprema Corte de Justicia.* Disponível em:

<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=33814>

Acesso em: 28 set. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *CR 8279 AgR*, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1998, DJ 10-08-2000 PP-00006 EMENT VOL-01999-01 PP-00042). Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%288279%2EENUME%2E+OU+8279%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zqxf736> Acesso em: 30 out. 2019.

_____. Relator: Celso de Melo. *HC 87.585/TO*, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. <http://www.stf.jus.br/portal/> Acesso em: 30 out. 2019.

_____. *RHC 79785 / RJ - RIO DE JANEIRO, RECURSO EM HABEAS CORPUS.* Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 29/03/2000.

Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2879785>

%2ENUME%2E+OU+79785%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zaozsk Acesso em: 28 out. 2019.

_____. *Súmula vinculante* 25. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>
Acesso em: 16 out. 2019.

_____. Gilmar Mendes. *Voto Vogal do Acórdão do Recurso Extraordinário 466.343-SP*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>.
Acesso em: 15 out. 2019.

TANNUS, Rafael Calil. *Interpretação da Constituição e o controle judicial de políticas públicas*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TEREZO, Cristina Figueiredo. *A atuação do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. 2011. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Pará, Belém, 2011.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA. *Sentencia emitida el 10 de mayo de 2010*. (Expediente No. 2006- 13381-27-RAC), “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Bolivia, 2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU. *EXP. N.º 01458-2007-PA/TC*. Disponível em: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01458-2007-AA.html>
Acesso em: 26 set. 2019.

_____. *EXP. N.º 1679-2005-PA/TC*. Disponível em: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01679-2005-AA.html>. Acesso em: 27 set. 2019.

_____. *Sentencia 00007-2007-PI/TC emitida el 19 de junio de 2007 por el Pleno del Tribunal Constitucional del Perú (Colegio de Abogados del Callao c. Congreso*

de la República), fundamento 26. Disponível em: <http://www.tc.gob.pe> Acesso em: 26 set. 2019.

_____. *Sentencia emitida el 21 de julio de 2006. (Expediente No. 2730-2006-PA/TC)*, fundamento 12. Disponível em: <http://www.tc.gob.pe> | Acesso em: 26 set. 2019.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Processo: RR - 1072-72.2011.5.02.0384* Data de Julgamento: 24/09/2014, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada> Acesso em: 16 out. 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

UNICEF. *Convenção dos Direitos da Criança*. Disponível em http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm Acesso em: 16 out. 2019.

_____. Disponível em http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm Acesso em: 16 out. 2019.

URUGUAY. *Ley N° 15848 Ley de amnistia - funcionarios militares - funcionarios policiales*. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/15848-1986/1>. Acesso em: 28 set. 2019.

_____. *Ley N° 16099 - Ley de prensa - libertad en los medios de comunicacion*. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/16099-1989/1>. Acesso em: 27 set. 2019

_____. *Ley N° 18.515 Medios de comunicación modificación de varias disposiciones el Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General*. Disponível em:

<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp638360.htm> Acesso em: 28 set. 2019.

VALIM, Edna Maria Alves; DAIBEM, Ana Maria Lombardi; HOSSNE, William Saad. Atenção à saúde de pessoas privadas de liberdade. *Rev. Bioét.*, Brasília, v. 26, n. 2, p. 282-290, jun. 2018.

VAZ, Paulo Junio Pereira. *Controle de Convencionalidade das Leis: A inconvenção da Lei da Anistia Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “Mínimo Existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

XIMENES, Sérgio. *Minidicionário Ediouro da Língua Portuguesa*. 2. ed. São Paulo: Ediouro, 2000.

ZANETTI JR., Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ZANLOLO, Guido Timóteo da Costa. *Direitos Materialmente Fundamentais, Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis no Brasil*. 2014. *Dissertação*. (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014.

ZIMERMANN, Silvina. *El camino emprendido por los jueces hacia el control de convencionalidad. Los derechos económicos, sociales y culturales*. El control de convencionalidad. Coordinado por Susana Albanese. 1. ed. Buenos Aires: Ediar, 2008.

ZUFELATO, Camilo. Controle Judicial de Políticas Públicas Mediante Ações Coletivas e Individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

**APÊNDICE A – TABELAS SOBRE A SAÚDE NO SISTEMA PRISIONAL COM
DADOS EXTRAÍDOS DO INFOPEN (SISDEPEN)**

Tabela 1- Características dos presídios no estado da Bahia, segundo semestre de 2019

Localização e características	N=25	%
Municípios		
Barreiras	1	4.0
Eunápolis	1	4.0
Feira de Santana	1	4.0
Ilhéus	1	4.0
Itabuna	1	4.0
Jequié	1	4.0
Juazeiro	1	4.0
Lauro de Freitas	1	4.0
Paulo Afonso	1	4.0
Salvador	10	40.0
Serrinha	1	4.0
Simões Filho	1	4.0
Teixeira de Freitas	1	4.0
Valença	1	4.0
Vitória da Conquista	2	8.0
Tipo de Presídio		
Presídios Feminino	1	4.0
Masculino	16	64.0
Misto	8	32.0
Característica de gestão do Presídio		
Cogestão	9	36.0
Pública	16	64.0
Terceirização de serviços de alimentação		
Não	9	36.0
Sim	16	64.0
Terceirização de serviços de limpeza		
Não	16	64.0
Sim	9	36.0
Terceirização de serviços de saúde		
Não	21	84.0
Sim	4	16.0
Terceirização de serviços de assistência social		
Não	17	68.0
Sim	8	32.0

Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional.

Tabela 2 - Serviços de saúde nos presídios do estado da Bahia, segundo semestre de 2019

Serviços de saúde	N=25	%
Consultório médico		
Não	1	4.0
Sim	24	96.0
Consultório odontológico		
Não	1	4.0
Sim	24	96.0
Sala de coleta de exames laboratoriais		
Não	13	52.0
Sim	12	48.0
Sala de curativo		
Não	4	16,0
Sim	21	84,0
Cela de observação		
Não	11	44,0
Sim	14	56,0
Cela com enfermaria e solário		
Não	22	88,0
Sim	3	12,0
Sanitário para equipe de saúde		
Não	4	16,0
Sim	21	84,0
Farmácia		
Não	5	20,0
Sim	20	80,0
Sala multiprofissional		
Não	9	36,0
Sim	16	64,0

Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional.

Tabela 3 - Trabalhadores da saúde no sistema prisional da Bahia, segundo semestre de 2019

Município	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L	M	N	O			
N de presos	685	639	1891	110	1145	653	1227	422	514	4885	334	259	728	405	1241	15.108		
Especialidades																N=469	%	
Medicina clínica geral	2	2	6	2	4	4	2	1	2	17	1	1	2	1	3	50	10,66	
Medicina psiquiatria	0	1	1	1	1	1	1	1	0	7	1	0	1	1	2	19	4,06	
Outras especialidades médicas	0	0	0	0	0	1	0	0	0	26	0	0	1	0	1	29	6,18	
Odontologia	2	2	1	1	2	3	2	1	0	12	1	0	3	1	2	33	7,03	
Técnicos de saúde bucal	2	1	2	1	1	2	1	2	1	15	1	1	1	1	3	35	7,46	
Enfermagem	2	3	7	4	7	4	3	4	2	38	1	1	3	2	6	87	18,56	
Técnicos de enfermagem	6	6	8	3	6	9	8	5	4	57	6	3	5	4	10	140	29,85	
Terapia ocupacional	1	1	0	0	1	0	1	1	0	3	1	0	0	1	2	12	2,56	
Psicólogos	2	2	6	2	3	4	3	3	1	24	2	2	3	2	5	64	13,64	
Total de trabalhadores	17	18	31	14	25	28	21	18	10	199	14	8	19	13	34	469	100	

A-Barreiras; B-Eunápolis; C-Feira de Santana; D-Ilhéus; E-Itabuna; F-Jequié; G-Juazeiro; H-Lauro de Freitas; I-Paulo Afonso; J-Salvador; K-Serrinha, L-Simões Filho, M-Teixeira de Freitas; N-Valença; O-Vitória da Conquista.

Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional.

Tabela 4 - Procedimentos de saúde em pessoas privadas de liberdade na Bahia de acordo com sexo, segundo semestre de 2019

Procedimentos	N=126.487	%
Masculino, N=14.687		
Suturas e curativos	17.345	14,88
Vacinas	8.290	7,11
Exames	16.770	14,39
Consultas psicológicas	21.988	18,86
Consultas odontológicas	16.989	14,57
Consultas médicas externas	1.455	1,25
Consultas médicas internas	33.629	28,85
Intervenções cirúrgicas	104	0,09
Total	116.570	100
Feminino, N=421		
Suturas e curativos	1.610	16,23
Vacinas	297	2,99
Exames	1.458	14,7
Consultas psicológicas	2.230	22,49
Consultas odontológicas	689	6,95
Consultas médicas externas	199	2,01
Consultas médicas internas	3.430	34,59
Intervenções cirúrgicas	4	0,04
Total	9.917	100

Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional.

Tabela 5 - Doenças em pessoas privadas de liberdade na Bahia de acordo com sexo, segundo semestre de 2019

Doenças	N=849	%
Masculino		
Hepatite	59	7,25
HIV	155	19,04
Sífilis	422	51,84
Tuberculose	169	20,76
Outros	9	1,11
Total	814	100
Feminino		
Hepatite	2	5,71
HIV	10	28,58
Sífilis	18	51,43
Tuberculose	2	5,71
Outros	3	8,57
Total	35	100

Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional.

Tabela 6 - Mortalidade de pessoas privadas de liberdade na Bahia, segundo semestre de 2019

Causa	N=18	%
Masculino		
Acidentais	0	0,0
Causas desconhecidas	4	22,22
Criminais	4	22,22
Por motivos de saúde	8	44,45
Suicídios	2	11,11
Total	18	100

Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional.

Tabela 7 - Trabalhadores da saúde no sistema prisional da Bahia, primeiro semestre, 2020

Município	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L	M	N	O		
N de presos	656	523	1706	115	884	525	1028	432	451	4405	416	239	576	332	941	13.229	
Especialidades																N=488	%
Medicina clínica geral	2	2	9	2	4	0	2	1	2	19	1	2	2	1	3	52	10,65
Medicina psiquiatria	1	1	1	1	0	2	1	1	0	25	1	0	1	1	2	38	7,80
Outras especialidades médicas	0	0	0	0	3	4	0	0	0	1	0	1	1	0	1	11	2,25
Odontologia	2	2	2	1	2	2	2	2	1	12	1	0	3	1	3	35	7,18
Técnicos de saúde bucal	2	1	2	1	1	2	1	2	1	14	1	0	1	1	3	33	6,76
Enfermagem	3	3	14	4	7	5	3	5	2	39	2	1	3	2	7	100	20,50
Técnicos de enfermagem	6	6	11	3	6	9	8	6	4	60	6	2	4	5	9	145	29,71
Terapia ocupacional	1	1	0	0	0	0	1	1	0	2	1	0	0	1	1	9	1,84
Psicólogos	2	2	4	2	3	4	3	3	1	27	2	2	3	2	5	65	13,31
Total de trabalhadores	19	18	43	14	26	28	21	21	11	199	15	8	18	14	34	488	100

A-Barreiras; B-Eunápolis; C-Feira de Santana; D-Ilhéus; E-Itabuna; F-Jequié; G-Juazeiro; H-Lauro de Freitas; I-Paulo Afonso; J-Salvador; K-Serrinha, L-Simões Filho, M-Teixeira de Freitas; N-Valença; O-Vitória da Conquista.

Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional, 2020.

Tabela 8 - Procedimentos de saúde em pessoas privadas de liberdade na Bahia de acordo com sexo, primeiro semestre, 2020

Procedimentos	N=93.602	%
Masculino, N=13.911		
Suturas e curativos	6.060	6,92
Vacinas	10.813	12,33
Exames	11.809	13,48
Consultas psicológicas	12.050	13,74
Consultas odontológicas	12.812	14,61
Consultas médicas externas	1.627	1,86
Consultas médicas internas	32.364	36,91
Intervenções cirúrgicas	132	0,15
Total	87.667	100
Feminino, N=469		
Suturas e curativos	4	0,07
Vacinas	514	8,66
Exames	538	9,06
Consultas psicológicas	1.145	19,29
Consultas odontológicas	521	8,78
Consultas médicas externas	422	7,11
Consultas médicas internas	2.791	47,03
Intervenções cirúrgicas	0	0,00
Total	5.935	100

Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional, 2020.

Tabela 9 - Doenças em pessoas privadas de liberdade na Bahia de acordo com sexo, primeiro semestre, 2020.2

Doenças	N=870	%
Masculino		
Hepatite	68	8,36
HIV	145	17,81
Sífilis	374	45,94
Tuberculose	115	14,13
Outros	112	13,76
Total	814	100
Feminino		
Hepatite	1	1,78
HIV	10	17,86
Sífilis	25	44,64
Tuberculose	0	0,00
Outros	20	35,72
Total	56	100

Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional, 2020.

Tabela 10 - Mortalidade de pessoas privadas de liberdade na Bahia, primeiro semestre, 2020

Causa	N=54	%
Masculino		
Acidentais	0	0,0
Causas desconhecidas	3	5,66
Criminais	30	56,60
Por motivos de saúde	14	26,42
Suicídios	6	11,32
Total	53	100
Feminino		
Criminais	1	100
Total	1	100

Fonte: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional, 2020.

APÊNDICE B – PROJETO DE LEI SOBRE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO SENTIDO DE APRESENTAR REPRESENTAÇÕES AOS SISTEMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

PROJETO DE LEI Nº _____/2020

EMENTA:

ESTABELECE A POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO SENTIDO DE APRESENTAR REPRESENTAÇÕES AOS SISTEMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, POSTULANDO PERANTE SEUS ÓRGÃOS.

O CONGRESSO NACIONAL DECRETA:

Art. 1º - O Art. 25. da Lei Nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 passa a vigorar com a inclusão do seguinte inciso:

Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

[...]

XII – Representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos;

Art. 2º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala das Sessões, em de de 2020.

Deputado Federal

JUSTIFICATIVA

O presente Projeto de Lei tem como objetivo estabelecer a possibilidade de atuação do Ministério Público no sentido de representar aos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, postulando perante seus órgãos.

O referido Projeto irá possibilitar a ação institucional do Ministério Público para elaborar e enviar petições, de forma subsidiária, aos órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos, notadamente a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em caso de omissão estatal ou violação dos direitos humanos.

Verifica-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece, no art. 44 que “qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte” o que possibilita um amplo acesso ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

Entretanto, pelo princípio da legalidade, as instituições públicas necessitam de previsão normativa estabelecendo a legitimidade para atuação perante os órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos. A Lei Complementar nº 132 de 2009 trouxe a possibilidade de atuação da Defensoria Pública, estabelecendo a representação aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos, alterando o inciso VI do Art. 4º da Lei Complementar 80 de 1994.

É nítida a atuação do Ministério Público na representação dos interesses da sociedade, tal qual na efetivação dos direitos humanos. Entretanto, por ausência de dispositivo legal, no caso de desrespeito aos direitos humanos e eventual omissão do Poder Judiciário brasileiro, a instituição não possui meios de atuação perante os órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos.

Portanto, membros do Ministério Público, por encontrarem óbices na ausência de previsão legal para atuação institucional, necessitam atuar perante os órgãos

internacionais de proteção de direitos humanos como pessoas físicas, havendo limitação à autonomia do órgão ministerial na proteção dos direitos humanos.

A Constituição Federal estabelece, no art. 127, que “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, 1988), com funções previstas no art. 129 que são de extrema importância para a efetivação dos direitos humanos.

Guardando o Ministério Público como órgão essencial para defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme redação do art. 1º da Lei Nº 8.625 de 12 de fevereiro de 1993, é fundamental a sua atuação institucional perante os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos, notadamente a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que, atuando subsidiariamente aos órgãos brasileiros, após provocação do Ministério Público, poderá realizar análises de casos brasileiros à luz dos tratados internacionais de direitos humanos do Sistema Interamericano, realizando um verdadeiro controle de convencionalidade externo com relação ao ordenamento jurídico.

Sala das Sessões, em de de 2021.

Deputado Federal

ANEXO A - TABELA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

TABELA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS "PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA"

(Assinada em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos)

ENTRADA EM VIGOR: 18 de julho de 1978, conforme o artigo 74.2 da Convenção.

DEPOSITÁRIO: Secretaria-Geral da OEA (instrumento original e ratificações).

TEXTO: Série sobre Tratados, OEA, nº 36.

REGISTRO NA ONU: 27 de agosto de 1979, nº 17955.

PAÍSES SIGNATÁRIOS	ASSINATURA	RATIFICAÇÃO/ ADESÃO	DEPÓSITO	ACEITAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA CORTE	ACEITAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA COMISSÃO, ARTIGO 45
Antígua e Barbuda	//	//	//	//	-
Argentina ¹	02/02/84	08/14/84	09/05/84 RA	09/05/84	09/08/84
Bahamas	//	//	//	//	//
Barbados ²	06/20/78	11/05/81	11/27/82 RA	0/04/00	//
Belize	//	//	//	//	//
Bolívia ³	//	06/20/79	07/19/79 AD	07/27/93	//
Brasil ⁴	//	07/09/92	09/25/92 AD	12/10/98	//
Canadá	//	//	//	//	//
Chile ⁵	11/22/69	08/10/90	08/21/90 RA	08/21/90	08/21/90
Colômbia ⁶	11/22/69	05/28/73	07/31/73 RA	06/21/85	06/21/85
Costa Rica ⁷	11/22/69	03/02/70	04/08/70 RA	07/02/80	07/02/80
Dominica ⁸	//	06/03/93	06/11/93 RA	//	//
El Salvador ⁹	11/22/69	06/20/78	06/23/78 RA	06/06/95	//
Equador ¹⁰	11/22/69	12/08/77	12/28/77 RA	07/24/84	08/13/84
Estados Unidos	06/01/77	//	//	//	//
Grenada ¹¹	07/14/78	07/14/78	07/18/78 RA	//	//
Guatemala ¹²	11/22/69	04/27/78	05/25/78 RA	03/09/87	//
Guiana	//	//	//	//	//
Haiti ¹³	//	09/14/77	09/27/77 AD	03/20/98	//
Honduras ¹⁴	11/22/69	09/05/77	09/08/77 RA	09/09/81	//
Jamaica ¹⁵	09/16/77	07/19/78	08/07/78 RA	//	08/07/78
México ¹⁶	-	03/02/81	03/24/81 AD	12/16/98	//
Nicarágua ¹⁷	11/22/69	09/25/79	09/25/79 RA	02/12/91	02/06/06
Panamá ¹⁸	11/22/69	05/08/78	06/22/78 RA	05/09/90	//
Paraguai ¹⁹	11/22/69	08/18/89	08/24/89 RA	03/26/93	//
Peru ²⁰	07/27/77	07/12/78	07/28/78 RA	01/21/81	01/21/81
República Dominicana ²¹	09/07/77	01/21/78	04/19/78 RA	03/25/99	//
Saint Kitts e Nevis ²²	//	//	//	//	//
Santa Lúcia	//	//	//	//	//
São Vicente e Granadinas	//	//	//	//	//
Suriname	//	11/12/87	11/12/87 AD	11/12/87	//
Trinidad e Tobago ²³	//	04/03/91	05/28/91 AD	05/28/91	//
Uruguai ²⁴	11/22/69	03/26/85	04/19/85 RA	04/19/85	04/19/85
Venezuela ²⁵	11/22/69	06/23/77	08/09/77 RA	04/24/81	08/09/77

Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm

**ANEXO B - PROJETO DE LEI SOBRE CONTROLE E INTERVENÇÃO EM
POLÍTICAS PÚBLICAS**

PROJETO DE LEI Nº, DE 2014

(Do Sr. Paulo Teixeira)

Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Esta lei institui o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências.

CAPÍTULO I

**DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO CONTROLE JURISDICIONAL DE
POLÍTICAS PÚBLICAS**

Art. 2º. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais:

- I – proporcionalidade;
- II – razoabilidade;
- III – garantia do mínimo existencial;

- IV – justiça social;
- V – atendimento ao bem comum;
- VI – universalidade das políticas públicas;
- VII – equilíbrio orçamentário.

Parágrafo único. O processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas, além de obedecer ao rito estabelecido nesta Lei, terá as seguintes características:

- I – estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes;
- II - policêntricas, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade;
- III – dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade;
- IV – de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica;
- V – colaborativas e participativas, envolvendo a responsabilidade do Poder Público;
- VI – flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto;
- VII – sujeitas à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual;
- VIII – tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público;
- IX – que adotem, quando necessário, comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas, equilibradas e exequíveis;

X – que flexibilizem o cumprimento das decisões;

XI– que prevejam o adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com este.

CAPÍTULO II

DA COMPETÊNCIA E DA PETIÇÃO INICIAL

Art. 3º. É competente para o controle judicial de políticas públicas a justiça ordinária, estadual ou federal, por intermédio de ação coletiva proposta por legitimado estabelecido pela legislação pertinente, ressalvadas as hipóteses de cabimento de ações constitucionais.

Parágrafo único. Para a implementação ou correção de política pública é admissível qualquer espécie de ação ou provimento.

Art. 4º. A petição inicial obedecerá aos requisitos previstos no Código de Processo Civil e deverá indicar com precisão a medida necessária para implementação ou correção da política pública, bem como a autoridade responsável por sua efetivação.

Parágrafo único. A petição inicial indicará a pessoa jurídica de direito público à qual pertence a autoridade responsável pela efetivação da política pública, e em razão desta será determinada a competência.

Art. 5º. Se a autoridade se der por incompetente, deverá declinar a que entender competente, que será igualmente notificada para a fase preliminar, de acordo com o disposto no art. 6º.

CAPÍTULO III

DA FASE PRELIMINAR

Art. 6º. Estando em ordem a petição inicial, o juiz a receberá e notificará o órgão do Ministério Público e a autoridade responsável pela efetivação da política pública, para que esta preste, pessoalmente e no prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período, informações detalhadas que deverão contemplar os seguintes dados da política pública objeto do pedido, os quais constarão do mandado:

I – o planejamento e a execução existentes;

II – os recursos financeiros previstos no orçamento para sua implementação;

III – a previsão de recursos necessários a sua implementação ou correção;

IV– em caso de insuficiência de recursos, a possibilidade de transposição de verbas;

IV – o cronograma necessário ao eventual atendimento do pedido.

Art. 7º. Se o pedido envolver o mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, o juiz poderá antecipar a tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, estando nessa hipótese dispensadas as informações a respeito dos incisos II, III e IV do artigo 6º.

Parágrafo único. Considera-se mínimo existencial, para efeito desta lei, o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição Federal, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana.

Art. 8º. Se não prestadas as informações indicadas no caput, o juiz aplicará à autoridade responsável as sanções previstas no Código de Processo Civil, podendo convocá-la pessoalmente para comparecer a juízo.

§ 1º Na prestação de informações, a autoridade responsável pela execução da política pública poderá servir-se de assessores técnicos especializados.

§ 2º O juiz poderá utilizar técnicos especializados para assessorá-lo na análise das informações, sem prejuízo de consulta a órgãos e instituições do ramo (parágrafo único do art. 28).

Art. 9º. Se considerar as informações insuficientes, o juiz, de ofício ou a requerimento do autor ou do Ministério Público, quando este não for autor, poderá solicitar esclarecimentos e informações suplementares, a serem prestadas em prazo razoável, fixado pelo juiz, bem como designar audiências, em contraditório pleno, inclusive com a presença dos técnicos envolvidos, para os mesmos fins.

Art. 10. Caso tenha por esclarecidas as questões suscitadas na fase preliminar, o juiz poderá designar audiências públicas, convocando representantes da sociedade civil e de instituições e órgãos especializados.

Parágrafo único. Admite-se na fase preliminar e no processo judicial a intervenção de *amicus curiae*, pessoa física ou jurídica, que poderá manifestar-se por escrito ou oralmente.

CAPÍTULO IV

DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Art. 11. As partes poderão, de comum acordo, submeter o conflito ao juízo arbitral, observado o disposto na legislação em vigor ou à mediação ou conciliação judiciais ou extrajudiciais.

§ 1º A qualquer tempo e em qualquer fase e grau do processo, a autoridade judiciária poderá propor às partes que se submetam à

mediação ou conciliação, conduzidas por mediadores e conciliadores devidamente capacitados, nos termos da legislação em vigor.

§ 2º A audiência de mediação ou conciliação será obrigatória quando se tratar de direito passível de transação.

§ 3º A remuneração dos mediadores e conciliadores e seus direitos e obrigações serão regidos pela legislação em vigor.

Art. 12. A qualquer momento as partes poderão transigir sobre o cumprimento da obrigação, sua modalidade e seus prazos, ouvido o Ministério Público ou o Defensor Público, conforme o caso.

Parágrafo único. A transação, homologada pelo juiz, terá efeito de título executivo judicial e, assinada pelos transatores e pelo Ministério Público, de título executivo extrajudicial.

Art. 13. O Ministério Público ou outros órgãos públicos legitimados às ações coletivas poderão tomar da Administração ou do ente privado termo de ajustamento de conduta sobre o cumprimento da obrigação, sua modalidade e seus prazos, que, em caso de existência de processo, somente terá eficácia após manifestação do autor.

Parágrafo único. O termo de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, submetendo-se à regra do parágrafo único do art. 12.

CAPÍTULO V

DO PROCESSO JUDICIAL

Art. 14. Não havendo acordo, o juiz examinará, em juízo de admissibilidade, a razoabilidade do pedido e da atuação da Administração, podendo extinguir o processo com resolução do mérito ou determinar a citação do representante judicial da autoridade competente para apresentar resposta.

Parágrafo único. Extinto o processo, serão intimados da sentença o autor, a autoridade responsável e a pessoa jurídica de direito público a que esta pertence.

Art. 15. Determinada a citação, a autoridade responsável pela política pública continuará vinculada ao processo, inclusive para os fins do disposto no artigo 21.

Art. 16. Todos os elementos probatórios colhidos na fase preliminar, em contraditório, serão aproveitados no processo judicial, devendo o juiz privilegiar o julgamento antecipado da lide sempre que possível.

Art. 17. O prazo para contestar será de 30 (trinta) dias, sem outros benefícios de prazo para a Fazenda Pública, observando o processo, no que couber, o rito ordinário previsto no Código de Processo Civil, com as modificações com que o juiz e as partes concordarem, para melhor adequação ao objeto da demanda.

Art. 18. Se for o caso, na decisão o juiz poderá determinar, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, abertas e flexíveis, que poderão consistir, exemplificativamente, em:

I – determinar ao ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória a apresentação do planejamento necessário à implementação ou correção da política pública objeto da demanda, instruído com o respectivo cronograma, que será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil.

II – determinar ao Poder Público que inclua créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso ou determinada verba no orçamento futuro, com a obrigação de aplicar efetivamente as verbas na implementação ou correção da política pública requerida.

§ 1º O juiz definirá prazo para apresentação do planejamento previsto no inciso I de acordo com a complexidade da causa.

§ 2º O planejamento será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor, o Ministério Público e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil.

§ 3º Homologada a proposta de planejamento, a execução do projeto será periodicamente avaliada pelo juiz, com a participação das partes e do Ministério Público e, caso se revelar inadequada, deverá ser revista nos moldes definidos no parágrafo 2º.

Art. 19. Para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela, o juiz poderá nomear comissário, pertencente ou não ao Poder Público, que também poderá ser instituição ou pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências.

Parágrafo único. Os honorários do comissário serão fixados pelo juiz e custeados pelo ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela.

Art. 20. O juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, inclusive na hipótese de o ente público promover políticas públicas que se afigurem mais adequadas do que as determinadas na decisão, ou se esta se revelar inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente.

Art. 21. Se a autoridade responsável não cumprir as obrigações determinadas na sentença ou na decisão de antecipação de tutela, o juiz poderá aplicar as medidas coercitivas previstas no Código de Processo Civil, inclusive multa periódica de responsabilidade solidária do ente público descumpridor e da autoridade responsável, devida a partir da intimação pessoal para o cumprimento da decisão, sem prejuízo da responsabilização por ato de improbidade administrativa ou das sanções cominadas aos crimes de responsabilidade ou de desobediência, bem como da intervenção da União no Estado ou do Estado no Município.

Art. 22. Quando o controle da política pública não for objeto específico da ação, mas questão individual ou coletiva suscitada no

processo, o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá instaurar incidente que obedecerá ao disposto nos artigos 18 a 22.

CAPÍTULO VI

DA REUNIÃO DOS PROCESSOS EM PRIMEIRO GRAU

Art. 23. Quando vários processos versando sobre pedidos, diretos ou indiretos, de implementação ou correção de políticas públicas relativas ao mesmo ente político tramitarem em diversos juízos, as causas serão reunidas, independentemente de conexão, para julgamento conjunto, a fim de o juiz dispor de todos os elementos necessários para uma decisão equitativa e exequível.

Parágrafo único. Aplica-se à reunião de processos a regra de prevenção do Código de Processo Civil.

CAPÍTULO VII

DAS RELAÇÕES ENTRE MAGISTRADOS

Art. 24. Os tribunais promoverão encontros periódicos, presenciais ou por videoconferência, com os juízes competentes para o processamento e julgamento de ações que visem, direta ou indiretamente, ao controle jurisdicional de políticas públicas, destinados ao conhecimento e possível harmonização de entendimentos sobre a matéria.

Parágrafo único. Sem prejuízo da providência mencionada no caput, os tribunais fomentarão reuniões regionais com o mesmo objetivo, com periodicidade adequada.

CAPÍTULO VIII

DA REUNIÃO DE PROCESSOS EM GRAU DE RECURSO

Art. 25. Quando o tribunal receber diversos recursos em processos que objetivem o controle judicial de políticas públicas relativamente

ao mesmo ente político, e que poderão comprometer o mesmo orçamento, os processos de competência do tribunal pleno ou do respectivo órgão especial serão reunidos para julgamento conjunto, objetivando-se a prolação de uma decisão equânime e exequível.

CAPÍTULO IX

DOS CADASTROS NACIONAIS

Art. 26. O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos sobre Políticas Públicas, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com sua existência e estado.

§ 1º Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos envolvendo controle de políticas públicas remeterão cópia da petição inicial, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional do Conselho Nacional de Justiça, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 2º No prazo de 90 (noventa) dias, contado da publicação da presente lei, o Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional e os meios adequados para viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado por meio da rede mundial de computadores.

§ 3º O regulamento previsto no § 2º disciplinará a forma pela qual os juízos comunicarão a existência de processos objetivando o controle de políticas públicas e os atos processuais mais relevantes sobre o seu andamento, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença, o trânsito em julgado, a interposição de recursos e a execução.

Art. 27. O Conselho Nacional do Ministério Público organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquiridos Civis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário, os co-legitimados e os interessados tenham

amplo acesso às informações relevantes relacionadas à abertura do inquérito e à existência do compromisso.

§ 1º Os órgãos legitimados que tiverem tomado compromissos de ajustamento de conduta remeterão cópia ao Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, preferencialmente por meio eletrônico, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 2º No prazo de 90 (noventa) dias, a contar da publicação da presente lei, o Conselho Nacional do Ministério Público editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e Compromissos de Ajustamento de Conduta, incluindo a forma de comunicação e os meios adequados para viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

CAPÍTULO X

DAS AÇÕES INDIVIDUAIS

Art. 28. Na hipótese de ações que objetivem a tutela de direitos subjetivos individuais cuja solução possa interferir nas políticas públicas de determinado setor, o juiz somente poderá conceder a tutela na hipótese de se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de forma completa e acabada, nos termos do disposto no parágrafo 1º do art. 7º, e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração.

Parágrafo único. Cada circunscrição judiciária organizará e manterá comissão de especialistas destinada a assessorar o magistrado nos diversos setores de políticas públicas, fornecendo dados e informações que o auxiliem em sua decisão.

Art. 29. Na hipótese prevista no artigo 28, o juiz notificará o Ministério Público e outros legitimados às ações coletivas para, querendo, ajuizar o processo coletivo versando sobre a implementação ou correção da política pública, o qual observará as disposições desta lei.

Art. 30. Atendido o requisito da relevância social e ouvido o Ministério Público, o juiz poderá converter em coletiva a ação individual que:

- I - tenha efeitos coletivos, em razão da tutela de bem jurídico coletivo e indivisível, cuja ofensa afete ao mesmo tempo as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;
- tenha por escopo a solução de conflitos de interesses relativos a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução deva ser uniforme, por sua natureza ou por disposição de lei, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo e padrão de conduta consistente e unitária para a parte contrária.

§ 1º Determinada a conversão, o autor manterá a condição de legitimado para a ação em litisconsórcio necessário com o Ministério Público ou outro co-legitimado para a ação coletiva.

§ 2º O Ministério Público ou outro legitimado poderão aditar ou emendar a petição inicial para adequá-la à tutela coletiva, no prazo a ser fixado pelo juiz.

§ 3º Se nenhum dos co-legitimados aditar ou emendar a petição inicial, o juiz encaminhará os autos ao Conselho Superior do Ministério Público para que indique membro da instituição para fazê-lo.

§ 4º A coisa julgada terá efeito *erga omnes*, nos termos do disposto nos arts. 103 e 104 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

§ 5º O Ministério Público atuará como fiscal da ordem jurídica se não intervier como parte.

CAPÍTULO XI

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 31. No prazo de 120 (cento e vinte) dias, contado a partir da entrada em vigor desta lei, os tribunais federais criarão, e os estaduais poderão criar varas especializadas para o processamento e julgamento de ações que visem, direta ou indiretamente, ao controle jurisdicional de políticas públicas.

Art. 32. As disposições desta lei aplicam-se às fases e atos ainda não concluídos dos processos em curso.

Art. 33. Esta lei entrará em vigor no prazo de 90 dias contado da data de sua publicação

JUSTIFICAÇÃO

O controle jurisdicional de políticas públicas é uma realidade presente no dia-a-dia dos tribunais brasileiros. Embora a doutrina e a jurisprudência, sobretudo do STF, tenham se debruçado sobre a questão, fixando limites ao próprio controle e construindo princípios a respeito da matéria, ainda remanescem dúvidas e, frequentemente, o juiz enfrenta dificuldades concretas para decidir assuntos tão relevantes.

São dificuldades oriundas da falta de informações e de dados, da falta de assessoria, da falta de contatos com a própria Administração encarregada da implementação da política pública, com os demais juízes, com os tribunais; dificuldades de ordem orçamentária, dificuldades oriundas da multiplicidade de ações individuais que vão inevitavelmente incidir sobre as políticas públicas.

É preciso fixar parâmetros seguros para o juiz e para as partes e é preciso, principalmente, criar um novo processo, de cognição e contraditório ampliados, de natureza dialogal e colaborativa, com ampla intervenção do Poder Público e da sociedade, ou seja, um novo processo adequado à tutela jurisdicional dos chamados conflitos de ordem pública.

Somente assim a intervenção judicial em políticas públicas não criará problemas insolúveis para a Administração e para a população, como tem ocorrido, e o juiz poderá decidir com equilíbrio e justiça após conhecer todos os dados da questão que está em jogo, sem se substituir ao administrador. E deverá acompanhar a execução que, por sua vez, há de ser flexível para a efetividade do comando judicial.

Para auxiliá-lo no cumprimento da sentença está prevista a figura de uma pessoa ou ente colaborador, cuja denominação – comissário – foi inspirada na prevista nos arts. 21 e 114, § 3º, “d” do Código de Processo Administrativo italiano. Função semelhante também existe no ordenamento norte-americano.

É com tal finalidade que se propõe o presente projeto de lei, resultado de trabalho coletivo empreendido inicialmente pelo CEBEPEJ - Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, ora presidido pela Professora Ada Pellegrini Grinover, que sucedeu a seu criador, Professor Kazuo Watanabe. Pesquisadores do CEBEPEJ analisaram, em todos os seus aspectos, a problemática do controle jurisdicional de políticas públicas, apresentando seus trabalhos em seminário aberto ao público, realizado pelo CEBEPEJ e pelo Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP, em 14 e 15 de abril de 2010.

O Seminário apresentou conclusões, traçando as linhas gerais de um projeto de lei sobre controle jurisdicional de políticas públicas. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe encarregaram-se da primeira versão do projeto, que foi depois aperfeiçoado pelos pesquisadores do CEBEPEJ e pelos alunos e professores do mestrado da FDV - Faculdade de Direito de Vitória, na disciplina “Controle Jurisdicional de Políticas Públicas”.

Posteriormente, a última versão do projeto foi debatida por grupos de trabalho durante o 2º Seminário sobre controle jurisdicional de políticas públicas, realizado pelo CEBEPEJ-IBEA/RJ - Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP em 3 de outubro de 2011.

As propostas de modificação foram incorporadas ao projeto, cuja nova versão ainda foi examinada pelos alunos de mestrado/doutorado da disciplina “Políticas Públicas” ministrada na USP (com a colaboração de Paulo Lucon) e da mesma disciplina de doutorado da Universidad Lomas de Zamora, em Buenos Aires.

Apresentado a debate público na AASP de São Paulo no decorrer de 2012, com a participação de magistrados, membros do Ministério Público, defensores públicos e advogados públicos e privados, o projeto incorporou outras sugestões.

Foi também debatido na Universidade de Itaúna, onde é ministrada a disciplina “Controle Jurisdicional de Políticas Públicas”, em nível

de mestrado. E, finalmente, foi exposto e debatido mais uma vez em 2013 em seminário conjunto do CEBEPEJ e do IASP, na presença de especialistas argentinos e do Deputado Paulo Teixeira.

Mais recentemente, foram incorporadas ao projeto as últimas experiências de tribunais da Argentina, da Colômbia e dos Estados Unidos da América, que indicam o caminho a ser seguido pelo Poder Judiciário, em estreito contato com o Poder Público, para a construção do consenso ou a formulação de comandos flexíveis e exequíveis, que permitam o controle da constitucionalidade e a intervenção em políticas públicas, evitando que o juiz se substitua ao administrador.

É o resultado de todo esse trabalho, iniciado em 2010 e profundamente elaborado e discutido, que se apresenta agora ao Congresso Nacional.

Certo de que meus nobres pares reconhecerão a conveniência e oportunidade das medidas legislativas ora propostas, conclamo-os a apoiar a aprovação deste projeto de lei.

Sala das Sessões, em de de 2014.

Deputado PAULO TEIXEIRA