

Fernando Roberto Schnorr Alves

**O CRITÉRIO DO DEVER DE PROTEÇÃO NAS CONDENAÇÕES BRASILEIRAS
NO ÂMBITO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS:
UMA PERSPECTIVA COMPARATIVA À COMPREENSÃO DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada à banca do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado; Área de Concentração Direitos Sociais e Políticas Públicas; Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof^a. Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal
Orientadora (UNISC - Brasil)

Prof^a. Dra. Liliana Andrea Galdámez Zelada
Co-orientadora (Universidad de Chile - Chile)

Santa Cruz do Sul
2015

Fernando Roberto Schnorr Alves

**O CRITÉRIO DO DEVER DE PROTEÇÃO NAS CONDENAÇÕES BRASILEIRAS
NO ÂMBITO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS:
UMA PERSPECTIVA COMPARATIVA À COMPREENSÃO DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Esta dissertação foi submetida ao Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado; Área de Concentração Direitos Sociais e Políticas Públicas; Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof^a. Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal
Orientadora (UNISC - Brasil)

Prof^a. Dra. Liliana Andrea Galdámez Zelada
Co-orientadora (Universidad de Chile - Chile)

Prof. Examinador 1: Eduardo Gomes Biacchi
(UNIBRASIL – Brasil)

Prof. Examinador 2: Gonzalo Aguilar Cavallo
(UTALCA - Chile)

Prof. Examinador 3: Humberto Nogueira Alcalá
(UTALCA - Chile)

Santa Cruz do Sul
2015

AGRADECIMENTOS

Ao final da caminhada, em uma rápida olhada para trás, é possível ver que nesses últimos dois anos algumas pessoas foram essenciais para a construção dessa obra. Embora pareça solitário alguns momentos de leitura e do processo da redação da dissertação, acumulada com os artigos científicos, mergulhado no silêncio das madrugadas, os momentos mais difíceis foram acompanhados de perto por aqueles que incentivaram cada passo e que motivaram a permanência nessa jornada, portanto não tenho dúvidas que se trata de um trabalho coletivo.

Em primeiro lugar, agradeço àqueles que conviveram com a minha ausência, que suportaram minhas aflições e arcaram com o custo alto da paciência de vivenciar comigo as angústias causadas pela busca do conhecimento – ou melhor, pela compreensão da incapacidade de alcançá-lo, pois este está no mínimo um passo além de nós. Assim, sou grato a quem foi cúmplice nessa fase, aos meus familiares e amigos, que acreditaram em cada passo dado, me apoiando incondicionalmente em mais uma etapa profissional a ser vencida. Em especial, à Dona Neusa, a quem dedico todo o empenho que me fez chegar até este momento. Por isso deixo aqui o registro: Mãe, te amo!

Constato hoje que o maior aprendizado está na experiência de vida proporcionada pelo programa, pelas deliberações em sala de aula, pela construção do raciocínio sobre os temas abordados no Grupo de Estudo Jurisdição Constitucional Aberta (desde 2010), pelos eventos (palestras, seminários, congressos, etc.) somados, pelas conversas e discussões sobre o Direito aprofundadas com os demais colegas boêmios, e claro pelas amizades criadas. Foram essas pessoas que agregaram mais à minha formação que qualquer livro poderia pretender fazer. Colegas do Mestrado e do Grupo de Estudo, meu muito obrigado!

Importante ressaltar o papel dos grandes responsáveis pelo processo de aprendizagem, os ilustres professores que compartilharam seu conhecimento, suas

experiências e seu entusiasmo com a pesquisa. É inspirado no desempenho dessa profissão pelos mestres que me formaram que pretendo um dia seguir seus passos. Portanto, a todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito, deixo explícito neste ato todo o meu carinho e admiração.

Quanto às instituições que possibilitaram o meu aprendizado, agradeço primeiramente à Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc), por me receber desde a graduação e se tornar, ao longo desses sete anos (somando-se o período do Curso de Direito), minha segunda casa, onde sempre encontrei um ambiente propício para o desenvolvimento profissional e humano. Ainda que por um período mais curto, agradeço à Universidade de Talca pela acolhida e disponibilização de seu acervo acadêmico para a elaboração deste trabalho. Agradeço também à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) pelo investimento público empregado na minha pesquisa, bem como à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (Fapergs), que contribuiu para o aprofundamento da presente pesquisa com a possibilidade de estudar em território chileno.

Por derradeiro, é de suma importância reconhecer o papel de quem corrigiu por diversas vezes a rota do caminho, quem direcionou o “barco” para longe das “águas tranquilas” do conformismo e enriqueceu o conteúdo da pesquisa com suas orientações. Sou extremamente grato por ter neste encargo duas admiráveis pessoas, tanto à professora Liliana, por me acolher no Chile e compartilhar de seus ensinamentos para o aprimoramento do trabalho desenvolvido, como à professora Mônia, que transformou a vida de um estudante de Direito em seu início de curso, dando a oportunidade de se desenvolver e se apaixonar pela academia. À estimada Liliana, meu agradecimento pela sua disposição e pelo esforço de contribuir com este trabalho, além da amizade construída. À incansável Mônia, minha admiração e meu reconhecimento por me permitir desfrutar da experiência da pesquisa acadêmica desde o início da minha graduação, acreditando e instigando meu trabalho.

Só as grandes paixões são capazes de grandes ações.
(ASSIS, Machado de. *Memórias Póstumas de Brás Cubas*, 1881)

RESUMO

A partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o Estado está obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo desses direitos, observando o seu dever de proteção (*Schutzgebote*), limitado tanto pela proibição de excesso (*Übermassverbot*), como também pela proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Assim, é plenamente possível o controle jurisdicional de políticas públicas para a concretização de direitos humanos e fundamentais. Nesse contexto, o problema que se propõe para o presente trabalho é: diante de uma análise comparativa, se e como a CorteIDH utiliza a noção de dever de proteção como critério e como fundamento para o controle de políticas públicas em suas decisões e de que forma se distingue da perspectiva utilizada pelo STF? O trabalho está inserido na linha de pesquisa do Constitucionalismo Contemporâneo do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC, que explora o fenômeno constitucional e a consolidação jurídica de suas garantias. Igualmente, acompanha os trabalhos desenvolvidos pela orientadora e pela co-orientadora que discutem as repercussões e possibilidades do Constitucionalismo Contemporâneo, bem como o Direito Internacional dos Direitos Humanos e suas implicações para o parâmetro de Controle de Constitucionalidade, estando inserido no âmbito do Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana e em parceria com a Universidade de Talca do Chile, com financiamento da FAPERGS e da CAPES. O método de abordagem utilizado é o dedutivo, enquanto o método de procedimento adotado é, inicialmente, o histórico-crítico e, ao final, o comparativo entre as cortes. Utiliza-se como técnica de pesquisa a bibliográfica. Como objeto do estudo, selecionou-se as sentenças da CorteIDH em que o Brasil figura como parte, além das decisões do STF que apresentam as expressões alemãs ligadas à teoria estudada. Para tanto, busca-se um estudo da atuação das cortes como atores no controle de políticas públicas e a compreensão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e da Teoria do Dever de Proteção. Por último, intenta-se uma análise crítica e comparativa do controle jurisdicional de ambas as cortes e de sua noção sobre o dever de proteção. Conclui-se pela possibilidade de se afirmar que a CorteIDH trabalha com a noção de dever de prevenção do Estado, semelhante ao dever de proteção, embora não utilize a noção de proteção deficiente ou em excesso de forma expressa como o STF. Em contrapartida, suas determinações possuem caráter estruturante, buscando a prevenção de novas violações, impondo ao Estado medidas que interferem em suas políticas públicas. Já o STF utiliza expressamente o critério do dever de proteção e demonstra maior preocupação com a correção em casos concretos que envolvem as políticas públicas.

Palavras-chave: Controle de políticas públicas. Dever de proteção. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Supremo Tribunal Federal.

RESUMEN

Desde la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, el Estado tiene la obligación de crear los supuestos de hecho necesarios para el ejercicio efectivo de estos derechos, observando su deber de protección (*Schutzgebote*), limitado tanto por la prohibición de exceso (*Übermassverbot*), sino también por la prohibición de una protección insuficiente (*Untermassverbot*). Por lo tanto es muy posible el control jurisdiccional de las políticas públicas para la realización de los derechos humanos y los derechos fundamentales. En este contexto, la cuestión que se propone para este estudio es: a través de un análisis comparativa, si y cómo la CorteIDH utiliza el concepto deber de protección como criterio y como la base para el control de las políticas públicas en sus decisiones y cómo se diferencia de la perspectiva utilizada por el STF? El trabajo se inserta en la línea Contemporáneo Constitucionalismo de Investigación del Programa de Maestría y Doctorado en Derecho de UNISC, que explora el fenómeno constitucional y consolidación legal de sus garantías. También sigue el labor del orientador y el co-supervisor que discutir las implicaciones y posibilidades de constitucionalismo contemporáneo, así como el derecho internacional de los derechos humanos y sus implicaciones para el parámetro de control de constitucionalidad, con la inserción en el Observatorio de la Jurisdicción Constitucional de América Latina y en colaboración con la Universidad de Talca, Chile, con el financiamiento de FAPERGS y CAPES. El método utilizado es el enfoque deductivo, el método de procedimiento adoptado es, inicialmente, el histórico-crítico y, al final, el comparativo entre los tribunales. Se emplea como técnica de investigación la bibliográfica. Como objeto de estudio, se seleccionaron las sentencias de CorteIDH en que Brasil es parte, también se seleccionaron las decisiones del Supremo Tribunal Federal que presentan las expresiones alemanas vinculadas a la teoría estudiada. Por lo tanto, la obra busca un estudio de los tribunales como actores que actúan en el control de las políticas públicas y entender la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la teoría del deber de protección. Por último, el intento es una análisis crítica y comparativa del control jurisdiccional de los tribunales y su sensación del deber de la protección. Los resultados confirmaron la posibilidad de afirmar que la CorteIDH trabaja con la noción del deber de prevención de estado, similar al deber de protección, aunque no utilice la noción de la escasa protección o excesiva expresamente como el STF. En cambio, sus disposiciones tienen carácter estructural, tratando de prevenir nuevas violaciones, con la imposición de las medidas estatales que interfieren en las políticas públicas. Pero el Supremo Tribunal Federal utiliza expresamente el criterio del deber de protección y muestra una mayor preocupación por la corrección en los casos específicos que implican las políticas públicas.

Palabras clave: Control de las políticas públicas. Deber de protección. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

From the objective dimension of fundamental rights, the State is obligated to create the necessary factual assumptions for the effective exercise of these rights, noting its protective duty (*Schutzgebote*), limited by the prohibition of excess (*Übermassverbot*), as well as the prohibition of poor protection (*Untermassverbot*). This way it is entirely possible the jurisdictional control of public policies for the realization of human rights and fundamental rights. In this context, the issue that is proposed for this study is, on a comparative analysis, whether and how the Inter-American Court of Human Rights uses the protective duty concept as a criterion and as a foundation for the control of public policies in their decisions and how it differs from the perspective used by the Federal Supreme Court? The work is inserted into the Constitutionalism Research Contemporary line of the UNISC's Master and Doctorate Program in Law, which explores the constitutional phenomenon and legal consolidation of its guarantees. Also follows the work of the guidance counselor and the co-supervisor who discuss the implications and possibilities of Contemporary Constitutionalism as well as the international human rights law and its implications for Judicial Review parameter, being inserted in the Center of Constitutional Jurisdiction Latin American and in partnership with the University of Talca, Chile, with funding from FAPERGS and CAPES. The approach method used is the deductive, while the procedure adopted method is, at the beg, the historical-critical and, at the end, the comparison between the courts. It uses as a bibliographical research technique. As object of study, we selected the sentences of CortelDH in which Brazil is a party, in addition to the decisions of the STF that present the German expressions linked to the studied theory. Therefore, the work seeks a study of the performance of the courts as actors in control of public policies and to understand the objective dimension of fundamental rights and the protection of Duty Theory. Finally, an attempt is a critical and comparative analysis of the jurisdictional control of both the courts and their sense of duty protection. The results confirmed the possibility to assert that the Inter-American Court works with the notion of state prevention duty, similar to protective duty, although do not use the notion of poor protection or excessive expressly as the STF. By contrast, their decisions have structural nature, seeking to prevent new violations, imposing the State measures that interfere with their public policies. In it turn, the Federal Supreme Court expressly uses the criterion of protection duty and shows greater concern for the correction in specific cases involving public policies.

Keywords: Control of public policies. Inter-American Court of Human Rights. Protective duty. Federal Supreme Court.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO ATORES NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	16
2.1	A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: a atuação dos Tribunais no âmbito das políticas públicas e dos direitos sociais	16
2.2	O Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e como ator no controle de políticas públicas	30
2.3	A Corte Interamericana como protetora dos direitos humanos e como tribunal atuante no controle de políticas públicas	45
3	DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEVER DE PROTEÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	61
3.1	O dever de proteção como decorrência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais: a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente	61
3.2	Os fundamentos da operacionalização do dever de proteção pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelo Supremo Tribunal Federal ...	82
4	ANÁLISE COMPARATIVA DO CONTROLE JURISDICIONAL E DA NOÇÃO DE DEVER DE PROTEÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	102
4.1	A noção do dever de proteção do Supremo Tribunal Federal e seu papel na fundamentação das decisões que envolvem políticas públicas	102
4.2	A atuação da Corte Interamericana nas condenações brasileiras e a noção de dever de proteção como fundamento para suas decisões	119
4.3	Análise crítica e comparativa da visão e da atuação do STF e da CIDH na responsabilização do Estado decorrente de seu dever de proteção	134
5	CONCLUSÃO	151
	REFERÊNCIAS	157
	APÊNDICE I – Tabela comparativa entre as cortes.....	168
	APÊNDICE II – Resumo das decisões do Supremo Tribunal Federal	169

1 INTRODUÇÃO

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos possui papel importante na garantia dos direitos humanos e fundamentais. No cenário nacional, verifica-se uma crescente demanda pela concretização dos direitos fundamentais, culminando com um processo de judicialização de questões originalmente de competência dos Poderes Executivo e Legislativo. Tal fato ocorre especialmente nos casos em que os órgãos estatais competentes não executam determinada política pública ou deixam de concretizar um direito fundamental, comprometendo, assim, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos estabelecidos.

Na seara internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) exerce importante função ao delimitar parâmetros mínimos de proteção aos direitos humanos, embora sua jurisprudência seja pouco conhecida pelos magistrados nacionais¹. Suas sentenças refletem não só para o caso em concreto, ao julgar os Estados-partes que violam direitos humanos, como também afetam determinadas políticas públicas desenvolvidas pelo Estado violador, buscando a proteção dos direitos assegurados na Convenção Americana (também denominada de Pacto de São José da Costa Rica) e em outros tratados sobre direitos humanos que possuem como signatários algum de seus Estados-partes.

Esse amparo judicial em ambas as frentes (internacional e nacional) muitas vezes abrange a concretização de direitos fundamentais que, devido ao grau de abstração dessas normas, abarcam uma infinidade de prestações positivas do Estado, tendo em vista que há muito tempo já está superada a noção exclusiva dos direitos fundamentais como direitos de defesa. Contudo, quando o sistema judicial

¹ Essa constatação já foi inclusive retratada por Eleonora Mesquita Ceia (2013, p. 140), ao afirmar que “Tal postura reflete o desconhecimento da jurisprudência interamericana de direitos humanos e de sua respectiva obrigatoriedade pelos agentes políticos brasileiros. A AGU simplesmente ignora a jurisprudência da Corte, inclusive a sua sentença no caso Gomes Lund, ao afirmar que o Brasil não estaria vinculado, nesse caso, à CADH, pois veio a ratificá-la em data posterior à Lei de Anistia. [...] O próprio STF no julgamento da ADPF 153 não considera a jurisprudência consolidada da Corte que estabelece que as disposições de anistia são incompatíveis com a CADH, por impedirem a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias e o desaparecimento forçado de pessoas.” Ainda sobre esse desconhecimento da jurisprudência da Corte, Ceia (2013, p. 147) discorre que “Essa falta de familiaridade com os compromissos firmados pelo Estado perante o direito internacional dos direitos humanos, bem como a escassa aplicação da jurisprudência internacional, sejam elas decorrentes do desconhecimento deste ramo do Direito, sejam elas em razão de uma postura conservadora baseada na proteção à soberania nacional, dificultam o cumprimento das sentenças da Corte, assim como aumenta a possibilidade de violações à CADH.” (2013, p. 147)

nacional não for eficiente na garantia desses citados direitos, em caso de violação de um direito humano e esgotados os meios proporcionados pelo direito interno (ou diante de uma demora injustificada), os sujeitos, vítimas de tal ação ou omissão, possuem o recurso de denunciar o Estado. Essa denúncia por não ter concretizado a garantia da proteção (em seus parâmetros mínimos) de seu direito é direcionada para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão que, juntamente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), integra o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

Caso não haja uma solução consensual entre a vítima e o Estado no âmbito da Comissão, essa pode encaminhar o conflito para a jurisdição da Corte Interamericana. Assim, a CorteIDH desempenha seu papel de proteger os direitos dos seres humanos e, dessa forma, reitera o dever de proteção dos Estados para com os direitos fundamentais. Logo, cabe analisar de que forma a própria Corte percebe essa função jurisdicional e de que forma aplica tal critério em sua fundamentação, de forma expressa ou não.

Por essas razões, um estudo da compreensão do controle jurisdicional de políticas públicas no âmbito internacional, com o fito de garantir os supracitados direitos, se mostra imprescindível, especialmente no que tange à concepção sobre o dever de proteção dos Estados signatários do Pacto de São José. Para tanto, o presente trabalho busca aferir de que forma a Corte concebe, no decorrer das sentenças em que o Brasil figura como parte, o dever de proteção (ou o deixa de fazer) diante do caráter objetivo dos direitos fundamentais e, especialmente, a obrigação prestacional dos Estados membros da Convenção Interamericana na garantia da fruição e exercício dos direitos fundamentais, para enfim compará-la com a concepção adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Como critério de seleção para a presente pesquisa acadêmica sobre o uso da Teoria do Dever de Proteção em sua fundamentação pelos julgados do STF, realizou-se, num primeiro momento, a busca no *site* do próprio Tribunal (<<https://www.stf.jus.br>>) pelos termos alemães: *Schutzgebote*, *Übermassverbot* e *Untermassverbot* – respectivamente, postulado de proteção, proibição de excesso e proibição de proteção deficiente, resultando em vinte e três decisões judiciais e um informativo. Frisa-se que se buscou a referência direta à teoria alemã, motivo pelo qual não se pesquisou pelos termos em português, pois a pesquisa em língua vernácula apresentou inúmeros casos que não tinham relação com a referida teoria.

Por outro lado, a pesquisa perante a Corte Interamericana em seu *site* (<<http://www.corteidh.or.cr>>) limitou-se às sentenças em que o Brasil figurou no polo passivo, que abrangem cinco casos desde o reconhecimento da jurisdição da Corte por parte do Brasil. Além disso, elencou-se outras decisões pontuais que abordaram o tema para contribuir com a construção da noção sobre a figura do Estado “garante” por parte da Corte Interamericana.

Cabe referir que o presente trabalho encontra-se inserido na linha de pesquisa do Constitucionalismo Contemporâneo do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, que explora o fenômeno constitucional em seu aspecto de consolidação jurídica de garantias próprias de uma sociedade altamente complexa, em razão da pluralidade normativa que lhe é própria. Inclui-se nesse âmbito o comportamento do constitucionalismo contemporâneo em face das demandas que objetivam a concretização dos direitos fundamentais, as perspectivas e desafios que as demandas sociais apresentam frente ao Poder Judiciário.

Outrossim, o presente projeto acompanha o trabalho desenvolvido pela orientadora prof^a. Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal, que discute as repercussões e possibilidades do Constitucionalismo Contemporâneo em uma sociedade democrática, além de coordenar o Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-americana. Bem como segue o trabalho desenvolvido pela co-orientadora prof^a. Dra. Liliana Andrea Galdámez Zelada, que desenvolve sua pesquisa sobre a análise das sentenças do Tribunal Constitucional (chileno) sobre utilização do Direito Constitucional Estrangeiro e do Direito Internacional dos Direitos Humanos e suas implicações para o parâmetro de Controle de Constitucionalidade. Dentro desse contexto, surge a reflexão e o desenvolvimento de novas possibilidades/perspectivas de operacionalização do controle jurisdicional no âmbito internacional na realização e efetivação dos direitos fundamentais, inserindo aqui o objeto de estudo da presente pesquisa.

Ressalta-se que o desenvolvimento deste estudo só foi possível graças ao incentivo de instituições de fomento à pesquisa, mais precisamente a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (Fapergs). Ambas contribuíram com o financiamento deste trabalho, inserido na proposta de pesquisa “Recepção da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua utilização como

parâmetro para o controle jurisdicional de Políticas Públicas pelos Tribunais Constitucionais do Brasil e do Chile - rumo a um Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana”, por meio do Edital Fapergs/Capes 12/2013 do Programa de Internacionalização da Pós-Graduação no Rio Grande do Sul. Dessa forma, viabilizou-se a estadia por trinta dias no Chile, com participações em eventos acadêmicos, e o contato com a Universidade de Talca, além da possibilidade de co-orientação para a presente dissertação.

Para a realização deste trabalho, optou-se pelo método de abordagem dedutivo. Ou seja, da análise de um conjunto de elementos teóricos, buscou-se um estudo do controle jurisdicional de políticas públicas, sob a ótica do dever de proteção, nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos relacionadas ao Brasil, contextualizando com o sistema brasileiro de proteção aos direitos fundamentais, a partir da perspectiva verificada no posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Já quanto ao método de procedimento, adotou-se, inicialmente, o histórico-crítico e, ao final, o comparativo entre as cortes, consistindo em uma investigação das diferentes concepções sobre a responsabilidade do Estado adotadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (nas decisões envolvendo o Brasil) e pelo Supremo Tribunal Federal (consoante as decisões em que foram citados os termos supracitados referentes à Teoria do Dever de Proteção). Não obstante isso, utiliza-se a técnica de pesquisa bibliográfica, mais precisamente artigos e livros sobre o tema, no que tange a parte teórica, e consulta à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal para o levantamento dos fundamentos utilizados nos casos práticos.

Diante desse cenário, o presente trabalho se divide em três capítulos. O primeiro busca contextualizar a Corte Interamericana e o Supremo Tribunal Federal como atores no controle de políticas públicas, a importância dos direitos fundamentais no atual constitucionalismo e a concretização dos mesmos por meio de políticas públicas. Para tanto, com relação ao Supremo Tribunal Federal, são abordados os temas como o controle de constitucionalidade, em suas diferentes modalidades (difusa e concentrada), a força normativa que os dispositivos constitucionais detêm, especialmente no que se refere a sua aplicação imediata para a concretização dos mesmos, e a possibilidade da análise judicial. Já no que tange à atuação da Corte IDH, são abordados assuntos como o seu papel no controle de políticas públicas, o seu próprio funcionamento operacional e o desempenho do

controle de convencionalidade.

Exposto isso, no segundo capítulo, envereda-se pela teoria alemã acerca da noção de Dever de Proteção, bem como a dimensão objetiva dos direitos humanos e fundamentais, que dentre outras consequências lógicas permite o controle jurisdicional das políticas públicas. Tabalha-se com a noção de “dever de defesa” (*Abwehrrechte*) contra o Estado e a ordem de valores objetiva (*Wertsystem*) projetada sobre o ordenamento, de caráter impositivo, gerando eficácia de irradiação (*Ausstrahlungswirkung*) que permite a aplicação e interpretação de todas as demais normas infraconstitucionais à luz da Constituição. Decorrente disso, reconhece-se a influencia dos direitos fundamentais também nas relações jurídico-privadas, causando situações que exigem a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo julgador (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), em sua dupla face: a “proibição de proteção deficiente” (*Untermassverbot*) e a “proibição de excesso” (*Übermassverbot*).

Ao final, o terceiro capítulo abrange a análise comparativa entre a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mais especificamente no que se refere à utilização, como critério de fundamentação, da Teoria do Dever de Proteção. Expõe-se as decisões de ambas as cortes estudadas, evidenciando a análise comparativa da atuação jurisdicional. Igualmente, demonstra-se os obstáculos inicialmente encontrados pelos controles de constitucionalidade e de convencionalidade, como a alegação de violação ao princípio da separação de Poderes e da soberania nacional, respectivamente.

Todo esse roteiro se presta para (tentar) responder ao questionamento que impulsionou a pesquisa, qual seja: diante de uma análise comparativa, se e como a Corte Interamericana de Direitos Humanos utiliza a noção de “dever de proteção” como critério e como fundamentação para o controle de políticas públicas em suas decisões e de que forma se distingue da perspectiva do Supremo Tribunal Federal?

Preliminarmente, a hipótese levantada para responder essa pergunta considera que a Corte Interamericana realiza uma espécie de controle jurisdicional semelhante ao realizado em âmbito interno pelo STF, contudo acredita-se que aquela é mais impositiva no que tange às tarefas que o Estado tem o dever de prestar e proteger, pois tenderia a impor mais obrigações e ações do que o STF, que costuma reforçar o aspecto de garantia dos direitos e exercer uma certa auto-contenção quanto à determinação de tarefas aos demais Poderes. Tal perspectiva

advém da tensão entre às imposições da Corte Interamericana frente à soberania dos Estados, enquanto que o STF, por sua vez, encontra maior obstáculo para suas determinações no princípio da separação de Poderes.

A resposta almejada visa contribuir para a elucidação e ilustração de como ambas as cortes utilizam (ou deixam de utilizar) a Teoria do Dever de Proteção na concretização dos direitos humanos e fundamentais. Ao lado disso, intenta-se uma maior aproximação com a jurisprudência da CorteIDH, pouco estudada pelos juristas brasileiros comparando com sua importância na proteção dos referidos direitos.

Diante desse caminho traçado, pretende-se contribuir com uma análise crítica e comparativa das perspectivas do critério de dever de proteção no controle jurisdicional de políticas públicas entre a CorteIDH e o Supremo Tribunal Federal. Além disso, paralelamente, objetiva-se uma maior aproximação da pesquisa acadêmica brasileira da jurisprudência da Corte Interamericana e do controle de convencionalidade realizado pelo Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

2 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO ATORES NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

2.1 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: o fenômeno da judicialização e o controle de políticas públicas na concretização dos direitos sociais

Antes de estudar os fatores que permitem compreender a Corte Interamericana e o Supremo Tribunal Federal brasileiro como atores no controle de políticas públicas, é essencial a compreensão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Essa característica não só permite o desempenho de ambos os tribunais na garantia da concretização dos referidos direitos (ainda que de forma limitada), como também concebe aos mesmos uma força normativa capaz de responsabilizar o Estado pelo inadimplemento no que se refere às medidas prestacionais (seja por sua omissão, seja por insuficiência de sua proteção).

Inicialmente, cabe ressaltar algumas considerações que surgiram no período do segundo pós-guerra do século XX, que causou a elaboração de Constituições “comunitárias”, que carregam consigo sentido, fins, princípios políticos e ideologia, conformando o texto constitucional (LEAL, 2007, p. 30-31). As Constituições, elaboradas após o final da Segunda Guerra, deixam de ser textos estatais para abranger também conteúdo político, para legitimar o poder (uma vez que antes bastava regular a sua organização). Amplia-se a regulação da Constituição para além do Estado, pois toda a sociedade passa a ser regulada por ela. A partir disso, o Estado passa intervir diretamente em questões sociais, quando antes era apenas um mero expectador, (LEAL, 2007, p. 31-32).

Essa passagem para o Estado Democrático de Direito fortalece a concepção de defesa dos direitos fundamentais e a noção de dignidade humana, conseqüentemente a Constituição assume uma função principiológica, diante dos dispositivos com textura aberta. Isso significa uma estrutura que permite maior aferição de seus conteúdos, conforme se vivencia a Constituição, não apenas aplicando o que diz gramaticalmente seu texto. Essa nova necessidade de concretização dos direitos fundamentais provoca uma nova realidade entre a tensão existente entre os três Poderes, deslocando esse polo para o Judiciário. Em outras palavras, parte da função da política acaba sendo decidida em debates nos

Tribunais Constitucionais, que realizam o controle de constitucionalidade (LEAL, 2007, p. 40-41).

Diante disso, a superação do positivismo clássico, a centralidade dos direitos fundamentais, a revalorização do direito e a diferenciação qualitativa entre princípios e regras propulsionaram o modelo neoconstitucionalista², entre outros fatores. Diante disso, o neoconstitucionalismo, segundo Leal e Gervasoni (2011, p. 102), é caracterizado principalmente:

[...] pela teoria das fontes (a lei já não é a única fonte, aparecendo a própria Constituição como auto-aplicativa); pela substancial alteração da teoria da norma (em face do surgimento dos princípios, a incidir também na teoria das fontes); e, por fim, pela interpretação (da incidibilidade entre vigência e validade e entre texto e norma, características do positivismo, um novo paradigma hermenêutico-interpretativo surge do que se convencionou chamar de giro linguístico-hermenêutico, proporcionando um novo olhar sobre a interpretação e as condições sob as quais ocorre o processo compreensivo).

Portanto, os princípios passaram a assumir dentro da Constituição o papel de fonte normativa (assim como as regras), servindo não só para conformar essas como, também, para estabelecer as normas (entendendo-se aqui norma como resultado da interpretação de um texto, seja regra ou princípio). Essa inovação exige muito mais do interprete que a mera subsunção anteriormente defendida, sendo necessário muitas vezes sopesar valores entre princípios para encontrar a norma para o caso concreto, por exemplo.

Essa nova forma de compreender o direito, principalmente o direito constitucional, transformou a hermenêutica e a linguagem de forma que, se antes esta era tida como um terceiro elemento que interligava sujeito e objeto, neste instante passa a ser condição para que seja possível a compreensão desse processo. Assim, Nascimento (2009, p. 154) refere que a história, a cultura e a tradição são parte da estrutura de compreensão do intérprete, o que ressalta a necessidade de fundamentação do julgador para se atingir a resposta hermenêutica adequada em cada processo.

Essas transformações na hermenêutica e na linguagem são fatores que contribuíram para o fenômeno da judicialização (como se verá adiante), impactando no controle de políticas públicas realizado pelos julgadores e na responsabilização

² Embora haja várias significações para o termo, não se adentra nesse merito no presente trabalho, uma vez que não é o objeto a ser desenvolvido.

do Estado pela tarefa de assegurar os direitos fundamentais.

Conclui-se, dessa nova linguagem, que o processo interpretativo vai além de critérios objetivos e gramaticais, devendo estar atendo às mudanças sociais entre a elaboração dos textos normativos e da aplicação da norma ao caso concreto. Exemplo disso, verifica-se no julgamento da ação em que se reconheceu a possibilidade de união homoafetiva (ADI 4.277, STF, 2011) e o julgamento da ação em julgou inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal (ADPF 54, STF, 2012), entre tantos outros.

Veja-se que essas decisões são exemplos significativos de como questões políticas vem sendo judicializadas, exigindo uma atividade mais ativa³ por parte do intérprete, com especial atenção para os princípios previstos na Constituição Federal.

Os exemplos acima citados⁴ expressam o papel atuante e essencial para a defesa dos direitos fundamentais pela atividade jurisdicional. Cabe referir que, conforme os ensinamentos de Santos (2007, p. 12), no início do século passado, os Tribunais latino-americanos não desempenhavam um papel perceptível pela população, sendo que a alteração dessa percepção social de suas decisões e reflexos para a sociedade tornaram-se mais evidente com o final da década de oitenta, quando se iniciou uma expansão cada vez maior da sua atuação, de forma a assumir inclusive um protagonismo no âmbito interno de cada país. Ao abandonar o

³ Ao mencionar atividade mais ativa, significa dizer que o julgador possui papel essencial na interpretação da norma, construindo o seu sentido em sua aplicação, mas não significa dizer que o magistrado está agindo de forma ativista. Essa segunda atuação implica em uma ação criativa, além da interpretação da norma, extrapolando a competência jurisdicional. Para uma melhor compreensão do ativismo judicial e sua diferenciação da judicialização, Leal (2012) esclarece que esta apenas expressa o fenômeno da transferência de decisões estratégicas para o Judiciário, enquanto aquele implica numa intensificação/ampliação da atuação da jurisdição constitucional, onde o Poder Judicial assume a responsabilidade da garantia da Constituição e dos direitos fundamentais, de forma que em sua defesa desempenha funções e toma decisões que não seriam propriamente a ele atribuídas. No mesmo sentido, Barroso (2009, p. 5) esclarece que o ativismo judicial se caracteriza pela aplicação direta da Constituição a situações, independente da atuação/omissão do legislador ordinário, que não são contempladas de forma expressa pela Constituição, como também por um controle de constitucionalidade sobre normas infraconstitucionais fundamentado em critérios menos rígidos para a constatação da afronta à Carta, declarando a inconstitucionalidade quando essa não é expressa. Além dessas duas situações, aponta por fim uma terceira, marcada pela imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, destacando-se nesse caso as situações que envolvem políticas públicas.

⁴ Urge mencionar que não se trata de decisões políticas tomadas pelo Judiciário, mas de demandas sociais que necessitavam de uma regulação e/ou prestação do Estado, diante da inércia dos demais Poderes. Ou seja, nos casos mencionados o Judiciário foi motivado a julgar e a garantir os direitos fundamentais violados pela inadimplência dos demais Poderes, sendo que adotou uma postura mais pró ativa em função da prolongação da omissão dos mesmos.

low profile institucional, assumindo-se também como poder político, manifestou-se em três campos: no garantismo de direitos; no controle de legalidade e dos abusos de poder; e na judicialização da política (SANTOS, 2007, p. 12).

Diante disso, tanto o garantismo de direitos (de forma a buscar uma tutela eficiente), o controle de legalidade e abusos de poder (vedando excessos da atuação do Estado sobre os direitos fundamentais) e a judicialização da política implicam na necessidade do estudo do dever de proteção para uma melhor fundamentação das decisões no exercício da atuação judicial.

Ao julgador coube o papel de garantir os direitos fundamentais, devendo o mesmo ir além de um método de tão somente escolha de premissas para exigir do mesmo maior fundamentação e adequação do caso à norma. O fenômeno da judicialização revela um quadro de enfraquecimento (ou esvaziamento) entre a atividade legislativa e a realidade. Considerando isso, a hermenêutica assume maior relevância⁵, pois se verifica um deslocamento do polo de tensão entre os Poderes do Estado em direção à jurisdição constitucional, ante a impossibilidade do legislador prever todas as hipóteses de casos concretos que possam surgir para a aplicação das normas, o que acarretará na necessidade de, em alguns casos, o Judiciário intervir para adequar a norma à exceção. Essa posição não abandona o positivismo, mas permite uma mudança de paradigma para percebê-lo de uma forma mais aberta e viva, para além da neutralidade do texto normativo (BOLZAN DE MORAIS, 2006).

Esse novo contexto de interpretação da norma, em razão da garantia dos direitos fundamentais, proteção da dignidade humana e defesa da força normativa do texto constitucional exige uma constante integração entre o texto normativo e a realidade. Com isso, se estabelece uma diferença semântica entre os conceitos de texto e norma. Portanto, o intérprete não busca mais a norma ao analisar o texto da lei (*lato sensu*), porque aquela passa a ser o resultado da sua interpretação, tendo em vista que sua aplicação deve levar em consideração a relação (texto e intérprete) com os fatos do mundo que o cerca. Em outras palavras, a interpretação da lei dirige-se à extração de um significado da norma, assim como não se pode presumir que esse significado, ainda que oculto, esteja contido na letra da lei. Tal pensamento implica em dizer que a norma não é aquilo escrito pelo legislador, mas o resultado do trabalho interpretativo sobre o texto (que não pode ser imediatamente aplicado).

⁵ Neste ponto teorias como a do dever de proteção, que se estudará no capítulo seguinte, assumem uma função especial para a uniformização dos criterios de interpretação.

Assim, apenas mediante um processo interpretativo o julgador encontrará fundamentos para dotar de significado sólido a norma aplicada (KIRSTE, 2013, p. 69).

Considerando o acima exposto, verifica-se que no neoconstitucionalismo o direito não limita o critério de validade às regras de reconhecimento formal (conhecer a letra fria da lei), ignorando os anseios da população (fatos concretos e a realidade que o cerca) em razão das formalidades jurídicas, pelo contrário, uma vez que possui igualmente critério de validade material, conforme expõe Agra (2008, p. 437):

Diante das necessidades de regulamentar uma sociedade cada vez mais conflitiva o caráter científico da Ciência Jurídica cede espaço a sua finalidade teleológica. Seu sentido descritivo encontra-se tolhido pela necessidade de normas de sentido deontológico para a estruturação da sociedade. O neoconstitucionalismo representou o fim dos modelos políticos-institucionais, em que o poder estabelecido não tinha nenhum comprometimento com a concretização dos dispositivos estabelecidos na Constituição, podendo implementar livremente as políticas públicas em nome do princípio da soberania popular. O texto constitucional ganha força normativa e transforma-se em mandamento vinculante para o legislador ordinário, já que cristaliza a vontade do “*we the people*” (Grifado no original).

Isso permite que a linguagem constitucional, tanto com suas normas principiológicas como com suas normas esquemáticas, apresente em seu texto “maior abertura, maior grau de abstração, conferindo ao intérprete um significativo espaço interpretativo e construtivo, utilizando o todo do ordenamento jurídico (fontes)” (LEAL e GERVASONI, 2011, p. 104). E esse espaço interpretativo demanda racionalidade na fundamentação, para evitar eventuais arbitrariedades do julgador, motivo pelo qual a Teoria do Dever de Proteção reforça ainda mais essa racionalidade na exposição argumentativa na tomada de decisões judiciais.

Como decorrência do reconhecimento das normas constitucionais como normas jurídicas, Barroso (2007, p. 12) aponta para uma constitucionalização do Direito, que implica em um conteúdo material e axiológico com efeito expansivo, irradiando sobre o sistema jurídico, sobrecarregado de valores, fins públicos e comportamentos que condicionam a validade e sentido das normas infraconstitucionais. Em termos práticos, limita a discricionariedade/liberdade de conformação do Poder Legislativo, impondo ao mesmo o dever de atuação para a realização de direitos e programas constitucionais. Igualmente, para a Administração

Pública, limita sua discricionariedade, impõe deveres de atuação e fundamenta a validade de seus atos de aplicação direta ou imediata da Constituição (ou seja, independente da interposição do legislador). Por fim, para o Judiciário, representa o condicionamento da interpretação de todas as normas à observância do conteúdo normativo constitucional, além de servir como parâmetro para o controle de constitucionalidade, seja pela via incidental, seja por meio de ações concentradas (BARROSO, 2007, p. 13).

Tais características são decorrentes da dimensão objetiva conferida aos direitos fundamentais, que demanda do Estado uma função de proteção/concretização desses direitos (o que exige uma atuação), e não apenas um direito subjetivo que impeça a intervenção do mesmo. Nesse sentido, Leal (2007, p. 66-67) expõe a importância da teoria alemã, em especial a construção pelo Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) desse duplice caráter dos direitos fundamentais, tanto subjetivo como objetivo. Assim, essa vedação de intervenção garante aos direitos fundamentais a ideia de “dever de defesa” (*Abwehrrechte*) contra o Estado, bem como sustenta uma ordem de valores objetiva (*Wertsystem*) que se projeta sobre o ordenamento, passando a ter um caráter impositivo causador da chamada eficácia de irradiação (*Ausstrahlungswirkung*), fornecendo diretrizes para a aplicação e interpretação de todas as demais normas infraconstitucionais. Ainda, cabe referir que essa vinculação se dá também de modo horizontal⁶ (entre os indivíduos), diante da possibilidade de direitos paralelos concorrentes ou de sujeitos diferentes, que resultam na necessidade de sopesamento (*Abwägung*) e da aplicação do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) para a solução desses casos de conformação entre dois ou mais direitos fundamentais.

Portanto, frisa-se que os direitos fundamentais sofreram alterações quanto a sua compreensão jurídico-objetiva ao longo dos anos, sendo que sua interpretação atualmente irradia para diversas áreas. Sua eficácia não só se verifica na defesa das liberdades individuais, mas também no dever de proteção do Estado, na exigibilidade de prestações estatais ou ainda como um direito frente a terceiros, o que demonstra o seu campo de atuação. Dessa forma, os direitos fundamentais não se restringem apenas ao Estado, uma vez que também possuem caráter normativo

⁶ Em contrapartida, como vertical entenda-se a relação entre Estado e indivíduos.

para à ordem social. Do mesmo modo, não se desvinculam da função de proteção e servem como fundamento dos deveres de atuação estatal (GRIMM, 2006, p. 156).

Dessa forma, a interpretação dos direitos fundamentais não pode ser compreendida apenas pelo seu caráter negativo, pois se assim se procedesse acabaria estabilizando o *status quo*, sendo que sua compreensão em termos de intervenção resulta em um impulso transformador, conforme se constata no célebre caso Lüth-Urteil⁷ (SCHWABE, 2005, p. 381-395), que expôs em sua fundamentação questões cruciais para a compreensão dos direitos fundamentais – em especial o seu caráter axiológico objetivo, que aumenta a força jurídica dos direitos fundamentais, sua irradiação sobre o ordenamento jurídico e a ponderação de bens. Contudo, entre as críticas à interpretação jurídico-objetiva dos direitos fundamentais pode-se citar a elevada discricionariedade de sua interpretação, a perda da racionalidade na aplicação jurídica e a usurpação de competências políticas pelos Tribunais (GRIMM, 2006, p. 156-157).

Impende referir que são as decisões que abordam interpretações construtivas que demonstram de forma mais enfática esse “agigantamento” do papel desempenhado pela jurisdição constitucional. Isso porque a concepção de Constituição dirigente e de discricionariedade, afetadas por essa dimensão objetiva dos direitos fundamentais, impõe obrigações positivas ao Estado. Neste cenário as políticas públicas são “meios (escolhas políticas) para a realização dos fins propostos, traduzidos na figura dos direitos fundamentais (fixados juridicamente)” (LEAL, 2014a, p. 201). Em outras palavras, para resguardar um direito existe mais de uma alternativa de medidas que podem ser tomadas, cabendo nesse cenário ao Administrador a escolha do meio empregado para a concretização daquele.

Contudo, no cenário neoconstitucionalista, que se propõe à máxima efetividade dos direitos fundamentais, concebidos em sua dimensão objetiva, ocorre

⁷ Em sede de recurso (Reclamação Constitucional) interposto por Erich Lüth, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha decidiu que seu direito fundamental à liberdade de opinião irradia sobre as normas ordinárias, prevalecendo o direito constitucional sobre o direito civil alemão. Lüth, presidente de clube de imprensa de Hamburgo, havia convocado os empresários, produtores cinematográficos e a população em geral a boicotar o trabalho do diretor de cinema Veit Harlan, que estava vinculado à propaganda nazista anti-semita durante a Segunda Guerra Mundial. A decisão do Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão da Justiça estadual de Hamburgo, que havia lhe proibido de expressar suas opiniões sobre o filme *Unsterbliche Geliebte* (Amada Imortal) e aplicado uma sanção pecuniária em razão de sua atitude contrária à moral e aos bons costumes, prevista no parágrafo 826 do BGB – Código Civil alemão, aplicando no caso um juízo de ponderação de bens, onde prevaleceu o sentido dos direitos fundamentais sobre a citada legislação (SCHWABE, 2005, p. 381-395).

uma progressiva vinculação dos Poderes Públicos para a sua realização. Consequentemente, sua margem de discricionariedade se reduz, uma vez que atualmente há em determinados casos, por exemplo, a fixação de percentuais a serem destinados às políticas públicas que se destinam à concretização de um direito, a exigência de observância de princípios como os da moralidade, da eficiência da administração pública e da proporcionalidade/razoabilidade. Assim, o Poder Judiciário, no exercício de sua função de fiscalização, se potencializou diante da judicialização desses direitos (LEAL, 2014a, p. 202).

Como afirma Sarlet (2003, p. 66), é nesse contexto que os direitos fundamentais passam a ser considerados, não apenas em sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, mas também como elementos da ordem jurídica objetiva. Desse modo, os referidos direitos integram um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico que, juntamente com os princípios estruturais e organizacionais (parte orgânica ou organizatória da Constituição), formam o núcleo substancial formado pelas decisões fundamentais de ordem normativa para a estruturação do Estado Democrático de Direito.

A importância dos direitos fundamentais no atual constitucionalismo e, conseqüentemente, em todo o ordenamento jurídico resta evidente. Nesse sentido, Luño (2013, p. 15) afirma que

El constitucionalismo actual no sería lo que es sin los derechos fundamentales. Las normas que sancionan el estatuto de los derechos fundamentales, junto a aquellas que consagran la forma de Estado y las que establecen el sistema económico, son las decisivas para definir el modelo constitucional de sociedad. [...] Así, se da un estrecho nexo de interdependencia, genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho.

Conseqüentemente a essa amplitude dos direitos fundamentais, entre outras causas, nota-se o já mencionado “protagonismo” do Judiciário, pois este acaba sendo motivado para se manifestar sobre assuntos estratégicos no tocante à concretização de temas fundamentais, tradicionalmente reservados à esfera política e deliberativa, o que torna cada vez mais o direito produto da atuação judicial, construído conforme o caso concreto, pela atividade interpretativa dos magistrados.

Pode-se afirmar, assim, que a judicialização se caracteriza por dois sentidos:

a judicialização da política e a judicialização do direito (LEAL, 2014a, p. 198). O primeiro caso não implica na politização da justiça, uma vez que o Judiciário é um poder político, mas se diferencia em razão de não tomar decisões de antemão, dentro de um âmbito normativamente restrito, nem persegue objetivos políticos próprios. A jurisdição constitucional possui como objeto de regulamentação, por óbvio, a própria Constituição, logo o objeto de controle consiste na própria política, diante da natureza dos dispositivos constitucionais (LEAL, 2014a, p. 198-199). Ao passo que a judicialização do direito se caracteriza pelo aumento da importância das decisões judiciais, em especial no que diz respeito à interpretação e concretização dos dispositivos de natureza principiológica, próprios do neoconstitucionalismo. Assim, a jurisprudência, tida como fonte do direito, não deixa de possuir um importante espaço de criação do mesmo, ainda que o sistema brasileiro adote a *civil law* (LEAL, 2014a, p. 199).

Desse modo, uma vez constatado esse cenário favorável à atuação do Judiciário, para uma melhor compreensão do controle desempenhado pela jurisdição constitucional no âmbito das políticas públicas, justamente por serem o meio muitas vezes empregado para garantir a concretização desses direitos fundamentais dependentes da atuação do Estado, importante se faz uma breve distinção da política compreendida em suas três dimensões: *polity*, *politics* e *policy*. Dessa forma, entende-se a primeira como a parte orgânica do Estado, sua estruturação e todo o aparato burocrático. Ou seja, nessa categoria se enquadra os aspectos estruturantes da política institucional, abrangendo o sistema de governo, estrutura e funcionamento dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Desse modo, entende-se por *polity* o sistema político, delimitado e esquematizado pelo sistema jurídico, assim como a estrutura institucional do sistema político-administrativo (SCHMIDT, 2008, p. 2.310).

Pela segunda expressão, conforme o referido autor, percebe-se a dimensão dos processos dinâmicos da política e a competição pelo poder. Quais sejam: o comportamento dos atores políticos, sua dinâmica para a tomada de decisões e captação de recursos, os conflitos e cooperações entre as forças políticas e sociais, a relação entre os Poderes e entre os entes federados, do mesmo modo que a relação entre Estado, mercado e sociedade civil, entre tantas outras formas. Assim, pode-se dizer que *politics* é o jogo político de disputas e de cooperação entre os mais diversos atores políticos e sociais.

Por fim, a conceituação de *policy* se trata dos conteúdos concretos da política, sendo nesta expressão que se enquadram as políticas públicas. Dentro dessa dimensão, a *policy* abrange a ação estatal, o resultado da política institucional e processual, seja por meio de programas, diretrizes, projetos ou qualquer outro meio de materialização (SCHMIDT, 2008, p. 2.310-2.311).

Uma vez analisado onde se enquadra as políticas públicas, é necessário entender o que se entende por elas. Contudo, tal tarefa é demasiadamente complexa, bem como tal pretensão não constitui objeto do presente trabalho. Portanto, adotar-se-á a concepção⁸ analisada por Bitencourt (2013, p. 58):

[...] para se estar diante de uma política pública necessita-se estar frente a um discurso que segue as demandas sociais; que encontra no Direito o meio de organização dos engajamentos para ação; que possui uma ligação com as Organizações Governamentais; que possui influência da sociedade por ela mesma ou parte dela em uma tentativa de modificação consciente da sociedade utilizando-se do poder administrativo para isso e onde preponderam os discursos pragmáticos, motivados ainda por outras espécies de discursos. Logo, entenda-se política pública com um conceito complexo, que engloba desde o conteúdo, o nível de engajamento a fim de dar legitimidade à escolha, à competência de quem interliga uma série de discursos.

Porém, não se pode deixar de mencionar o conceito trabalhado e exposto em 2006 pelo próprio Ministério da Saúde (SCHMIDT, 2008, p. 2.312):

Políticas públicas configuram decisões de caráter geral que apontam rumos e linhas estratégicas de atuação governamental, reduzindo os efeitos da descontinuidade administrativa e potencializando os recursos disponíveis ao tornarem públicas, expressas e acessíveis à população e aos formadores de opinião as intenções do governo no planejamento de programas, projetos e atividades.

Dessa forma, as políticas públicas são ações ligadas à Organização Governamental, que visam atender aos anseios sociais, apontando uma direção a ser seguida pela sociedade, por meio das mais diversas formas de planejamento

⁸ O referido entendimento também é balizado pela compreensão de Reck (2013, p. 386), que entende: “Estar-se-á, portanto, diante de uma política pública quando existe: a) um discurso que segue as demandas sociais; b) Direito como meio de organização dos engajamentos para ação; c) materialização dos direitos fundamentais; d) ligação com as Organizações Governamentais; e) influência da sociedade por ela mesma ou parte dela; f) tentativa de modificação consciente da sociedade; g) programas que se protraem no tempo; h) uso do poder administrativo; i) predominância e discursos pragmáticos, motivados por outras espécies de discursos; j) coerência narrativa interna que possibilita a formação de uma identidade a partir do cotejo meios-fins em sede de poder administrativo.”

(programas, projetos, campanhas, discursos, etc.). Para realizar o seu fim, a política pública faz uso dos instrumentos da Administração Pública. Assim, a existência de uma política pública é essencial para manter um bom aproveitamento desses instrumentos de forma conectada à linha de objetivos traçada pela Administração Pública.

Como instrumentos tradicionalmente envolvidos com as políticas públicas, Reck (2013, p. 381-410) elenca: I- criação de legislação penal, civil, administrativa, e demais ramos do Direito: para condicionar comportamentos e alcançar os objetivos da política pública; II- fomento: através de ações como empréstimos ou bolsas, busca-se empoderar determinados indivíduos, grupos ou a sociedade civil em algum âmbito da vida que apresente desigualdades; III- regulação: a Administração Pública regula por meio de atos administrativos o mercado ou serviços concedidos, visando determinados objetivos que estão em consonância com a política pública; IV- serviços públicos: atividades organizadas pela Administração Pública (ou em seu lugar), realiza prestações consideradas de interesse público, tais como os serviços de saúde, segurança e educação; V- obra pública: edificações cuja finalidade atenda a política pública (por exemplo, na política pública de saúde, construir postos de saúde, na política pública de trânsito e circulação, construir estradas, etc.); VI- intervenções da Administração Pública na propriedade: limitações administrativas, desapropriação, loteamento, inventários, entre outros instrumentos; VII- intervenção da Administração Pública na economia: seja impedindo práticas comerciais desleais, seja explorando diretamente alguma atividade econômica; VIII- poder de polícia: controle das liberdades individuais, atuando na orientação, licenciamento, regulação e sanção; IX- Programas administrativos: conjuntos de atos da Administração Pública que estabeleçam algum plano de ação dentro da política pública.

Cabe apontar que as políticas públicas, especialmente por sua complexidade, apresentam uma grande diversidade de estruturação. Para um entendimento mais apurado sobre sua tipologia, Schmidt (2008, p. 2.313-2.314) relata a classificação elaborada por Theodor Lowi, proposta ainda na década de 1960, que subdivide as políticas públicas em quatro grandes áreas (políticas distributivas, redistributivas, políticas regulatórias e políticas constitutivas ou estruturadoras).

Assim, verifica-se: 1) Políticas distributivas – que consistem na distribuição de recursos da sociedade para algumas regiões ou segmentos sociais específicos.

Como exemplo se pode citar a pavimentação e iluminação de ruas de um determinado bairro, auxílio a deficientes físicos, auxílio a vítimas de intempéries climáticas, entre outras. 2) Políticas redistributivas – visam ao remanejamento dos recursos, deslocando-os das camadas sociais mais bem dotadas para as classes mais pobres. Como modelo dessa política cita-se o programa bolsa-família, que apoia famílias em situação de extrema pobreza garantindo às mesmas o direito à alimentação, acesso à educação e à saúde, sendo um programa de inclusão social que transfere renda e garante acesso a serviços essenciais. Outrossim, essa categoria também abrange políticas universais, como a seguridade social. 3) Políticas regulatórias – responsáveis por criarem normas para o funcionamento de serviços e instalações de equipamentos públicos, são normativas que buscam distribuir os custos e benefícios de forma equilibrada entre os membros da sociedade, planejadas para angariar benefícios geralmente a longo prazo, como por exemplo o plano diretor urbano e políticas de uso do solo. 4) Políticas constitutivas ou estruturadoras – definem as estruturas e os processos políticos, organizando toda a questão procedimental da política. Elas afetam as condições em que se originam as demais políticas, determinando a dimensão da *polity* e a criação ou modificação das instituições políticas (SCHMIDT, 2008, p. 2.313-2.314).

Com relação as fases das políticas públicas, cabe ressaltar que essas envolvem todos os agentes de um sistema nacional: sociedade, poder público e privado, sociedade civil organizada e inclusive organismos e dinâmica internacional. As políticas públicas devem ser organizadas e pensadas a partir da identificação de sua necessidade, que se dá, conforme Silva e outros (2010, p. 45), pela observação de fatos e de indicadores.

Nesse sentido, haveria cinco fases para o desenvolvimento das políticas públicas: I) a identificação de uma questão a ser resolvida, ou um conjunto de direitos a ser efetivado, a partir de um diagnóstico do problema; II) a formulação de um plano de ação para o enfrentamento do problema; III) a decisão e a escolha das ações prioritárias; IV) a implementação (por meio de leis e procedimentos administrativos); V) a avaliação dos resultados alcançados (SILVA et al, 2010, p. 45).

Contudo, esse processo político se desenvolve por meio de uma grande margem de discricionariedade dos agentes políticos, seja na determinação dos problemas sociais que merecem atenção para serem incluídos na agenda política,

seja no momento de formular a política pública, seja na hora de decidir a forma de implementação e os meios adequados para o combate aos problemas constatados, etc. Em todas as fases, a tomada de decisões pode acarretar as chamadas escolhas trágicas:

Os *trade-offs* sempre envolvem a comparação de custos e benefícios. Em uma definição bem simples, benefício é tudo que se ganha, custo é tudo que se perde. Certamente, os benefícios dependem das preferências pessoais; no caso das escolhas públicas, dependem de preferências políticas, ou ainda, preferências pré-estabelecidas, como as escolhas realizadas no texto constitucional. (Grifado no original). (MAURÍCIO JUNIOR, 2009, p. 126).

No que tange a análise judicial dessas escolhas públicas, exige-se do Judiciário cautela na sua apreciação. Isso porque quando demandado para se manifestar sobre um determinado assunto que envolve a concretização de direitos, o julgador precisa estar consciente de que a administração exige escolhas políticas excludentes (por exemplo, a verba pública deve ser alocada para os investimentos que entender que melhor atendem os anseios da população em detrimento de outras possibilidades de investimentos). Isso não significa permitir a violação dos direitos fundamentais, pré-estabelecidos para a agenda política pelo texto constitucional, ante o caráter objetivo desses direitos. Todavia, é necessário entender que existe uma margem de discricionariedade para a atuação do legislador e para a Administração Pública que, embora não exime a responsabilidade do Estado de garantir parâmetros mínimos de proteção aos supracitados direitos, como se verá mais adiante, permite ao mesmo elencar prioridades em certas políticas públicas⁹.

Quando houver controle judicial de uma política pública, portanto, significa que há o controle sobre algum elemento dessa política pública. Para analisar a sério uma política pública é necessário, deste modo, analisar quais instrumentos da referida política pública serão utilizados para determinados atos, para então julgar a eficiência (suficiência) da atuação estatal. Também se faz necessário analisar qual o ente federativo competente para cada um dos instrumentos da referida política

⁹ “No entanto, também não se pode negar que quando uma política pública é estabelecida pela própria ordem constitucional, menor será a margem de discricionariedade dos seus instrumentos, meios, objetivos, uma vez que passam a estar expressos, como nos referidos exemplos, dando margem para a conformação do Legislador, do Administradore para o próprio Poder Judiciário quando do seu controle.” (BITENCOURT, 2013, p. 106-107).

pública. Portanto, conclui-se que controlar as políticas públicas é substituir uma(s) das milhares de decisões que compõem a política pública, especialmente no que tange aos instrumentos utilizados, devendo se ater as mais variadas perspectivas da observação jurídica, em especial a realizada a partir do Direito Administrativo (RECK, 2013, p. 381-410).

Veja-se, portanto, que essa dimensão objetiva dos direitos fundamentais exige do Estado uma atuação ativa, prestacional, para sua concretização. Do mesmo modo, constata-se que o fenômeno da judicialização trouxe para o debate o Poder Judiciário, com a finalidade de que o mesmo desempenhe seu papel de fiscalização no cumprimento dos dispositivos constitucionais, assegurando os direitos fundamentais.

Como as políticas públicas são meios pelos quais o Estado concretiza os supracitados direitos, é possível compreender um certo controle judicial sobre aquelas (notadamente sobre os seus instrumentos de concretização dos direitos fundamentais), com o fim de garantir a efetividade da Constituição. Uma vez possível esse controle, é necessário que o julgador compreenda o que é a política pública (desde sua função, sua constituição, até o seu processo de realização) para não intervir de forma a violar a discricionariedade do legislador e da Administração Pública, bem como para estar melhor capacitado para estabelecer os referidos parâmetros mínimos de proteção aos direitos fundamentais. Com isso, será possível determinar a adequação das políticas públicas que se mostrarem insuficientes para a concretização dos mesmos.

Como o presente trabalho busca analisar justamente um dos critérios para se alcançar esses parâmetros (quanto ao dever de proteção), mais especificamente para constatar a responsabilidade do Estado na garantia dos direitos humanos e fundamentais, necessita-se neste momento inicial a realização de um breve estudo sobre os órgãos julgadores que serão analisados. Importa ressaltar que se trata de instâncias distintas, cuja atuação de um envolve a perspectiva interna (STF), ao buscar assegurar a concretização da Constituição, enquanto a outra apresenta uma atuação de natureza subsidiária na proteção dos direitos humanos, de perspectiva internacional (CorteIDH). Por essa razão, passa-se ao estudo detalhado do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos como atores no processo de controle de políticas públicas.

2.2 O Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e como ator no controle de políticas públicas

Conforme exposto anteriormente, a Constituição da República Federativa do Brasil (1988) não é mera carta política que organiza o Estado, mas sim parte integrante do ordenamento jurídico, sendo a principal fonte normativa, que inclusive irradia suas normas para todos os dispositivos infraconstitucionais. Assim, exerce o papel de organização da máquina pública, legitima seus atos e normas, além de prever um extenso rol de direitos fundamentais (exemplificativo, ante a previsão de abertura no próprio art. 5º, §2º, da Constituição¹⁰) logo no início de seu texto.

Para garantir o seu cumprimento e para conformar sua compreensão, coube ao Poder Judiciário a tarefa de assegurar o que restou previsto no texto constitucional, assumindo o papel de guardião da Constituição (tendo em vista que a todos os Poderes compete a tarefa de cumprir o disposto em seu texto, contudo ao Judiciário recai a última análise sobre a interpretação de seus dispositivos). Observa-se que o modelo adotado pelo sistema brasileiro optou por um controle de constitucionalidade que mescla o controle concentrado (também conhecido como abstrato) com o difuso (igualmente denominado incidental ou concreto).

Para uma melhor compreensão do controle de constitucionalidade brasileiro, é importante compreender o seu desenvolvimento em escala mundial. Assim, impende referir que o fenômeno do controle de constitucionalidade teve origem na decisão proferida em 1803 nos Estados Unidos, no caso *Marbury v. Madison*, onde se desenvolveu o controle difuso, enquanto que o modelo concentrado advém do modelo alemão idealizado por Hans Kelsen, em seu debate com Carl Schmitt sobre quem apresenta melhores condições de desempenhar a custódia da Constituição (LEAL, 2013). Embora ambos surgiram em momentos distintos, em situações e lógicas diversas, foram absorvidos pelo modelo híbrido brasileiro.

O caso americano teve início com a eleição presidencial de 1800, disputada pelo democrata Thomas Jefferson e pelo federalista John Adams. Como resultado, o democrata venceu o pleito e impediu a continuidade do governo de John Adams. Entretanto, com o intuito de preservar sua influência política, especificamente no

¹⁰ “§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

Poder Judiciário, antes do fim de seu mandato, John Adams aprovou nos primeiros meses de 1801 (pouco antes da troca de governo) uma lei para ampliar o número de juízes federais (42 novos juízes de paz), os quais seriam nomeados antes que Thomas Jefferson assumisse seu cargo – essa lei acabou conhecida como *Midnight Judges Act*. Naquela época, John Marshal ainda era Secretário de Estado e procedia com o ato de investidura desses novos magistrados (WOODARD, 2013).

Ocorre que nem todos os juízes nomeados assumiram suas funções até a troca do comando do Poder Executivo. Assim, Thomas Jefferson determinou ao seu novo Secretário de Estado, James Madison, para não dar continuidade às investidas restantes. Entre os juízes nomeados que não puderam assumir o cargo encontrava-se Willian Marbury. Diante dessa decisão política, Marbury impetrou o *Writ of Mandamus*, similar ao nosso mandado de segurança, perante a Suprema Corte Americana para exigir sua investidura no cargo de juiz federal. Já como Chefe de Justiça da Suprema Corte Americana, John Marshall julgou o caso analisando três pontos essenciais: primeiro, constatou que houve violação à lei, de modo a prejudicar Marbury, uma vez que não houve a investidura prevista legalmente, constatando dessa forma o ato ilegal do novo Secretário de Estado. O segundo ponto, a partir da constatação dessa injúria ao direito de Marbury, apontou que em função de este não ter recebido a investidura do cargo, era seu direito processar. Contudo, entendeu o julgador que, mesmo sendo a conduta do Secretário Madison ilegal, ao recusar-se de expedir a comissão legalmente devida à Marbury, a Suprema Corte era incompetente para emitir a ordem do *Mandamus* (WOODARD, 2013).

Veja-se que o referido remédio estava previsto no *Judiciary Act* de 1789, enquanto que a competência da Suprema Corte se limitava ao conteúdo previsto na Constituição. Significa dizer que uma lei infraconstitucional não poderia alterar ou expandir a competência jurisdicional estabelecida constitucionalmente. A partir dessa leitura, John Marshall declarou a inconstitucionalidade de parte do *Judiciary Act* de 1789, especificamente sua seção 13, que ampliou a competência jurisdicional da Suprema Corte, devendo ser considerada nula e sem efeito tal previsão legal, tendo em vista que conflitaria com o artigo 3º, seção 2, da Constituição dos Estados Unidos da América. Diante dessa decisão, Marshall inaugurou o modelo de controle de constitucionalidade americano (*Judicial Review*), utilizando-se dessa técnica para evitar proferir uma decisão que dificilmente seria cumprida pelo Executivo, o que

possivelmente geraria um atrito entre os Poderes (WOODARD, 2013).

Conforme Leal (2007, p. 28), com a citada decisão de 1803, a Suprema Corte americana inaugurou o controle difuso de constitucionalidade, quando sustentou a tese de que a Constituição é a base de todos os direitos e a lei suprema do ordenamento, motivo pelo qual seu conteúdo não pode ser modificável pelas vias ordinárias, o que implica às demais leis a necessidade de estar de acordo com os princípios por ela consagrados, como critério de validade. Diante disso, justifica-se o controle dos atos legislativos que a contrariem, pois, do contrário, estar-se-ia aceitando a ideia de que qualquer ato legislativo seria capaz de modificar a Constituição.

Na Europa, o surgimento da figura do Tribunal Constitucional, enquanto órgão competente para o controle de constitucionalidade, teve origem no embate de Schmitt e Kelsen. O debate protagonizado por ambos no início do século XX marcou a história do constitucionalismo contemporâneo. Schmitt defendia que o chefe do Executivo deveria ser o guardião da Constituição, pois apenas desse modo seria possível manter a unidade do sistema político e jurídico, tendo em vista que esse é eleito pelo povo, expressando a vontade da maioria, portanto seria mais qualificado (considerando sua legitimidade) para a função exercida (LEAL, 2007, p. 43). Assim, “[...] o controle de constitucionalidade deveria ser conferido ao Presidente do Reich, porque este se coloca como um poder intermediário, desvinculado de interesses partidários e, portanto, idôneo a defender a totalidade na nação que o elegeu” (LARANJEIRA, 2013, p. 16). Em outras palavras, o controle exige uma feição política, o que importaria na politização do Judiciário, o que seria inadmissível, uma vez que as decisões judiciais devem ser racionais, fruto de subsunção e, portanto apolíticas.

Em contraposição ao discurso de Schmitt, sendo a tese que restou consagrada, “[...] Kelsen sustenta que a atribuição de tal competência ao Presidente do Reich não se coaduna com o Estado de Direito, pois o Chefe de Estado nada mais é que um dos poderes constituídos” (LARANJEIRA, 2013, p. 17). Para este último, a afirmação de Schmitt de que a atribuição do controle de constitucionalidade ao Judiciário implicaria sua indesejável politização restava equivocada; Kelsen sustentava que toda função estatal é, de algum modo, política. “A distinção está na intensidade; trata-se de diferença quantitativa e não qualitativa” (LARANJEIRA, 2013, p. 17).

Significa dizer que Kelsen defendia que a política deveria ser compreendida como “decisão”, assim como que toda a decisão judicial, por si só, abrangia o exercício de poder, concluindo que a diferenciação entre a aplicação da lei e o controle de constitucionalidade seria apenas a sua natureza quantitativa, e não qualitativa (LEAL, 2007, p. 45). Assim, idealizou uma função de “legislação negativa” para o Judiciário, concebendo ao Tribunal legitimidade e legitimação indiretas, adotando uma lógica concentrada para o controle. Com isso, o Tribunal Constitucional não atuaria como concorrente do Parlamento, e sim como o seu complemento para a apreciação do conteúdo da lei, analisando apenas a sua validade, “isento” da disputa política, equilibrando o jogo entre os poderes (LEAL, 2007, p. 47).

No caso brasileiro, a Constituição brasileira de 1891 foi a primeira a prever o controle de constitucionalidade, influenciada pelo modelo norte-americano, que adotou o modelo difuso (MENDES e BRANCO, 2012, p. 1.132). Se em 1890, quando promulgado o Decreto n. 848, já havia previsão em seu art. 3º¹¹ quanto à competência da Justiça Federal para guarda e aplicação da Constituição, cabendo ao magistrado federal intervir em espécie e mediante provocação, a primeira Constituição Republicana brasileira, de inspiração norte-americana, veio confirmar a consolidação do modelo difuso.

O texto constitucional previa em seu dispositivo 59, §1º, alíneas “a” e “b”¹², a competência ao Supremo Tribunal Federal, em sede recursal, para rever as sentenças das Justiças dos Estados como última instância, para os casos que se questionasse a validade ou aplicação de tratados e leis federais, bem como para contestar a validade de leis ou atos do Governo dos Estados em face da Constituição ou das leis federais. Outrossim, logo em sequência, sobreveio a Lei n. 221/1894 que reafirmou em seu art. 13, §10¹³, aos juízes e tribunais federais, a

¹¹ “Art. 3º Na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação de parte.” (BRASIL, Decreto n. 848, 1890).

¹² “Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: §1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.” (BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1891).

¹³ “Art. 13. Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União. (...) §10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos

competência para apreciar a validade das leis e regulamentos, podendo deixar de aplicá-los nos casos em que se constatasse manifesta inconstitucionalidade das leis ou, para os regulamentos, incompatibilidade deste com as leis ou com a Constituição.

O controle difuso foi mantido com a Carta de 1934, em seu art. 76, III, “b” e “c”¹⁴, que contou com mudanças significativas como a regra do art. 179¹⁵ sobre a reserva de plenário (que estipula que a declaração de inconstitucionalidade só é possível mediante o voto da maioria da totalidade dos membros dos tribunais) e a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando da declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário (art. 91, inciso IV, e 96¹⁶), atribuindo efeito *erga omnes* à decisão. Outra inovação que merece destaque é a representação interventiva, que permitia ao Procurador-Geral da República provocar o STF para declarar a constitucionalidade de lei de intervenção, para assegurar a observâncias dos princípios constitucionais previstos no art. 7º, inciso I, alíneas “a” a “h”¹⁷.

Após tantas inovações, o controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1937 (estipulado em seu art. 101, inciso III, alíneas “b” e “c”¹⁸) foi

ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.” (BRASIL, Lei n. 221, 1894).

¹⁴ “Art 76 - A Corte Suprema compete: (...) III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: (...) b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada.” (BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934).

¹⁵ “Art 179 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.” (BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934).

¹⁶ “Art 91 - Compete ao Senado Federal: (...) IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário; (...) Art 96 - Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.” (BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934).

¹⁷ “Art 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: (...) V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais; (...) §2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.” (BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934).

¹⁸ “Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou últimas instâncias: (...) b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado.” (BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1937).

marcado por um certo retrocesso, uma vez que instituiu-se uma possibilidade de revisão constitucional (art. 96, parágrafo único¹⁹, revogado pela Lei Constitucional n. 18 em 1945), além de afastar o controle sobre questões exclusivamente políticas (art. 94²⁰). Mas logo em sequência, a Constituição de 1946 manteve o sistema difuso (art. 101, inciso II, alíneas “a”, “b” e “c”²¹), preservou a regra da reserva de plenário (art. 200²²) e a atribuição do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada pelo STF inconstitucional (art. 64²³).

Até 1965 o Brasil contava apenas com o controle de constitucionalidade difuso, sendo o Supremo Tribunal Federal um tribunal recursal. Com a Emenda Constitucional n. 16, de 1965, que acrescentou a alínea “k” ao inciso I do artigo 101²⁴, houve uma mudança crucial no controle de constitucionalidade, pois foi com essa emenda que se instituiu o controle abstrato no sistema brasileiro, que previa uma ação de representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, originada no âmbito federal e estadual. Como legitimado ativo, elencou apenas o Procurador-Geral da República.

A Constituição de 1967, por sua vez, não apresentou maiores mudanças. Manteve o sistema difuso²⁵, assim como o controle abstrato com a ação direta de

¹⁹ “Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.” (BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1937).

²⁰ “Art 94 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.” (BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1937).

²¹ “Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato.” (BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946).

²² “Art 200 - Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público.” (BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946).

²³ “Art 64 - incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.” (BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946).

²⁴ “Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: I - processar e julgar originariamente: (...) k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;” (BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946).

²⁵ “Art 111 - Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público. (...) Art. 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal: (...) III - julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última

inconstitucionalidade²⁶, nos mesmos moldes da representação contra inconstitucionalidade do modelo anterior.

Por fim, sobreveio a Constituição de 1988, que ampliou significativamente o controle de constitucionalidade. Preservou a representação interventiva²⁷ (regulamentada pela Lei n. 12.562 de 2011), consolidou os remédios constitucionais (*habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública), preservou o controle difuso e a regra da reserva de plenário²⁸, além da competência do Senado para suspender a execução de lei declarada pelo STF como sendo inconstitucional²⁹. Vale lembrar que, a partir da emenda n. 45 de 2004, o recurso extraordinário passou a contar com o requisito da repercussão geral³⁰, ou seja, apenas é admitido o recurso perante o STF se o recorrente demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso. A mesma emenda vinculou as decisões do STF não só aos órgãos do Poder Judiciário, mas também a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal³¹. Assim, com a atual redação, apenas o Poder

instância por outros Tribunais ou Juízes, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de Governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal;” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1967).

²⁶ “Art. 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal: I - processar e julgar originariamente: (...) I) a representação do Procurador - Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1967).

²⁷ “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta. e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

²⁸ “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

²⁹ “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

³⁰ “§3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

³¹ “§2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

Legislativo, dos três Poderes integrantes do Estado, é que não está vinculado às suas decisões, embora seja da competência do STF a tarefa da interpretação do texto da Constituição.

Além disso, a nova Carta aprimorou o controle concentrado de constitucionalidade, que passou a contar com a Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade (incluída no art. 102, inciso I, alínea “a”, pela Emenda Constitucional n. 3 de 1993)³², Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (que passou a ser regulada apenas em 2009, acrescida à Lei n. 9.868 pela Lei n. 12.063) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental³³, sendo as três primeiras reguladas pela Lei n. 9.868 de 1999 e esta última pela Lei n. 9.882 de 1999. Com relação aos legitimados para a propositura das referidas ações do controle concentrado de constitucionalidade, a Constituição de 1988 apresentou um rol muito mais extenso do que as suas antecessoras, que antes mantinham o monopólio da ação nas mãos do Procurador-Geral da República. Atualmente se verifica nos nove incisos do art. 103, da CF³⁴, um rol amplo e mais democrático.

Portanto, o controle de constitucionalidade brasileiro apresenta tanto a via difusa como a via concentrada para combater eventuais inconstitucionalidades. Do disposto acima, pode-se verificar igualmente que o Supremo Tribunal Federal atua tanto como um Tribunal Recursal como uma Corte Constitucional, pois não só julga em grau de recurso eventuais afrontas à Constituição em decisões que envolvem casos concretos, como também desempenha o papel de último intérprete da Constituição, ao analisar as leis e atos normativos de modo abstrato.

Tal tarefa é primordial para a sobrevivência da Constituição, uma vez que não há como imaginar um texto dotado de tamanha precisão e completude a ponto

³² “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

³³ “§1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

³⁴ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

de ser capaz de sobreviver sem qualquer alteração às mudanças sociais de uma sociedade. Assim, a Constituição deve contemplar o conteúdo material e a realidade normativa, servindo como uma ordem jurídica fundamental da coletividade, consoante a definição de Konrad Hesse (MENDES e BRANCO, 2012, p. 1.092), contendo desse modo as linhas básicas do Estado e estabelecendo diretrizes e limites ao conteúdo da legislação vindoura. Tendo em vista essa ausência de pretensão de completude do sistema constitucional, é exatamente essa sua característica que concede a flexibilidade necessária ao desenvolvimento e permite que seu conteúdo subsista aberto com o passar do tempo, sem que com isso perca sua rigidez.

Diante disso, pode-se afirmar que a atuação do Estado para a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição também é alvo do controle de constitucionalidade. Isso porque a violação dos direitos fundamentais pode ocorrer com a constatação da ausência de atuação estatal, quando o mesmo permanecer omissivo ao seu dever prestacional, verificando o seu descaso com uma situação que ponha em risco determinado direito fundamental; ou, ainda, quando deixar de regular alguma situação de forma que a falta de legislação impossibilite o gozo de um determinado direito (LEAL, 2013, p. 221-222).

Como visto anteriormente, muitos direitos previstos na Constituição como essenciais para a preservação da dignidade humana dependem dessa atuação do Estado, considerando justamente a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, pois aquele promove a sua garantia por meio de inúmeras políticas públicas, sejam políticas distributivas, políticas redistributivas, políticas regulatórias ou políticas constitutivas/estruturadoras (SCHMIDT, 2008, p. 2.313-2.314). Não bastasse essa diversidade de políticas públicas, seu desenvolvimento é complexo, exigindo desde a identificação dos problemas para a efetivação dos direitos e a consequente formulação de um plano de ação, até a decisão das ações prioritárias para, enfim, realizar a sua implementação.

Contudo, ainda que se trate de um processo político que concede aos agentes políticos uma certa discricionariedade em diversos momentos, esses estão limitados ao disposto no texto constitucional. Ou seja, em todas as fases, a tomada de decisões pode ser alvo do controle de constitucionalidade, tendo em vista a submissão dos três Poderes à Constituição.

Evidente que cabe ao Judiciário a cautela necessária para distinguir quando

o momento exige uma decisão que corrija uma política pública e quando se trata de discricionariedade da Administração Pública e da liberdade do legislador. Pois quando houver manifesta omissão do Estado, bem como quando a política pública adotada se mostrar insuficiente para a defesa do direito fundamental, as ações acima mencionadas, tanto pela via difusa quanto pela via concentrada, poderão ser acionadas para garantir o cumprimento do disposto na Lei Fundamental. Esta estabelece diretrizes que o Estado tem o dever de cumprir, o que implica em parâmetros mínimos de proteção que permitem a estipulação de prioridades em certas políticas públicas. Portanto, cabe ao Judiciário, quando motivado, analisar as demandas que noticiam essas possíveis violações.

Essa atuação se pauta justamente na garantia do mínimo existencial³⁵ (BOLESINA e LEAL, 2012), embora não seja limitada a essa tarefa³⁶. Cabe ressaltar que as características das normas constitucionais, especialmente aquelas que visam à proteção de direitos fundamentais previstos de modo abstrato (como por exemplo o previsto no art. 6º da Constituição³⁷), exigem da atuação judicial a construção do seu conteúdo, no sentido de determinar até onde se configura a responsabilidade do Estado. Para demonstrar a importância da construção jurisprudencial do seu conteúdo, podemos citar o direito à saúde.

O Estado deve custear toda e qualquer demanda referente à concessão de medicamentos? E tratamentos? O Estado deve possuir disponível para a população quantos leitos de Unidade de Tratamento Intensivo? E quando todos estiverem ocupados, como proceder se a demanda for maior? Essas são questões que o texto constitucional não responde, sendo muitas vezes o Judiciário provocado para garantir acesso ao direito à saúde e, indiretamente, exigindo da atividade

³⁵ Cabe ressaltar que mínimo existencial não é um conceito fechado, justamente para possibilitar a sua evolução conforme as mudanças sociais de uma determinada sociedade. Outrossim, seu conceito deve ser construído jurisprudencialmente, sempre atrelado à dignidade humana.

³⁶ A atuação judicial no controle de políticas públicas não se limita apenas a defender o mínimo existencial, podendo ocorrer quando uma decisão política se mostrar desproporcional para a finalidade que a fundamenta (como o exemplo hipotético: investir uma parcela significativa do orçamento público com uma política pública que poderia alcançar os mesmos resultados com um orçamento muito mais limitado), quando houver vício formal em razão do procedimento adotado não atender às exigências legais (tendo em vista o princípio da legalidade), quando constatado desvio de finalidade (uma política pública utilizada para atender interesse distinto daquele a que se destina), entre outros casos. Apenas se ressalta a atuação fundada na garantia do mínimo existencial em razão de ser um dos fundamentos atrelados ao dever de proteção, diante da proibição de proteção deficiente, como se verá no capítulo seguinte.

³⁷ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

jurisdicional uma resposta para essas perguntas.

Questões como essas levaram ao Supremo Tribunal Federal a discussão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. No julgamento da ADPF 45 (STF, 2004), restou decidido que, nos casos de abusividade governamental, diante do caráter relativo da conformação do legislador, é legítima a atuação jurisdicional para preservar a integridade e a intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial, reconhecendo assim a dimensão política da jurisdição constitucional atribuída à Suprema Corte brasileira.

Desse modo, o mínimo existencial se revela como um conjunto de direitos (reconhecidos ou não, expressamente, pelo Estado, mas sempre atrelados à dignidade humana), necessários para a vida digna e, igualmente, o limite mínimo do gozo desses direitos para assegurar a dignidade dos sujeitos, observadas as questões de tempo, espaço e sujeito (BOLESINA, 2012, p. 29). Significa dizer que o mínimo existencial não é o mesmo que mínimo vital (atrelado à sobrevivência física), pois aquele abrange tudo aquilo que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, compreendendo tanto as necessidades físicas (alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde, etc.) como as necessidades espirituais e culturais (educação, lazer, trabalho, etc.) (BOLESINA e LEAL 2012).

Seguindo os ensinamentos de Bitencourt (2013, p. 173-174),

[...] o mínimo existencial deixa de exibir apenas na problemática dos aspectos qualitativos da definição de interesses fundamentais ou de jusfundamentalidade, para se deixar envolver pelos aspectos quantitativos de uma qualidade de vida mensurável. Assim, o Judiciário passa a examinar e controlar a face quantitativa do mínimo existencial. [...] sempre que invocado, esse argumento tende a prevalecer ante o argumento da reserva do possível, por compor algo que se poderia referir como um 'núcleo essencial'. É errôneo confundir mínimo existencial com direitos sociais, uma vez que o mínimo existencial tem trabalhado com a realização do que é absolutamente salutar às condições de exercício de liberdade, ou mesmo de dignidade e, portanto, ora relacionando-se a direitos individuais e a direitos coletivos, porque os direitos sociais buscam justamente o ideal de dar além do mínimo, buscam estabelecer condições de equidade que procuram gerar qualidade e uma ampliação progressiva de direitos e benefícios aos seus, o que se coaduna com a ideia de um Estado Social Democrático de Direitos.

Cabe ressaltar que os direitos fundamentais, mesmo os direitos sociais e difusos, gozam de aplicação imediata (conforme §1º do artigo 5º da Constituição

Federal³⁸). Porém, em alguns momentos o Poder Público frustra o direito do cidadão ao permanecer omissivo quanto a seu dever prestacional, ou ainda por agir de modo insuficiente (seja para o dever de efetuar uma prestação propriamente dita, seja para regular determinado direito). Embora aquele esteja vinculado com o texto constitucional, que determina uma prestação geralmente não específica, em razão do alto grau de abstratividade dessas normas, não há prazo para que o mesmo efetue seu dever. Mas diante da inadimplência do Estado, resta ao particular a busca judicial pela concretização de seus direitos.

Com relação à aplicação imediata, embora algumas normas dependam de regulamentação para que se possa atingir sua plenitude ou existam direitos sociais garantidos por meio de normas programáticas que dependam da atuação prestacional do Estado, não há que se falar que os direitos sociais permaneçam reféns da ação (discricionariedade) deste. Embora dependentes de sua atuação, esses direitos devem sim ser efetivados, ao menos no que tange à garantia do mínimo existencial, ocorrendo muitas vezes a busca judicial pela sua concretização. Importante ressaltar os ensinamentos de Ingo Sarlet (2012, p. 316), para quem

[...] o dever de outorgar às normas de direitos fundamentais sua máxima eficácia e efetividade convive, por sua vez, com o dever de aplicação imediata de tais normas, razão pela qual se fala [...] no que diz com a aplicabilidade imediata, em uma regra que enuncia tal dever. Em termos pragmáticos, o que importa destacar, neste contexto, é o fato de que um direito fundamental não poderá ter a sua proteção e fruição negada pura e simplesmente por conta do argumento de que se trata de direito positivado como norma programática e de eficácia meramente limitada, pelo menos não no sentido de que o reconhecimento de uma posição subjetiva se encontra na completa dependência de uma interposição legislativa. Para que os direitos fundamentais possam ser efetivamente “trunfos contra a maioria” também é preciso que se atente [...] de que é a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais e não o oposto. (Grifado no original).

Não obstante, o referido autor assenta que é possível compreender do texto constitucional tanto um dever de maximização da eficácia e efetividade das normas que tratem de direitos fundamentais como a regra de sua aplicabilidade imediata, conforme prevê o citado §1º do artigo 5º da Constituição, do que deriva a exclusão do caráter meramente programático dessas normas de natureza fundamental, “que não podem ser reduzidas à condição de normas não autoaplicáveis, no sentido de normas destituídas de qualquer eficácia ou aplicabilidade” (SARLET, 2012, p. 318).

³⁸ “§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

Sob esses fundamentos, constata-se que a eficácia das normas previstas na Constituição que abordam direitos fundamentais, em especial o caso dos direitos sociais dependentes da prestação estatal, não pode, em regra, perder sua característica de exigibilidade. A omissão do Estado não tem o condão de impedir a aplicação da norma que garante o direito ao indivíduo, pois se acaso esse fosse o entendimento, esvaziar-se-ia as normas a ponto de serem implementadas conforme a disposição política, em vez de uma garantia contra uma maioria.

Diante do fenômeno da judicialização de questões que, *a priori*, seriam de competência dos Poderes Executivo e Legislativo, por possuírem natureza eminentemente política, cabe analisar de que forma os magistrados podem se aparelhar para uma melhor tomada de decisões, tendo-se em vista que esse processo de judicialização, já mencionado no início deste capítulo, vem exigindo do Poder Judiciário cada vez mais a defesa dos direitos previstos na Constituição Federal.

O fenômeno da judicialização se verifica diante de um conjunto de circunstâncias, “que descentraram a atenção da política judiciária para a política do judiciário” (SANTOS, 2007, p. 18). Assim, constata-se que o confronto político do Judiciário com os demais Poderes ocorre quando a apatia ou a incapacidade desses (Executivo e Legislativo) provoca a falta de resoluções de conflitos ou de atendimento às demandas sociais. Diante desse fato, a via judicial é acionada para que o magistrado interfira em uma política pública (ainda que unicamente para determinar o seu cumprimento ou garantia de um direito individual, por exemplo), para determinar a execução das condições necessárias para a sua efetivação.

Ainda segundo Santos, não se pode deixar de mencionar que a judicialização da política também impacta os próprios Tribunais, que acabam correndo o risco de serem conduzidos ao processo de politização do Judiciário³⁹. Ou seja, “torna-o mais controverso, mais visível e vulnerável política e socialmente, o que, por sua vez, é outra das razões do seu protagonismo” (SANTOS, 2007, p. 18).

Para aprimorar o processo de construção de decisões que intervêm em políticas públicas, é importante compreender a concepção que a teoria alemã do dever de proteção introduz na noção de responsabilidade estatal. Assim, para

³⁹ Vale lembrar que a judicialização da política ocorre em razão das demandas que levam o Judiciário a apreciar juridicamente questões de natureza política, enquanto que a politização do Judiciário se caracteriza pela tomada de decisões de forma discricionária, possibilitando a configuração de uma postura ativista.

alcançar um julgamento coeso e em respeito às normas constitucionais, observando-se o princípio da proporcionalidade, será crucial o seu desenvolvimento jurisprudencial para uma uniformidade nas decisões que envolvem o controle de políticas públicas.

Desse modo, a Teoria do Dever de Proteção trás ao julgador, quando de sua atuação na garantia dos direitos fundamentais, um método que torna a sua fundamentação mais transparente, que busque uma melhor compreensão da tomada de sua decisão de forma jurídica, ainda que a matéria envolvida trate de questões de natureza política. Quem julga tem o compromisso de proferir uma decisão coerente com o ordenamento jurídico no qual está inserido, visando garantir a concretização dos direitos fundamentais, sem deixar de levar em consideração a discricionariedade dos demais Poderes na elaboração e aplicação de políticas públicas, uma vez que não faz sentido se restringirem a apenas declarar a omissão dos demais Poderes.

Considerando-se o disposto acima, o Judiciário assume não só o papel de guardião da Constituição, mas passa a ser, também, um ator importante no controle de políticas públicas – ainda que de modo limitado se comparado com o poder de decisão dos demais Poderes. Embora não seja seu papel decidir os rumos das políticas públicas, criá-las ou extingui-las, cabe ao Poder Judiciário analisar, em caso de evidente violação a um direito fundamental, corrigir ou mesmo determinar uma prestação que atenda ao caso concreto, para garantir a eficácia das normas constitucionais voltadas aos direitos fundamentais, como acima mencionado.

Verifica-se, portanto, que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais é estratégica para o dever de proteção, correspondendo, em última análise, a uma pretensão jurídico-subjetiva, pois caso o legislador, primariamente obrigado a promover a proteção do direito fundamental, deixe de agir, poder-se-á condenar o Estado à sua prestação (seja fática ou normativa), de modo a cumprir de maneira direta o direito, por meio da Administração ou dos Tribunais (GRIMM, 2006, p. 167).

Frisa-se, não se pode negar, em um tal contexto, que o poder reservado ao Executivo e ao Legislativo para organizar e alocar o dinheiro público de maneira autônoma, num modelo democrático pluralista, lhes permite, por juízo de conveniência e oportunidade, um certo grau de discricionariedade. Contudo, como agente atuante no controle de políticas públicas, cabe ao Judiciário a garantia dos direitos fundamentais e o respeito à força normativa da Constituição, garantindo que

não se exclua do Estado a responsabilidade do fornecimento daquelas condições e do cumprimento racional das prestações que lhe são atribuídas.

Elucidando tal entendimento, Alcalá (2009, p. 41) refere que:

El contenido esencial de cada derecho constituye la sustancia o propiedades básicas del derecho que no pueden ser afectadas por el legislador. El contenido esencial de los derechos es una frontera, un límite, que el legislador no puede sobrepasar, si lo hace incurre en inconstitucionalidad.

Assim, há um mínimo exigível da atuação do Estado, uma vez que todos os Poderes se encontram submetidos à Carta Magna. Nenhum deles pode violar seus dispositivos, o que implica inferir que a atuação do Judiciário, ao concretizar uma prestação que deveria ter partido dos demais Poderes, está unicamente realizando aquilo que a Constituição determina. O referido autor também assevera que:

Los derechos sociales fundamentales se construyen interpretativamente considerando diversos enunciados normativos o partes de ellos. Así cuando la falta de reconocimiento de una posición jurídica ocasiona un daño a una persona sin justificación, dicha posición jurídica debe ser reconocida. Por lo tanto un derecho social es exigible al Estado, sus órganos o instituciones, cuando la omisión estatal dañe inminentemente a dicho ser humano sin que exista una justificación para ello, en cuyo caso de no asegurarse el derecho social se vulneraría el texto constitucional. (ALCALÁ, 2009, p. 57).

Cabe referir aqui que, ao examinar os direitos fundamentais, em especial os sociais, em face da abstratividade de seu texto, nem sempre restam evidentes o seu alcance, a sua intensidade e as formas de sua efetividade. Entretanto, isso não retira sua força normativa, assim como não tem o condão de comprometer a sua aplicação imediata, como já mencionado.

Em solo pátrio, a Carta de 1988 progrediu na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, elevando-os a cláusulas pétreas. Segundo Piovesan e Vieira (2006):

A ordem constitucional de 1988, dessa forma, acabou por alargar as tarefas do Estado, incorporando fins econômico-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica. A política, enfim, deixou de ser concebida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado, uma vez que seus domínios passaram a sofrer limites e imposições de ação, por meio do projeto material constitucional vinculativo. Surgiu, daí, verdadeira configuração normativa da atividade política.

Mas não é apenas o Poder Judiciário que possui um papel relevante na garantia dos direitos fundamentais, assim como no controle de políticas públicas que visam justamente a sua concretização. Ainda que de forma indireta, diante da tarefa de preservar os direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também se caracteriza como agente importante na concretização desses direitos, sendo que sua atuação repercute também no controle de políticas públicas. Assim, o próximo subcapítulo se encarregará de demonstrar a função da Corte Interamericana neste contexto.

2.3 A Corte Interamericana como protetora dos direitos humanos e como tribunal atuante no controle de políticas públicas

Não bastasse os direitos garantidos na Constituição brasileira, o direito internacional possui uma vasta produção para a garantia dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana. Em especial, cita-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que considera, já em seu preâmbulo, que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948), e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que reconhece que os direitos essenciais do ser humano não derivam do fato de ser ele nacional de um determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão pela qual se justifica a sua proteção internacional (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Do ponto de vista histórico no que tange à proteção aos direitos humanos, verifica-se que no último século, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os citados direitos ganharam projeção global, mas sua concretização ocorre de forma progressiva e depende da prestação positiva de cada Estado, especialmente os direitos de natureza social. Embora ambos os Pactos tenham sido firmados em 16 de dezembro de 1966, foram necessários quase dez anos para que entrassem em vigor e pudessem atingir o número exigido de ratificações (entraram em vigor em 23 de março de 1976 e 03 de janeiro de 1976, respectivamente).

Urge mencionar também que meses antes da criação da Declaração Universal dos Direitos do Homem (posteriormente denominada Declaração Universal dos Direitos Humanos), em abril de 1948 a OEA (Organização dos Estados Americanos) já havia adotado a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais. Destaca-se que ainda hoje a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem é o instrumento normativo adotado em face dos Estados que não aderiram à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e praticarem violações a esses direitos (TRINDADE, 2003, p. 32-33).

No cenário nacional, cabe mencionar que o país postergou as suas ratificações até 1992 (Decreto n. 591 e 592). Esse tratamento não foi exclusivo dos referidos Pactos, diversos tratados também delongaram sua ratificação. Cabe referir que o Pacto de São José da Costa Rica (1969), que originou o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, com a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, só entrou em vigor em 18 de julho de 1978, sendo ratificado pelo Brasil apenas em 1992 (Decreto n. 678). Outro exemplo, o Protocolo de São Salvador⁴⁰ (1988), que amplia o número de direitos da Convenção Americana, incluindo os sociais e econômicos, foi ratificado pelo Brasil em 1996 e promulgado em 1999 (Decreto n. 3.321), ano em que entrou em vigor internacional (16 de novembro de 1999). Contudo, quando da ratificação, já existiam dispositivos legais na própria Constituição de 1988 voltados aos direitos sociais e econômicos.

Cumprе esclarecer que a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos ocorreu antes da própria Convenção Americana, por meio da Resolução VIII da V Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores em Santiago, em 1959. Seu Estatuto estabelecia uma atuação limitada à promoção dos direitos

⁴⁰ Por meio desse protocolo, conforme artigos 1º e 2º, os Estados Partes “comprometem-se a adotar as medidas necessárias [...] até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo. [...] Se o exercício dos direitos estabelecidos neste Protocolo ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições deste Protocolo, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos esses direitos.” Também se reconhece nesse protocolo o direito ao trabalho e às condições de trabalho, aos direitos sindicais, o direito à previdência social, à saúde, a um meio ambiente sadio, à alimentação, à educação, aos benefícios da cultura, o direito à família, os direitos das crianças, dos idosos e das pessoas portadoras de deficiência. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Protocolo de San Salvador, 1988).

humanos, sendo que apenas em 1965 foi editada a Resolução XXII da II Conferência Interamericana Extraordinária, que ampliou a competência da Comissão, consoante explicação de Trindade (2003, p. 35-36):

Assim, os poderes da Comissão passaram a compreender, a par do sistema de relatórios (de tipos distintos, como relatórios de sessões, relatórios anuais e relatórios sobre determinados países), o exame de comunicações, visitas e Estados (com a sua aquiescência), e preparo de estudos e seminários. Seus poderes, originalmente limitados, expandiram-se mediante um processo de interpretação liberal e extensiva; o fato de que seus membros atuavam em sua capacidade pessoal – e não como representantes dos respectivos Estados – certamente favoreceu a interpretação liberal e ampla do Estatuto e Regulamento da Comissão.

Outro marco relevante para a análise do tema abordado neste trabalho é a data do consentimento do Estado brasileiro para o reconhecimento da competência contenciosa da Corte Interamericana, quando o Brasil aceitou a jurisdição da Corte (Decreto n. 4.463, publicado e vigente desde 10 de dezembro de 1998). Cabe referir que essa questão preliminar é fundamental, pois se trata de cláusula facultativa de reconhecimento da competência que vincula o Estado inteiramente à Convenção Americana e manifesta a sua concordância em participar do processo, seja ativa ou passivamente, podendo demandar contra Estados que supostamente desrespeitem os direitos previstos no referido tratado ou, ainda, ser demandado (ÁVILA e CURY, 2009, p. 223).

Portanto, assim como acontece para os direitos fundamentais, os direitos humanos também são muitas vezes garantidos e concretizados por meio de políticas públicas. Seja pelos marcos regulatórios como a legislação que concede maior proteção às crianças e aos adolescentes, seja por políticas de inclusão como as cotas para deficientes em concursos públicos, ou ainda as políticas de incentivo educacional (como bolsas ou financiamentos) – ou seja, são inúmeras as possibilidades de promoção e proteção dos direitos humanos por parte do Estado. Contudo, antes de prosseguir a análise do papel da Corte Interamericana na proteção dos direitos humanos, impende fazer uma breve distinção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, uma vez que a diferenciação traz consequências de ordem prática, em especial no que diz respeito à interpretação e à aplicação desses direitos.

Primeiramente, consoante ensina o jurista espanhol Luño (2013), importa referir que os direitos humanos possuem um caráter axiológico, ou seja, são valores

que norteiam as relações humanas e que visam especialmente à proteção de uma vida digna. Já os direitos fundamentais não possuem a mesma amplitude em sua concepção, pois apresentam um sentido mais preciso e estrito, descrevendo o conjunto de direitos e liberdades jurídica e institucionalmente reconhecidos. Desse modo, estes são direitos reconhecidos e positivados pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, Luño (2013, p. 42) afirma que:

[...] <<derechos humanos>> aparece como um concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los <<derechos fundamentales>>. Los *derechos humanos* suelen venir entendidos como un *conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico concreta las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*. En tanto que con la noción de los *derechos fundamentales* se tiende a aludir a *aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada*. (Grifado no original).

Assim sendo, os direitos humanos não estão restritos ao direito institucionalmente estabelecido por um determinado Estado, sendo um conjunto de exigências e enunciados jurídicos superiores aos demais direitos, uma vez que são inerentes aos seres humanos. Ou seja, são inerentes por se tratar de direitos que não se concebem em razão de concessões da sociedade política, da produção legislativa humana, mas por fazerem parte da natureza humana e da dignidade que lhe é intrínseca, no sentido que muito bem leciona Gorczewski (2009, p. 20), de que são direitos fundamentais (no sentido de essenciais) porque sem eles o homem não é capaz de existir, de se desenvolver e participar de forma plena da vida.

Todavia, há também outra corrente que compreende de forma diversa a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, sendo expoente dessa visão, à qual o presente trabalho se filia, os ensinamentos de Sarlet (2003, p. 33), que dispõe que o termo direitos fundamentais se destina àqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional, positivados por um determinado Estado. Já para a concepção de direitos humanos, o referido autor aponta a sua relação com os documentos produzidos em âmbito internacional, onde diversos Estados reconhecem como posição jurídica, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, pretendendo uma validade universal para todos os povos e de forma atemporal, o que denota um caráter

supranacional.

Cabe referir ainda que, para Sarlet, a equiparação do termo direitos humanos com os direitos naturais não parece correta:

[...] uma vez que a própria positivação e normas de direito internacional, de acordo com a lúcida lição de Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprendera - ao menos em parte (mesmo para os defensores de um jusnaturalismo) - da ideia de um direito natural. Todavia, não devemos esquecer que, na sua vertente histórica, os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) radicam no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem, que, neste sentido, assumem uma dimensão pré-estatal e, para alguns, até mesmo supra-estatal. (SARLET, 2003, p. 34).

Desse modo, com base nos ensinamentos do supracitado autor, pode-se afirmar didaticamente que direitos do homem (e da mulher, por óbvio, sem qualquer distinção de gênero) abrangem o sentido de direitos naturais pré-estatais não, ou ainda não positivados; direitos humanos no sentido daqueles direitos positivados na esfera do direito internacional; e direitos fundamentais como aqueles reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno, de forma particular para cada Estado (SARLET, 2003, p. 34).

Embora se reconheça a citada diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, o presente trabalho não se aterá de forma mais extensa a sua distinção em razão da Constituição brasileira possuir um amplo rol de direitos fundamentais, a ponto de não haver na prática algum direito previsto na Convenção Americana que não possa ser assegurado pela própria Constituição brasileira atual. Mas essa distinção é necessária para compreender quais direitos (no caso, os direitos humanos, reconhecidos pelos tratados internacionais e ratificados pelo Estado) que a referida Corte Interamericana visa proteger.

Não obstante, os direitos humanos positivados em tratados internacionais que forem ratificados com quórum de Emenda Constitucional (três quintos) pelas duas casas legislativas e ratificado pelo Presidente da República são, por força constitucional, incorporados como de natureza constitucional. Assim, a própria Constituição prevê a incorporação de novos direitos e garantias constitucionais, consoante §§2º e 3º do art. 5º⁴¹, ao ponto de conferir aos tratados que versam sobre

⁴¹ “§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República

matéria de Direitos Humanos hierarquia equivalente a das Emendas Constitucionais.

Assim, no caso brasileiro, os direitos humanos reconhecidos apresentam praticamente o mesmo efeito que os direitos fundamentais, observadas as formalidades acima citadas⁴². Não se pode deixar de mencionar que o texto constitucional não só reconhece uma abertura para novos direitos por meio de tratados internacionais, da forma referida acima, como também por meio da concepção de direitos implícitos ao texto constitucional. Veja-se, o sistema constitucional prevê a citada norma como cláusula aberta, por meio da qual antevê que os direitos e garantias expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados, permitindo assim atestar que não é necessário um dispositivo expresso que reconheça um determinado direito, pelo contrário, é possível deduzi-lo a partir de valores, princípios, fins e razões históricas que alimentam o direito positivo constitucional e internacional (ALCALÁ, 2005, p. 18).

No mesmo sentido, verifica-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos possui norma semelhante, em seu artigo 29, “c”, que considera que nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de: “excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969). Essa abertura para novos direitos que, com o decorrer da evolução histórica da humanidade, vão se incorporando com o desenvolver, por exemplo, do processo interpretativo (de princípios e valores, por meio de normas implícitas) no decorrer da jurisdição constitucional ou por processos legislativos, seja nacional (emenda constitucional) ou internacionalmente (tratados sobre direitos humanos), como já referido, é de fundamental relevância para a proteção, garantia e concretização dos direitos humanos e fundamentais.

Nesse sentido, cabe ressaltar o entendimento de Peter Häberle, conforme

Federativa do Brasil seja parte. §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

⁴² Urge mencionar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu (HC 87.585/TO, RE 466.343/SP e RE 349.703/RS, julgados em 2008) para os demais tratados que versam sobre direitos humanos, mas que não tenham cumprido as formalidades acima apontadas, possuem força normativa superior às leis ordinárias, diante de seu caráter supralegal. Como exemplo disso, pode-se citar a própria Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, ratificada em 25 de setembro de 1992, considerando que o §3º da Constituição foi acrescido apenas com a Emenda n. 45 de 2004, motivo pelo qual não atendeu aos requisitos para sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro com força de Emenda Constitucional, gozando apenas do status de supralegalidade. Ainda que as discussões doutrinárias sobre esse tema não se encerraram, tal tema não é objeto deste trabalho.

Leal (2007, p. 60-61), para quem a Constituição é um produto cultural, um sistema aberto de interação dos intérpretes da Constituição, noção esta não limitada pelos órgãos oficiais, mas como resultado da atividade de todos aqueles que vivenciam a mesma. Assim, suas regulações não são perfeitas e seu texto jamais se encontra acabado, pois ela é incompleta e imperfeita, isso porque a vida que ela pretende regular é histórica, estando o seu conteúdo sujeito a alterações também históricas. Neste cenário, a interpretação desempenha um papel fundamental, servindo para a sua atualização, o que permite manter a Constituição viva no passar dos anos. Desse modo, a função da jurisdição constitucional (não só ela) ganha destaque, uma vez que sua atuação garante a renovação da Constituição, possibilitando que esta cumpra com o seu fim de forma perene.

Diante disso, além da interpretação do texto constitucional, a incorporação de novos direitos por meio da referida cláusula aberta acima mencionada demonstra a importância dos tratados internacionais para a proteção dos direitos humanos e fundamentais. Cabe referir também que:

[...] os procedimentos internacionais têm, assim, natureza subsidiária, constituindo garantia adicional de proteção dos direitos humanos, quando falham as instituições nacionais. Os tratados de proteção dos direitos humanos consagram, ademais, parâmetros protetivos mínimos, cabendo ao Estado, em sua ordem doméstica, estar além de tais parâmetros, mas jamais aquém deles. (PIOVESAN, 2010, p. 163).

Assim, veja-se que paralelamente à proteção dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, diversos tratados, convenções e declarações vêm contribuindo para a proteção dos direitos humanos. De todo modo, o princípio da progressividade pode ser constatado, em âmbito internacional, no artigo 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos⁴³; nos artigos 46 e 47 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas⁴⁴; no artigo 4º do

⁴³ “Artigo 29. Normas de Interpretação: Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; y d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

⁴⁴ “Artigo 46. Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada em detrimento das disposições da Carta das Nações Unidas e das constituições das agências especializadas, as quais

Protocolo adicional da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (ou Protocolo de San Salvador)⁴⁵; no artigo 23 da Convenção sobre a Eliminação sobre as Formas de Discriminação contra a Mulher⁴⁶; no Artigo 41 da Convenção sobre Direitos da Criança⁴⁷; entre outros.

Outrossim, o direito internacional desde o último século vem incorporando não apenas uma visão meramente declaratória de direitos ao ser humano, mas também todo um sistema de proteção aos mesmos. Tal fato originou um processo de justicialização dos direitos humanos na ordem internacional⁴⁸ (PIOVESAN, 2006, p. 33), que acarretou a criação de tribunais regionais, cada qual com um aparato jurídico próprio.

Desse modo, criou-se na Europa em 1950, com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Comissão e a Corte Europeia de Direitos Humanos, que posteriormente, em 1998, fundiram-se de forma a constituir uma Corte unificada e permanente, garantindo assim uma maior justicialização. Para a América, o instrumento que originou o atual sistema de proteção foi a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, que criou a Comissão e a Corte de Direitos Humanos, como já referido. Em sequência, por meio da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981, foi instituída a Comissão Africana de Direitos Humanos e,

definem as responsabilidades respectivas dos diversos órgãos da Organização das Nações Unidas e das agências especializadas relativamente às questões tratadas no presente Pacto. Artigo 47. Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada em detrimento do direito inerente a todos os povos de desfrutar e utilizar plena e livremente suas riquezas e seus recursos naturais.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966).

⁴⁵ “Artigo 4 - Não-admissão de restrições: Não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes num Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1988).

⁴⁶ “Artigo 23: Nada do disposto nesta Convenção prejudicará qualquer disposição que seja mais própria à obtenção da igualdade entre homens e mulheres e que esteja contida: a) na legislação de um Estado-Parte; ou b) em qualquer outra convenção, tratado ou acordo internacional vigente nesse Estado” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1979).

⁴⁷ “Artículo 41: Nada do estipulado na presente Convenção afetará disposições que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar: a) das leis de um Estado Parte; b) das normas de direito internacional vigentes para esse Estado” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989).

⁴⁸ A título exemplificativo, destacam-se: o Tribunal de Nuremberg pós Segunda Guerra, que visava responsabilizar os abusos cometidos pelos nazistas em relação aos crimes contra paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade; os Tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, para julgar os crimes cometidos de 1991 a 1993 e 1994, respectivamente, pela prática de crimes como assassinatos em massa, detenção sistemática e organizada, estupro de mulheres, “limpeza étnica”, crimes de guerra, genocídio, entre outros; além do Tribunal Penal Internacional, criado em 1998 para substituir os Tribunais *ad hoc* citados, diante do primado da legalidade, para que exista uma justiça pré-estabelecida, permanente e independente, aplicável a todos os Estados que o reconheçam, para o julgamento dos crimes internacionais (PIOVESAN, 2006, p. 33-49).

posteriormente (2004), diante de um Protocolo à Carta, foi criada a Corte Africana de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2006, p. 51-52).

Em caminho semelhante, o embrionário sistema regional árabe conta com uma Liga dos Estados Árabes, de 1945, que em 1994 adotou a Carta Árabe de Direitos Humanos, que reflete a islâmica lei da sharia e outras tradições religiosas. Do mesmo modo, expressivas ONGs de países da Ásia adotaram a Carta Asiática de Direitos Humanos em 1997, uma declaração que endossa os princípios da universalidade e da indivisibilidade dos direitos humanos (PIOVESAN, 2006, p. 52).

Tudo isso evidencia a criação, em diferentes partes do mundo, de sistemas de proteção aos direitos humanos. Não só isso, esses sistemas apresentam garantias para a sua concretização, o que inclui a criação de cortes internacionais. Como já mencionado antes, o Estado brasileiro consentiu com o reconhecimento da competência da Corte Interamericana desde 1998, aceitando sua jurisdição. Desse modo, se o processo interpretativo da Constituição no âmbito nacional é conduzido pelo Supremo Tribunal Federal, no cenário internacional cabe à Corte Interamericana a interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Ressalta-se, assim, a importância da jurisdição internacional para a defesa dos direitos humanos, que, acompanhado pelo neoconstitucionalismo e seguido pelo fenômeno da judicialização, reforçam a proteção dos direitos tanto individuais como sociais, concedendo-lhes maior eficácia.

Vale ressaltar que em razão da referida cláusula aberta, que incorpora ao direito interno o conteúdo dos tratados internacionais, independentemente de sua hierarquia dentro do ordenamento jurídico, acresce ao sistema jurisdicional uma nova modalidade de controle à normatividade interna, o controle de convencionalidade das leis, responsável por designar a conformidade de uma norma interna com um tratado internacional de direitos humanos. Assim sendo, consoante ensinamentos de Mazzuoli (2011, p. 75), todas as normas infraconstitucionais produzidas em âmbito interno devem, obrigatoriamente, ser compatíveis com o que o referido autor denomina de sistema atual de “Estado Constitucional e Humanista de Direito”, sendo que sua validade se verifica por meio de sua compatibilidade com a Constituição e com os tratados de direitos humanos (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado. Além disso, num segundo plano, deve ser igualmente compatíveis com os tratados internacionais comuns, também ratificados

e em vigor no país (diante da teoria da supralegalidade⁴⁹).

Isso significa que os atos normativos infraconstitucionais são passíveis de controle de constitucionalidade (compatibilidade das leis com a Constituição); controle de convencionalidade (compatibilidade das leis com os tratados de direitos humanos). Outrossim, o controle de convencionalidade, assim como o controle de constitucionalidade, comporta a modalidade difusa, uma vez que os próprios juízes nacionais devem aplicá-lo. Já a modalidade de controle concentrado (que não trata exclusivamente de um controle em abstrato), por obviedade, é desempenhada pela Corte Interamericana.

Nesse mesmo sentido, o doutrinador chileno Alcalá esclarece que a participação dos Estados como partes de ordenamentos convencionais, como a Convenção Americana, que visem assegurar e garantir os direitos humanos, estabelece restrições processuais ao ordenamento jurídico interno, a ponto de “[...] obligar a los jueces domésticos a dialogar necesariamente con los jueces internacionales, como asimismo a coordinar y armonizar la jurisprudencia nacional con la Corte Internacional” (ALCALÁ, 2012, p. 01), sendo que a principal obrigação resultante desse diálogo é o dever do juiz interno de assegurar ao menos o “estándar mínimo común o ‘protección equivalente’ a la que brinda la jurisprudencia de la Corte Internacional” (grifado no original) (ALCALÁ, 2012, p. 01). Portanto, os juízes nacionais não deixam de ser ao mesmo tempo juízes interamericanos e, conseqüentemente, aplicadores do controle de convencionalidade.

Ou seja, a Corte Interamericana assume um papel fundamental, diante da competência que lhe é reservada, ao interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo que sua jurisprudência deve ser incorporada ao ordenamento jurídico interno dos Estados que reconheceram sua jurisdição⁵⁰. Assim, aos Estados cabe a tarefa de garantir os direitos a que se comprometeram perante a Convenção Americana, sendo que aos magistrados nacionais recai a tarefa de assegurar a proteção aos direitos contidos no referido diploma legal consoante a interpretação da jurisprudência da Corte (o que não impede aqueles de ampliar essa proteção e

⁴⁹ Ver nota de rodapé n. 39.

⁵⁰ A competência contenciosa da Corte está limitada àqueles Estados que assim reconheceram expressamente, por meio da declaração a que alude o artigo 62 da Convenção. Outrossim, o referido artigo ainda possibilita que um Estado reconheça a competência especificamente para o julgamento de um determinado caso ou por prazo determinado, sendo ainda a declaração feita de forma incondicionada ou sob condição de reciprocidade (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

assegurar novos direitos em seus próprios ordenamentos). Desse modo, os juízes nacionais têm a importante função de impedir que as normas jurídicas internas ou mesmo a conduta e atos dos agentes do Estado violem (ou mesmo ignorem) os padrões mínimos determinados convencionalmente.

A própria Corte Interamericana já abordou o conceito de controle de convencionalidade em algumas de suas sentenças⁵¹, ressaltando-se entre elas o Caso *Almonacid Arrellano y otros versus Chile* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006a, p. 52) que dispõe:

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

Destarte, o significado do controle de convencionalidade adotado pela Corte desenvolveu-se juntamente com a evolução da sua jurisprudência⁵². Assim, verifica-se que no Caso *Cabrera García y Montiel Flores versus México* a Corte Interamericana expressamente afirma que todos os órgãos do Estado signatário de um tratado como o Pacto de São José da Costa Rica estão a ele submetidos, cumprindo aos mesmos velar pela efetivação das disposições do referido pacto. Ao mesmo tempo, reforça que os juízes e os órgãos vinculados à administração da justiça (desde o magistrado singular até a mais alta corte, respeitadas suas competências e regulações processuais correspondentes) estão obrigados a exercer *ex officio* o controle de convencionalidade entre as normas internas e o tratado internacional. Não obstante isso, a sentença do referido caso ainda inclui o dever do

⁵¹ A título exemplificativo, cita-se o Caso *Trabajadores Demitidos del Congreso (Aguado Alfaro e Otros) versus Peru* (2007), Caso *Heliodoro Portugal versus Panamá* (2008), Caso *Cabrera García y Montiel Flores versus México* (2010) e Caso *Gelman versus Uruguay* (2011), além do já citado *Almonacid Arrellano y otros versus Chile* (2006), entre outros.

⁵² Para maiores informações sobre a evolução da jurisprudência da Corte, indica-se a obra do jurista chileno Claudio Nash Rojas (2013): *Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

jugador não só considerar o disposto no tratado como também a interpretação que lhe é dada pela Corte Interamericana⁵³, como intérprete última da Convenção Americana (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, p. 86).

Esse controle exercido pelos juízes e tribunais nacionais⁵⁴, pautado nos padrões estabelecidos pela Corte, na função de intérprete última, reforça a concepção do controle difuso de convencionalidade, não limitando o mesmo a um pedido expresso das partes em um caso concreto. Ou seja, o próprio julgador deve observar o disposto nos tratados internacionais sobre direitos humanos independentemente da existência do pedido (ou de sua fundamentação) das partes. Outrossim, importa frisar que todo e qualquer tratado de direitos humanos é paradigma para o controle de convencionalidade, e não somente o Pacto de São José da Costa Rica, consoante artigo 29 do referido tratado⁵⁵, sendo que a negativa do Judiciário em exercer tal controle, aplicando o disposto na produção legal internacional, é motivo suficiente para acarretar a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos, mesmo nos casos em que o juiz singular do país signatário não possui competência para realizar o controle de constitucionalidade (quando tal competência é reservada a uma Corte Suprema ou a

⁵³ No mesmo sentido, verifica-se o disposto no Caso *Gelman versus Uruguai*: “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.” (Grifado no original) (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, p. 55).

⁵⁴ Embora seja expressiva a doutrina que defende o controle de convencionalidade realizado inclusive pelos magistrados no âmbito interno dos Estados-partes, em sua modalidade difusa, há quem sustente que o referido controle é exclusivo da Corte IDH. Cita-se, a título exemplificativo, o jurista mexicano Juárez (2011), que entende que aos julgadores nacionais compete encarar o Direito Internacional como parte do ordenamento jurídico interno, conforme sua incorporação ao ordenamento jurídico, o que lhes permite apenas uma espécie de controle de convencionalidade, limitada à interpretação de direitos e liberdades conforme previstos nos tratados.

⁵⁵ “Artigo 29. Normas de Interpretação: Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; y d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

uma Sala Constitucional da Corte Suprema, como ocorre para Uruguai, México e Costa Rica), uma vez que são controles distintos (MAZZUOLI, 2011, p. 87).

O referido controle encontra respaldo normativo no próprio Pacto de São José, tendo em vista que as obrigações *erga omnes* emanadas de seus dispositivos advêm do ato livre e voluntário dos Estados-partes que as assumiram (art. 1º e 2º da Convenção Americana⁵⁶). Do mesmo modo que se comprometeram com a defesa dos direitos humanos, também de forma livre e voluntária se submeteram à jurisdição vinculante das sentenças da Corte Interamericana (art. 67 a 69 da Convenção Americana⁵⁷), como intérprete última e autêntica da Convenção.

É inegável a força normativa do Pacto de São José da Costa Rica, bem como o respeito às sentenças da Corte Interamericana, por parte dos Estados que se comprometeram a proteger os direitos humanos. Afirma-se isso diante da influência desses inclusive nas suas Constituições, o que se constata no caso chileno “La última tentación de Cristo”, como demonstra Alcalá (2012, p. 07):

Los Estados Partes de la CADH, al reconocer la jurisdicción obligatoria y vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), de acuerdo con los artículos 67 a 69 de la Convención, que determina una obligación de resultado respecto de lo ordenado por la sentencia de la CIDH cuyo contenido puede ordenar como medida de reparación incluso la reforma misma de la Constitución, como ocurrió en el caso "La última tentación de Cristo", donde la sentencia de la CIDH ordenó que el Estado de Chile debía modificar el artículo 19 N° 12 [Sic.], inciso final de la Constitución, por ser contrario al artículo 13 de la Convención que asegura el derecho a la libertad de expresión e información sin censura previa, lo que el Estado chileno cumplió. (Grifado no original).

⁵⁶ “Artigo 1. Obrigação de Respeitar os Direitos 1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. Artigo 2. Dever de Adotar Disposições de Direito Interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

⁵⁷ “Artigo 67. A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença. Artigo 68. 1. Os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo o caso em que forem partes. 2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado. Artigo 69. A sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso e transmitida aos Estados-Partes na Convenção.” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Com relação à origem do controle de convencionalidade (ao menos da concepção inicial), cabe reconhecer que a mesma não é americana. A ideia surgiu ainda na década de 1970, em território francês. O referido conceito foi concebido na Decisão n. 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, na qual o Conselho Constitucional francês entendeu não ser competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis. Em outras palavras, o Conselho entendeu não possuir jurisdição para apreciar a compatibilidade das leis com os tratados ratificados pela França, em especial a Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950, pois não se tratava de controle de constitucionalidade propriamente dito (MAZZUOLI, 2011, 81).

Portanto, o controle em apreço não é mera técnica legislativa de compatibilização dos trabalhos do Parlamento com instrumentos de direitos humanos ratificados pelo governo. Igualmente não se trata de mecanismo internacional de apuração dos atos estatais e sua relação com o cumprimento das obrigações internacionais. Frisa-se, o controle de convencionalidade é na verdade um “meio *judicial* de declaração de invalidade de leis incompatíveis com tais tratados, tanto por via de exceção (controle *difuso* ou *concreto*) como por meio de ação direta (controle *concentrado* ou *abstrato*)” (Grifado no original) (MAZZUOLI, 2011, 82).

Há que ressaltar ainda distinção do controle de convencionalidade no âmbito internacional e nacional. Para o primeiro, trata-se de um mecanismo processual que a Corte Interamericana possui para averiguar se o direito interno (Constituição, leis, atos administrativos, jurisprudência, etc.) viola a Convenção ou outro tratado que verse sobre direitos humanos firmado por um país americano que responda por sua jurisdição. Neste caso, a Corte emite uma sentença judicial e ordena a modificação, revogação ou reforma das normas internas, até mesmo determinando medidas que visem à proteção dos direitos humanos, fazendo prevalecer o padrão mínimo de proteção estabelecido pela sua jurisprudência a partir dos referidos tratados internacionais. O segundo caso permite ao magistrado (ou colegiado, nos casos de tribunais, turmas, conselhos, etc.) a aplicação do Direito Internacional, afastando o Direito interno insuficiente para assegurar o padrão mínimo de proteção, mediante exame de confrontação normativa (material) em um caso concreto e elabora uma sentença judicial protegendo os direitos do indivíduo (GUERRA, 2012, p. 361).

Por fim, antes do encerramento do presente capítulo, importa clarificar de forma sucinta o *modus operandi* da Corte Interamericana. Com sede na Costa Rica,

é composta por sete juízes de distinta nacionalidade (mas que sejam provenientes dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos), eleitos pela Convenção Americana, cujo mandato dura seis anos, podendo ocorrer uma única reeleição. Somente os Estados-partes e a Comissão podem submeter um caso contencioso à decisão da Corte, bem como só serão conhecidos os casos após esgotados o processo perante a Comissão Americana, previsto nos art. 48 a 49 do Pacto de São José. Além da função de julgar os Estados por violação de direitos humanos, possui também a função consultiva, por meio da qual o próprio Estado solicita à Corte sua interpretação sobre o citado pacto ou outro tratado concernente à proteção de direitos humanos nos Estados americanos. Não há previsão de recurso das sentenças, tendo em vista o seu caráter definitivo e inapelável, sendo possível apenas às partes solicitar à Corte a interpretação de sua sentença quando houver divergências sobre o seu sentido ou alcance (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Ressalta-se que o fenômeno da jurisdição internacional sobre violações de direitos humanos consagra a responsabilidade internacional do Estado. Assim, é possível à Corte condenar o Estado violador submetido à sua jurisdição ao procedimento internacional de reparação, de caráter obrigatório. Tal processo é distinto da simples ação de reparação de danos e prejuízos de natureza civil, assim como não se trata de revisão de decisões internas (GUERRA, 2012, p. 347-348).

Segundo Guerra (2012, p. 352), de modo geral, as sentenças da Corte apresentam as seguintes reparações:

a) restituição na íntegra, eliminando-se todos os efeitos da violação levando-se a reparação do dano emergente e lucros cessantes; b) cessação do ilícito, considerada exigência básica para a eliminação das consequências do ilícito internacional, devendo o Estado violador interromper sua conduta ilícita, esclarecendo-se que isso não impede outras formas de reparação; c) satisfação, entendida como um conjunto de medidas capazes de fornecer fórmulas extremamente flexíveis de reparação a serem escolhidas em face de casos concretos, pelo juiz internacional; d) indenização, cabendo ao Estado infrator indenizar pecuniariamente a vítima pelos danos causados, caso a violação não possa ser completamente eliminada pelo retorno ao status quo; e) garantias de não repetição, que são a obtenção de salvaguardas contra a reiteração da conduta violadora de obrigação internacional.

Isso não significa que a Corte não possa se utilizar de outras medidas em seu dispositivo, apenas demonstra o resultado em geral dos casos em que houve a

constatação da violação de direitos humanos. Algumas dessas outras medidas determinadas pela Corte em suas sentenças serão devidamente abordadas em momento posterior neste trabalho, em especial as que interferem nas políticas públicas para concretização dos direitos humanos e fundamentais.

Diante disso, já é possível afirmar que assim como o controle de constitucionalidade que busca garantir a força normativa das Constituições de cada país, em especial para o objeto de estudo do presente trabalho a concretização e proteção dos direitos fundamentais, no caso do controle de convencionalidade ocorre de modo similar. Isso porque este visa assegurar o disposto na Convenção Americana (ressaltando-se que os demais tratados firmados pelos Estados-partes que versam sobre direitos humanos também podem ser paradigma para o controle de convencionalidade), sendo que tal tarefa inclui a defesa e a consolidação dos direitos humanos no território dos Estados signatários. Evidente que tais semelhanças acabam por gerar a equiparação entre os intérpretes “últimos” de cada diploma legal, no caso: Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana, respectivamente. Além dessas semelhanças, ambos controles também devem ser observados pelos juízes em todos os níveis de jurisdição, na modalidade difusa ou incidental, o que aproxima ainda mais ambos os sistemas de proteção.

Do mesmo modo, tanto os direitos humanos como os direitos fundamentais dependem, em muitos casos, especialmente os direitos de cunho social, como já referido antes, da implementação de políticas públicas para alcançar sua efetivação. Logo, diante de tantas congruências, não é difícil concluir que o controle de convencionalidade também exerce influência sobre as políticas públicas, o que torna tanto a Corte Interamericana como o STF atores no controle de políticas públicas⁵⁸.

Uma vez assimilada a função desses agentes na proteção dos direitos humanos e fundamentais, impende realizar uma análise da responsabilidade do Estado e o seu dever de proteção para assegurar a concretização daquilo que está disposto na Constituição e nos tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos. Assim, o capítulo seguinte se encarregará da pesquisa direcionada à Teoria do Dever de Proteção e sua aplicabilidade no controle jurisdicional de políticas públicas, tanto no cenário nacional como no âmbito internacional.

⁵⁸ A análise de sua atuação propriamente dita será destinada para momento posterior do presente trabalho. No momento, este capítulo se destina à análise voltada à questão teórica sobre o desempenho de ambas as cortes no controle de políticas públicas.

3 DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEVER DE PROTEÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1 O dever de proteção como decorrência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais: a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente

A teoria do “dever de proteção”, de origem alemã, tem como objetivo assegurar os direitos fundamentais, tendo sido desenvolvida pela jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal alemão). O primeiro passo para a construção do conceito do dever de proteção ocorreu com o julgamento do *Lüth-Urteil* (BVerfGE 7, 198, 1958), em 15 de janeiro de 1958, que, como visto anteriormente foi emblemático para conceder aos direitos fundamentais o caráter axiológico objetivo, ampliando sua força jurídica e sua irradiação sobre o ordenamento jurídico.

Relembrando o caso, Veit Harlan trabalhou em diversos filmes de produção alemã, entre eles o filme *Jud Süß* (O Judeu Süß) de 1941. Esses filmes serviam de propaganda para o nazismo e incitavam a violência contra o povo judeu. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o referido diretor de cinema lançou o filme *Unsterbliche Geliebte* (Amada Imortal), cujo conteúdo não propagava os mesmos ideais que seus trabalhos anteriores. Mesmo assim, em 1950 o diretor do conselho e gerente do órgão de imprensa estatal da Cidade Livre e Portuária de Hamburgo, Erich Lüth, convocou os empresários, produtores cinematográficos e a população em geral a boicotar o filme lançado (SCHWABE, 2005, p. 381-395).

Como resposta, as firmas *Domnick-Film-Produktion GmbH* (produtora do filme) e *Herzog-Film GmbH* (distribuidora do filme) ajuizaram ação cominatória junto ao Tribunal Estadual de Hamburgo com pedido liminar contra Erich Lüth, com base no §826 do BGB (Código Civil alemão) – que obriga a uma prestação negativa todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, sob cominação de pena pecuniária. Com a liminar, Lüth estava proibido de se expressar aos proprietários de salas de cinemas e empresas de distribuição para rejeitar em seus programas o filme *Unterblische Geliebte*, assim como de expor ao público seu pedido para que não assistissem ao filme (SCHWABE, 2005, p. 381-395).

Julgada procedente a ação perante o Tribunal Estadual de Hamburgo, Lüth interpôs recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, conjuntamente, Reclamação Constitucional perante o Tribunal Constitucional Federal⁵⁹. Alegou, em sua defesa, o direito à livre expressão do pensamento previsto no art. 5 I 1 GG (Lei Fundamental alemã) (SCHWABE, 2005, p. 381-395).

Diante disso, o Tribunal Constitucional Federal decidiu que seu direito fundamental à liberdade de opinião irradia sobre as normas ordinárias, prevalecendo o direito constitucional sobre o direito civil alemão. Para tanto, aduziu que os direitos fundamentais apresentam força jurídica a ponto de atestar que nenhuma norma do direito civil pode contradizer o sistema de valores (que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade) por eles estabelecidos, pois todas as áreas do direito: o Legislativo, a Administração Pública e o Judiciário recebem desse sistema diretrizes e impulsos (caráter objetivo dos direitos fundamentais), cabendo à legislação ordinária estar em conformidade com esse sistema axiológico de direitos fundamentais (SCHWABE, 2005, p. 381-395).

Como referido no primeiro capítulo, essa dimensão objetiva requer do Estado uma função de proteção/concretização dos direitos fundamentais, algo além do simples direito subjetivo que impede a sua intervenção na esfera privada. Reforça-se aqui que essa vedação de intervenção garante aos direitos fundamentais a ideia de “dever de defesa” (*Abwehrrechte*) contra o Estado, bem como sustenta uma ordem de valores objetiva (*Wertsystem*) que se projeta sobre o ordenamento, passando a ter um caráter impositivo causador da chamada eficácia de irradiação (*Ausstrahlungswirkung*), fornecendo diretrizes para a aplicação e interpretação de todas as demais normas infraconstitucionais (LEAL, 2007, p. 66-67).

A decisão em comento também afirmou que os direitos fundamentais não são direcionados exclusivamente ao Estado, pois exercem efeitos também nas relações jurídico-privadas, vinculando a todos também de modo horizontal, diante da possibilidade de direitos paralelos concorrentes ou de sujeitos diferentes. Situações desse porte acabam exigindo o sopesamento (*Abwägung*) e a aplicação do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) (LEAL, 2007, p. 66-67).

⁵⁹ Cabe ressaltar que o controle de constitucionalidade no modelo alemão é concentrado. O *Bundesverfassungsgericht* julga a constitucionalidade dos aspectos relevantes para o direito constitucional das decisões dos tribunais ordinários, não adentrando no mérito propriamente dito, não possuindo o caráter de tribunal recursal. Como consequência disso, ao constatar a inconstitucionalidade, suspende-se a decisão e a devolve para uma nova apreciação (sem decidir a questão principal do mérito) ao tribunal ordinário (SCHWABE, 2005, p. 383).

Constata-se que o julgado ressaltou que a liberdade de expressão não pode prevalecer em todos os casos, de forma absoluta, pois pode contrapor com interesses dignos de proteção de outrem, cabendo nesses casos uma ponderação de bens jurídicos, mas que para o caso em questão a convocação ao boicote não ultrapassou a motivação digna do conteúdo expressado (preocupação de associação da cultura cinematográfica alemã à imagem de Harlan, diante de seu apoio à cultura anti-semita durante a guerra) (SCHWABE, 2005, p. 381-395).

Evidente a contribuição do caso para a teoria do “dever de proteção”, tendo em vista que ressaltou o papel dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, os quais devem refletir sobre toda a produção normativa, irradiando seus efeitos de modo a assegurar que sejam respeitados. Além disso, demonstra claramente que a legislação infraconstitucional está atrelada à proteção desses direitos, não podendo ignorá-los, uma vez que a aplicação do dispositivo do Código Civil alemão não pode prevalecer sobre o caso diante da consequência direta que acarretaria, qual seja, a violação de um direito fundamental.

Assim, a decisão do Tribunal Constitucional Federal revogou a decisão da Justiça Estadual de Hamburgo, que havia proibido Lüth de expressar suas opiniões sobre o filme *Unsterbliche Geliebte* e aplicado uma sanção pecuniária em razão de sua atitude contrária à moral e aos bons costumes. Afastou-se, desse modo, o entendimento da aplicação do §826 do BGB de forma a prevalecer sobre o direito fundamental à livre expressão do pensamento previsto no art. 5 I 1 GG (SCHWABE, 2005, p. 381-395).

Contudo, foi em 25 de fevereiro de 1975, com o caso *Schwangerschaftsabbruch I*, sobre a descriminalização do aborto (BVerfGE 39, 1, 1975), que a Corte alemã reconheceu de modo expresso o dever de proteção (*Schutzpflicht*). No julgamento, a Corte Constitucional reconheceu que o dever do Estado alemão com o compromisso constitucional de defesa dos direitos fundamentais não se satisfaz com a postura abstencionista (que segue a lógica de não intervenção), mas que é imprescindível uma postura protetora e incentivadora dos direitos fundamentais (BOLESINA e GERVASONI, 2014, p. 32).

Para melhor ilustrar a concepção adotada sobre o dever de proteção pela jurisprudência alemã, cabe ressaltar que o caso em questão analisou a 5ª Lei de Reforma do Direito Penal, de 1974, que regulamentava o aborto. Antes dessa reforma, a provocação da morte do feto era tipificada criminalmente de forma

genérica, cujas exceções para excluir a ilicitude só eram reconhecidas segundo o princípio do estado de necessidade. Com a nova redação, não estaria sujeito à pena quem interrompesse a gravidez até o 13º dia após a concepção; já para o médico não haveria punição se houvesse concordância da gestante e fosse antes de completar 12 semanas desde a concepção; passado esse prazo, o médico só não seria punido se fosse a prática indicada, segundo as ciências medicinais, para se evitar um perigo para a vida da grávida ou comprometimento de sua saúde, desde que o perigo não pudesse ser evitado de outra forma ou por haver razões sérias para crer que o filho (por disposição genética ou influências danosas antes de seu nascimento) sofreria deficiência insanável, tão grave a ponto de não ser exigível da mulher o prosseguimento da gestação (mas apenas durante as 22 semanas seguintes à concepção) (SCHWABE, 2005, p. 266-273).

Cabe ressaltar que incorria em crime quem efetuasse o aborto, mesmo dentro desse prazo das 12 semanas iniciais, se a grávida não consultasse antes uma repartição pública de consultoria (aconselhamento) ou se consultado (aconselhado) social e medicamente com um médico. Ainda, sancionava criminalmente quem, após as primeiras 12 semanas da concepção, interrompesse a gravidez sem a confirmação do órgão administrativo competente dos pressupostos de indicação médica ou eugênica presentes. Por fim, frisa-se, a mulher não era punida penalmente pela prática abortiva diante da redação proposta pela reforma legal mencionada (SCHWABE, 2005, p. 266-273).

A referida legislação acompanhou em certa medida o entendimento norte-americano, pois o julgamento alemão foi posterior à decisão do caso *Roe versus Wade*, julgado em 1973 pela Suprema Corte, que descriminalizou o aborto e criou o direito de abortar (ainda que com restrições, como a limitação desse direito para as primeiras semanas da gestação), concedendo à mulher o direito de dirigir e organizar sua vida privada como melhor lhe convier. Todavia, o Tribunal Constitucional Federal alemão optou pela primazia do direito à vida, reconhecendo que a mulher possui autonomia e domínio de sua vida privada e sua esfera íntima, mas que esse direito não pode prevalecer sobre o direito à vida do nascituro, pois a vida humana não é propriedade de ninguém, mesmo quando a vida a ser gerada encontra-se no útero da mulher, não concedendo a esta o seu domínio. Assim, tratando-se de vida intrauterina, também esta é merecedora da tutela do Estado, cabendo a este a sua proteção (BOLESINA e GERVASONI, 2014, p. 33).

Cabe ressaltar também o entendimento do tribunal de impossibilidade da realização da ponderação em situações de aborto, isso porque essa vida em desenvolvimento no útero materno não seria harmonizada com o outro bem ponderado (liberdade da gestante de autodeterminação), pois tal sopesamento poderia acarretar na aniquilação dessa vida. Ou seja, os dois valores constitucionais necessariamente devem ser vistos como centrais no sistema de valores constitucionais em sua relação com a dignidade humana, porém, pelo princípio da harmonização mais poupadora das posições concorrentes, deve prevalecer a vida do nascituro, pois qualquer relativização aniquilaria sua existência. Impende referir ainda que a Corte não discutiu o direito subjetivo à vida nesta fase da gestação, optando pelo reconhecimento do dever constitucional objetivo do Estado de tutelar à expectativa daquela vida em formação (BVerfGE 39, 1, 1975).

Diante dessa reforma legislativa no direito penal alemão, o *Bundesverfassungsgericht* compreendeu que a vida no ventre materno também está sob a proteção da Constituição como bem jurídico independente (art. 2 II 1 e Art 1 I GG – Lei Fundamental alemã), ressaltando que o citado direito não só impede a intervenção direta estatal na vida em desenvolvimento como requer do Estado uma posição que assegure a proteção e fomenta esse direito à vida (tanto a vida em desenvolvimento quanto à vida da gestante). Desse modo, diante da colisão de direitos fundamentais, a mais alta Corte alemã entendeu que o nascituro tem prevalência durante toda a gravidez sobre o direito de autodeterminação da gestante (ou seja, a vida do embrião prevalece sobre o direito de livre escolha da mãe de interrupção da gestação), não podendo ser relativizada essa prevalência por um período de “carência” como apontado pela lei apreciada (SCHWABE, 2005, p. 266-273).

Assim, cabe ao legislador encontrar o meio de expressar a desaprovação do aborto, sendo que quando a tipificação penal da conduta que viole a vida intra-uterina for o único meio de garantir a sua proteção, o legislador está obrigado a valer-se desse instrumento do direito penal para preservar a vida em desenvolvimento. Ressalvou-se, no julgamento, que o prosseguimento da gravidez só não é exigível da gestante quando for necessário para evitar um perigo de vida ou dano grave ao seu estado de saúde (SCHWABE, 2005, p. 266-273).

Constata-se, assim, o dever do legislador em assegurar o direito fundamental à vida, não sendo admissível a elaboração de lei que regulamente a

prática do aborto sem considerar a responsabilidade do Estado na proteção do citado direito. Assim, a liberdade de conformação do Poder Legislativo está enquadrada pelos parâmetros de proteção estabelecidos pela Constituição.

O último caso a ser estudado da jurisprudência alemã é subsequente do julgamento acima narrado, pois em 1976 foram promulgadas novas regras sobre o aborto (15ª Lei de Mudança do Direito Penal), que previam a chamada regra da indicação válida até 1992. Assim, a lei estabelecia o não sancionamento penal de um aborto realizado dentro das primeiras 12 semanas contadas da concepção em caso geral de necessidade da mulher, mas exigia do Estado uma política para incentivar a mulher a manter a gestação. A legislação, mais especificamente a Lei Complementar de Reforma do Direito Penal de 1975, estabelecia paralelamente que o seguro legal obrigatório de saúde (sistema público de saúde) deveria arcar com os custos do aborto lícito. Além disso, a Câmara Federal promulgou, em 1992, a Lei de Ajuda Familiar e à Gestante, que, entre outras medidas, dava apoio social-previdenciário e facilitava o prosseguimento da gravidez e condições para o nascimento do filho, mas previa nova regulamentação para o aborto, isentando a prática de sanção penal para a gestante que comprovasse o aconselhamento pelo órgão criado para essa finalidade e desde que a mesma fosse realizada por um médico (SCHWABE, 2005, p. 273-294).

Diante desse cenário, membros da Câmara Federal e do novo governo da Baviera propuseram ação pela via do controle abstrato contra os dispositivos mencionados. O caso *Schwangerschaftsabbruch II* (BverfGE 88, 203, 1993) foi então julgado em 28 de maio de 1993. Novamente se ressaltou o direito à vida do nascituro e a sua dignidade humana, reiterando a proibição por princípio de interrupção da gestação e o dever fundamental de levar a termo a gestação como elementos da proteção devida constitucionalmente. Contudo, a nova decisão trouxe novidades para a construção jurisprudencial da Teoria do Dever de Proteção.

A decisão apontou o dever do Estado de adotar medidas normativas e fáticas suficientes para o cumprimento do seu dever de tutela, para que possa alcançar uma proteção adequada e efetiva (reconhecendo assim o princípio da proibição de insuficiência). Exigindo do Estado um projeto de proteção que combinasse os elementos de proteção preventiva e repressiva, não permitindo a prática abortiva sem verificação da indicação prevista pela regulamentação do aconselhamento após as 12 semanas da gestação, não podendo declarar justificados

(não antijurídicos) os abortos sem essa indicação, nem permitindo a concessão dos benefícios da Seguridade Social para quem adotasse a prática abortiva cuja juridicidade não foi constatada (SCHWABE, 2005, p. 273-294).

Verifica-se que a principal contribuição dessa decisão para o estudo do dever de proteção é justamente o reconhecimento da proibição de insuficiência que corresponde a exigências mínimas para a proteção do direito fundamental. No caso em comento, tais exigências abrangem desde a negação do direito ao aborto à consequente proibição na forma da lei, pois a ausência dessa proibição transfere à mãe a disposição sobre a vida do nascituro, ainda que temporariamente. A liberdade de conformação do legislador para o caso se restringe à composição das situações de exceção, mas devendo considerar igualmente para tanto os bens jurídicos colidentes (como questões fundadas na religião, na moral, na exposição da própria vida para manter a gestação, etc.). Por conseguinte, cabe ao legislador submeter seu plano de proteção a uma avaliação constitucionalmente sustentável, garantindo a proteção à vida intrauterina de modo a atender a exigência do princípio da proibição de insuficiência.

Verifica-se, a partir desse caso, que a Corte Constitucional da Alemanha reforçou a responsabilidade do Estado em assegurar o gozo dos direitos fundamentais, reiterando a limitação da atividade do legislador e, mais do que isso, afirmando que a política adotada para assegurar o direito à vida do nascituro deve ser suficiente (no sentido de não transferir simplesmente a responsabilidade para a gestante sobre o desenvolvimento ou não da vida do ser que carrega em seu útero). Todavia, essa proteção não necessariamente significaria a criminalização da prática abortiva, cabendo ao legislador censurá-la, cumprindo o seu encargo, elaborando e normatizando esse plano de proteção utilizando-se das diferentes áreas do ordenamento jurídico, desenvolvendo uma proteção obrigatória.

Portanto, a adoção de medidas que busquem o convencimento da mulher de dar seguimento à gestação seria suficiente para reconhecer que o Estado está cumprindo com o seu papel de proteção do direito da vida intrauterina de forma preventiva, não abandonando sua responsabilidade e entregando-a à gestante. Diante dessa visão, que se direciona para o reforço da consciência da responsabilidade da mulher, a não criminalização do aborto nas primeiras 12 semanas de gestação

[...] é uma avaliação do legislador que não merece ser constitucionalmente censurada, se ele, para cumprir o seu encargo de proteção, se reportar a um plano de proteção que parte do princípio de que, pelo menos na fase inicial da gestação, uma proteção eficaz da vida intra-uterina só será possível com a [colaboração, convencimento da] mãe, mas não contra ela. [...] Essa condição de estar oculto, desamparado, dependente e ligado à mãe de forma singular própria, do nascituro torna plausível a avaliação de que o Estado tem uma chance melhor para sua proteção quando atua em parceria com a mãe. (SCHWABE, 2005, p. 286).

Desse modo, o Tribunal Constitucional alemão declarou nulos dispositivos da Lei de Ajuda Familiar e à Gestante, especialmente no ponto (§218 I StGB) em que qualificava como não antijurídico o aborto não indicado por estado de necessidade depois de um aconselhamento segundo o §219 StGB. Esta última norma foi também declarada nula em razão de que o aconselhamento por ela previsto não perseguia, frisa-se, de modo suficiente, o objetivo de encorajar a gestante a prosseguir com a gravidez. Com relação à lei anterior e ao pagamento pelo sistema público de saúde para a prática dos abortos, os magistrados entenderam pela sua constitucionalidade, desde que o pagamento não fosse para a realização de abortos antijurídicos. Por fim, fixou uma série de ordens transitórias para a entrada em vigor da nova regulamentação, especialmente no que tange ao procedimento do aconselhamento e do reconhecimento dos locais em que se daria o aborto regularizado (SCHWABE, 2005, p. 273-294).

Portanto, evidencia-se na jurisprudência alemã o reconhecimento do dever de proteção do qual é possível extrair direitos subjetivos individuais à proteção, oponíveis em face do Estado. Este, por meio de providências normativas, administrativas e materiais, possui a obrigação de salvaguardar as pessoas de danos e lesões que possam ser causadas inclusive por terceiros (no exemplo, o feto que possui o direito de ser protegido da própria mãe), ressaltando-se a compreensão de terceiros como os demais indivíduos ou mesmo Estados estrangeiros. Sarmiento (2004, 161-162), como exemplo do dever de proteção, lembra que se admite uma proteção mesmo quando uma epidemia de HIV expõe o direito fundamental à vida a situação de risco, sem que isso tenha origem de uma ação de um terceiro em especial, exigindo do Estado medidas como políticas públicas para prevenção de uma maior transmissão do vírus.

Veja-se que, no caso brasileiro, a Constituição de 1988 apresenta para alguns direitos fundamentais, ante sua abstratividade, uma direção para o Estado, sendo que Streck (2004, p. 5) destaca que todas as normas da Constituição são

dotadas de eficácia (como já abordado no capítulo anterior), mesmo as que são denominadas normas “programáticas”⁶⁰, que comandam a atividade do legislador na busca de um objetivo do constituinte. Exemplo dessas normas seria a busca da igualdade, da redução da pobreza e até mesmo a proteção da dignidade, pois a concretização desses fins previsto na Carta Magna só é possível com a atuação do legislador.

Não obstante, deve-se compreender que a Constituição impõe à atividade legislativa essa tarefa/dever de concretizar os direitos fundamentais, mesmo os dotados dessa característica “programática”. Isso significa que o legislador possui o poder/dever de decidir sobre como realizará essa tarefa para implementá-los e garanti-los, o que possibilita certa discricionariedade, mas não permite ao mesmo permanecer omissos a essa responsabilidade. Em outras palavras, Streck refere que, a partir do Estado Democrático de Direito, o legislador não detém a liberdade para legislar que tinha no paradigma liberal, uma vez que “a Constituição figura como o *alfa* e o *ômega* do sistema jurídico-social” (STRECK, 2004, p. 6), sendo que nenhum campo do direito está imune a essa vinculação constitucional.

Voltando-se especificamente para a atuação estatal, quando de sua função de assegurar os direitos fundamentais, em especial os que exigem uma prestação por parte do Estado (ainda que seja apenas de cunho regulatório, como no caso da criminalização do aborto julgada pelo Tribunal Constitucional alemão), é importante ressaltar a preocupação do sistema jurídico em assegurar que este os proteja de maneira suficiente. Outrossim, a noção de proibição de excesso possui como finalidade limitar a atuação estatal de modo a não causar nenhum excesso de restrição a determinado direito fundamental. Dessa forma, busca-se sempre garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Seguindo os passos da teoria alemã sobre o dever de proteção, o doutrinador Lênio Streck (2004, p. 05) refere que a liberdade de conformação do legislador não é absoluta, mesmo no que tange à matéria criminal, não sendo permitido à lei, por exemplo, descriminalizar condutas consideradas ofensivas a bens fundamentais. O exemplo citado demonstra claramente a “proibição de proteção deficiente” (*Untermassverbot*) – ou seja, não é admissível a atuação estatal

⁶⁰ Importante esclarecer que a concepção de normas “programáticas” aqui referida está associada a uma noção de programas de ação – positiva – do Estado, e não à sua concepção tradicional de normas desprovidas de eficácia.

precária quando for exigido do Poder Público assegurar um bem fundamental, pois mesmo diante da existência de uma ação estatal que vise à sua proteção, essa necessariamente deve atender a um mínimo de suficiência. Outrossim, a “proibição de excesso” (*Übermassverbot*) abrange justamente o oposto a esse “garantismo positivo”, quando o Estado age de modo desproporcional (constatando-se, portanto, um “garantismo negativo”) na proteção de um direito fundamental, violando, dessa forma, outro direito fundamental envolvido no caso concreto.

Tais conceitos podem definir-se como um critério estrutural para a determinação do dever de proteção do Estado na promoção e garantia dos direitos fundamentais, não exclusivos da seara criminal, sendo que sua utilização serve justamente para determinar se um ato ou omissão estatal viola ou não um direito fundamental que exige proteção, sendo que sua aplicação está ligada diretamente ao princípio da proporcionalidade. Assim,

[...] a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamnetal (nas suas diversas dimensões), como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador. (Grifado no original) (STRECK, 2004, p. 8).

Resumindo, a liberdade de conformação do legislador pode ser abalizada pelo controle de constitucionalidade para garantir a concretização dos direitos fundamentais. Para auferir essa medida, o julgador possui em mãos a “ferramenta” do princípio da proporcionalidade, em seu duplo viés: seja para constatar que o ato do Poder Público excedeu em sua função de proteção a um determinado direito fundamental, seja para evidenciar a ausência de proteção (decorrente de sua omissão) ou, ainda, a insuficiência de sua atuação.

Na mesma linha de raciocínio seguem Mendes e Branco (2012, p. 248), ao tratar dos vícios de inconstitucionalidade decorrentes da atividade legislativa, expondo a lei ao exercício de compatibilidade com os fins constitucionais previstos e a observância do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), por

meio da análise da adequação (*Geeignetheit*) e da necessidade (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo. Diante dessa concepção, seria possível a censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa – denominada pela doutrina alemã como esfera de liberdade de conformação do legislador (*gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*) – para o combate ao excesso de poder do legislador sem adentrar no mérito do ato legislativo, “mediante contrariedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins” (MENDES e BRANCO, 2012, p. 257).

Exposto isso, resta evidente que o princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) está ligado diretamente à análise da proporcionalidade dos atos do Poder Público. Cabe ressaltar que não se trata de uma apreciação exclusiva dos atos do Poder Legislativo, mas envolve igualmente as atividades resultantes das deliberações e decisões do Poder Executivo.

Por outro lado, igualmente atrelado ao princípio da proporcionalidade, a proibição de proteção deficiente visa combater a inação do Estado, ou sua deficiência, para atingir um dado objetivo perquirido pela Constituição, para a efetivação de um bem fundamental, consoante a jurisprudência alemã.

Todavia, cabe ressaltar que para o jurista alemão Schlink (2001, p. 462-463), o caso de simples omissão não configuraria violação ao princípio da proibição de proteção deficiente, mas uma violação ao dever de atuação decorrente do dever de legislar ou outro dever de proteção. Já quando existirem medidas protetivas (ou seja, uma atuação estatal) que se apresentem como insuficientes, aí sim ocorreria uma operação diversa da proibição de excesso, exigindo a análise de medidas igualmente eficazes e menos invasivas. Essa constatação de insuficiência (*untermässig*) se daria, desse modo, do ponto de vista metodológico, quando da análise da proporcionalidade em sentido estrito (como se verá logo adiante). Contudo, é pacífico que, tanto no caso de omissão quanto de insuficiência, ocorre uma afronta ao dever de proteção (independente da classificação adotada).

Vale lembrar que quando as normas são abstratas, muitas vezes assumindo caráter principiológico, deve-se compreendê-las como ordens de concretização do direito na maior medida possível, o que Alexy (2011, p. 90) denomina de “mandamentos de otimização”. O termo utilizado serve para evidenciar que muitas dessas normas (princípios) são caracterizadas por comportar diferentes graus de satisfação, dependendo das possibilidades fáticas e das possibilidades jurídicas (estas dispostas conforme os princípios e regras colidentes). Ressalta-se que os

direitos fundamentais possuem caráter principiológico, uma vez que são passíveis do processo de ponderação para sanar eventuais conflitos (ALEXY, 2011, p. 117).

Em outras palavras, os direitos fundamentais exigem a máxima otimização de sua eficácia, não podendo haver limitação de sua concretização sem uma devida fundamentação (seja por já haver o máximo de empenho possível para sua implementação, seja por haver outro direito fundamental colidente).

Quanto à possibilidade de limitação de um direito fundamental por outro de mesma natureza, estuda-se a colisão de princípios de forma a cumpri-los em seus diferentes graus, diante das condições do caso concreto e das possibilidades fáticas e jurídicas. Assim, apenas no caso concreto será possível ao julgador realizar essa mensuração de primazia entre os dispositivos conflitantes. Tal exercício contribui com a coerência da decisão e do sistema em que está inserido.

Embora nem sempre seja possível visualizar de forma clara um conflito entre princípios para se aplicar a técnica da ponderação, essa não deixa de apontar parâmetros para a análise da proporcionalidade da proteção fornecida pelo Estado a um determinado direito fundamental. A reflexão sobre a ponderação é crucial para a compreensão do dever de proteção, visto que em determinados casos o gozo de um direito fundamental por um indivíduo prejudica a efetivação de outro direito fundamental de um terceiro, o que leva este a acionar a tutela estatal para garantir o seu direito. Assim, a técnica da ponderação será necessária para a compreensão do dever de proteção do Estado e da relação entre ambos os sujeitos.

Veja-se que, no intuito de manter uma coerência na argumentação jurídica realizada de forma discursiva, importante se faz a demonstração da técnica da ponderação aplicada sobre um dado caso específico, justamente por apresentar o exercício necessário para constatar a proporcionalidade das ações (ou omissões) do Poder Público. Frisa-se, a compreensão da ponderação para o presente trabalho busca justamente capacitar a análise do dever de proteção do Estado, para que seja possível identificar quando este age de forma suficiente na tutela dos direitos fundamentais dentro das relações entre particulares. Assim, impende referir algumas características básicas da ponderação.

Fundamentalmente, cabe reiterar que a otimização está diretamente ligada com o princípio da proporcionalidade, a qual se subdivide em três subprincípios

quando da análise da ponderação⁶¹: adequação (ou idoneidade), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 239). Esses subprincípios formadores do princípio da proporcionalidade devem ser satisfeitos ou não, ou seja, não são relativizados.

Desses três subprincípios, os primeiros (máxima da adequação e máxima da necessidade) decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas. Já a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de serem os princípios mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2011, p. 118). Para entendê-los melhor, seguem, abaixo, considerações sobre cada um.

O primeiro subprincípio, o da adequação (ou idoneidade), parte de uma determinada atividade interventiva estatal, seja em prol da realização de um direito fundamental ou bem jurídico coletivo protegido constitucionalmente (finalidade da medida interventiva). A adequação dessa intervenção deve ser examinada a ponto de somente caracterizar seu êxito quando a medida se apresentar suficiente para atender o fim perseguido (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 241).

Para demonstrar a adequação, Alexy (2011, p. 589) cita o exemplo do cabeleireiro que mantinha em seu estabelecimento uma máquina automática para vender cigarros. O Poder Público, constatando o fato, exigia, por meio de uma lei, permissão para a venda, a “necessária expertise” para o comércio desse produto. Ocorre que tal medida (exigência) violava o direito de liberdade profissional do cabeleireiro, bem como se mostrava inadequada para proteger os direitos do consumidor contra prejuízos à sua saúde ou contra prejuízos econômicos. Assim, a adequação se constata na medida em que a intervenção não é capaz de satisfazer a finalidade perseguida.

O segundo subprincípio, da necessidade, implica na escolha entre todas as possibilidades adequadas de intervenção que, para a concretização da finalidade da medida interventiva, provocar de forma menos agressiva o direito fundamental relativizado. Portanto, após avaliar de forma comparativa as diversas alternativas,

⁶¹ Cabe deixar clara a diferença entre o princípio da proporcionalidade e a técnica da ponderação, pois esta é utilizada para encontrar a medida proporcional quando houver conflito entre dois direitos fundamentais, o que não exclui a análise da proporcionalidade quando se discute exclusivamente a proteção que se dá a um direito fundamental (sem, neste caso, ocasionar um conflito ou concorrência com outro direito igualmente fundamental). Porém, como a técnica da ponderação utiliza-se de instrumentos para mensurar se uma medida é ou não proporcional, busca-se através desses parâmetros identificar se há excesso na atuação do Estado ou mesmo insuficiência na garantia de um direito fundamental.

deve-se optar por aquela(s) que satisfaça(m) a finalidade almejada e que cause a menor lesão possível ao direito fundamental que cede espaço para tal satisfação, utilizando-se, para tanto, de critérios quantitativos, qualitativos e probabilísticos (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 244).

Mantendo o exemplo do conflito entre o direito à liberdade profissional e a proteção do consumidor, Alexy (2011, p. 590) ilustra a análise com o caso de uma Portaria que proibisse a comercialização de um produto (chocolate em pó) que contivesse em sua composição essencialmente flocos de arroz, não sendo genuinamente de chocolate. A proibição (medida interventiva) é adequada para a finalidade de proteger o consumidor de se equivocar sobre o produto que está adquirindo, mas não é a medida (ou uma das) menos danosa ao direito de liberdade profissional. Isso porque a simples obrigatoriedade de informação no rótulo da composição do produto seria suficiente para proteger o consumidor do equívoco, sem afetar o direito do comerciante.

Neste momento da ponderação já é possível identificar quando ocorre o excesso da medida interventiva, que caracteriza a violação ao princípio da proibição de excesso de proteção (*Übermassverbot*). Nota-se que a existência de um meio que intervem menos e que é igualmente adequado para a satisfação da finalidade pretendida não necessariamente caracteriza esse excesso (cabendo ainda a análise da proporcionalidade em sentido estrito), pois pode existir mais de um meio admissível e adequado que permita um juízo de discricionariedade do legislador para alcançar sua meta. Mas evidentemente que o meio inadequado já caracteriza o excesso de proteção, ante uma restrição a um direito fundamental sem a efetiva satisfação de outro com a medida adotada.

Nesse sentido, o doutrinador alemão Alexy (2011, p. 591) esclarece que o legislador que persegue um determinado objetivo escolhido para proteção de um direito “[...] pode adotar apenas o meio mais suave, ou o meio igualmente suave ou um meio ainda mais suave. Isso não é nenhuma otimização em direção a algum ponto máximo, mas apenas a vedação a sacrifícios desnecessários”.

Diante da adoção desse método de ponderação, o meio escolhido não será necessário se o objetivo puder ser alcançado por meio de medida(s) que seja(m) ao mesmo tempo adequada(s) e menos onerosa(s). Frisa-se que adequação e necessidade não possuem o mesmo peso/relevância nessa fórmula, pois o meio necessário deve ser adequado ao caso, enquanto que nem tudo o que for adequado

é necessário, consoante ensinamentos de Mendes e Branco (2012, p. 259), que destacam que:

O subprincípio da *adequação* (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte Constitucional examina se o meio é “simplesmente inadequado” (*schlechthin ungeeignet*), “objetivamente inadequado” (*objektiv ungeeignet*), “manifestamente inadequado ou desnecessário” (*offenbar ungeeignet oder unnötig*), “fundamentalmente inadequado” (*grundsätzlich ungeeignet*), ou “se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado” (*ob mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann*). O subprincípio da *necessidade* (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. (Grifado no original).

Por fim, Mendes e Branco (2012, p. 259) compreendem que o terceiro passo, o da proporcionalidade em sentido estrito, assume o papel de “controle de sintonia fina” (*Stimmigkeitskontrolle*), para apontar a solução encontrada ou a necessidade de sua revisão.

Assim, passa-se ao terceiro subprincípio, proporcionalidade em sentido estrito, que, diferentemente dos primeiros, não está atrelado às questões fáticas, mas às questões jurídicas, identificando-se com a própria ponderação. Significa que a importância do cumprimento de um princípio implica necessariamente na relação inversa com o princípio violado. Ou seja, busca-se, diante das características que envolvem o caso concreto, qual dos dispositivos colidentes deve prevalecer sobre o outro (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 249).

Esse terceiro passo para análise da proporcionalidade considera que “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2011, p. 593). Para tanto, o doutrinador alemão divide essa fase em três passos.

O primeiro trata da avaliação do grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. No segundo, analisa-se o grau de importância da satisfação do princípio envolvido colidente com o primeiro. Já o terceiro e último passo aborda a comparação entre a importância da satisfação do segundo princípio com a afetação ou a não-satisfação do primeiro, sendo que dessa análise se compreende se a intervenção justifica a redução do gozo do direito prejudicado (ALEXY, 2011, p. 594). Ou seja, trata-se de uma análise de “custo-benefício” propriamente dita.

Verifica-se que não há como fugir de um mínimo de subjetividade do

julgador, tanto que a concepção da ponderação de Alexy sofre críticas de doutrinadores como Habermas e Böckenförde⁶² – as quais fez questão de responder no epílogo de sua obra em 2002 (ALEXY, 2011, p. 594). Para rebater a essas críticas, aquele menciona que o grau de satisfação (“pequena”, “média” e “alta”) e de afetação (“leve”, “moderado” e “sério”) podem ser medidos pelo modelo triádico (ALEXY, 2011, p. 595).

Impende ressaltar que nem sempre será possível visualizar o conflito entre direitos fundamentais nessa fase para a aplicação do princípio da proporcionalidade na mensuração do dever de proteção do Estado. Em outras palavras, pode-se constatar a insuficiência da atuação do Estado no que tange a um direito fundamental específico sem necessariamente envolver outro direito fundamental concorrente. Mas vale lembrar que se está lidando com a ausência de ação ou mesmo a insuficiência da prestação (ou regulação), portanto há como mensurar o prejuízo, a afetação desse direito fundamental (seja leve, moderada ou séria), bem como há como medir os esforços do Estado para concretizar esse direito, assim como o grau de satisfação das medidas possíveis para assegurá-lo.

Tal aspecto leva ao terceiro ponto de comparação entre as justificativas para a negativa ou insuficiência da prestação/regulação (se o Estado está se esforçando para concretizar esse direito ou não) e o prejuízo causado por essa conduta. Significa dizer que a técnica da ponderação, quando da compreensão do dever de proteção, mesmo quando não houver conflito entre direitos, pode ser aproveitada (ainda que em parte) para assimilar um mínimo de responsabilização do Estado para a garantia dos direitos fundamentais. Já no caso do excesso de proteção, ante os limites da atuação estatal, necessariamente se estará diante de uma ação inadequada (por ser inefetiva para a finalidade a qual se busca assegurar) ou diante de um conflito entre direitos fundamentais, pois só há excesso de proteção em decorrência de um prejuízo causado a outro direito fundamental, tendo-se em vista que se busca justamente a sua máxima concretização.

⁶² No epílogo, Alexy responde a crítica de Habermas, que sustenta que a concepção de ponderação valorativa destrói a estrutura deontológica dos direitos fundamentais, conferindo um sentido axiológico a esses direitos, de tal modo a substituir a obrigatoriedade absoluta e universal dessas normas jurídicas pela relatividade da obrigatoriedade dos valores, o que permitiria mais de uma resposta correta para o mesmo caso, criticando a ausência de um marco ou limite racional para o legislador. Do mesmo modo, Alexy defende-se de Böckenförde, que critica a noção de otimização no processo da ponderação, pois essa acarretaria na exigência de uma única decisão para o legislador, suprimindo na prática a discricionariedade legislativa e contribuindo para o protagonismo judicial (ALEXY, 2011, p. 594).

Cabe ressaltar, ainda, que princípio da proporcionalidade encontra seu fundamento tanto no âmbito dos direitos fundamentais como no contexto do Estado de Direito, sendo que sua aplicação também decorre da própria compreensão (de forma ampla e geral) do ordenamento jurídico em sua integralidade. Assim, o princípio é invocado para resolver conflitos entre Poderes, indivíduos, instituições, entre outros, seja entre particulares, seja na relação Estado e indivíduo (MENDES e BRANCO, 2012, p. 250).

Outrossim, cabe referir que o resultado desse exercício de apuração da proporcionalidade da ação ou omissão estatal serve para julgar se a situação apresentada corresponde ao esperado do Estado para a proteção dos direitos fundamentais. Não significa a busca pela ação mais adequada, necessária ou eficiente, mas tão somente verificar se o dever estatal em garantir os referidos direitos está sendo realizado de acordo com os parâmetros mínimos de proteção e se a medida não incorre em excesso (seja por ser inadequada a ação, seja por prejudicar de forma desproporcional outro direito fundamental), consoante acima referido. Portanto, diferentes medidas são possíveis e podem ser consideradas proporcionais, justamente o que permite ao legislador a liberdade de conformação no processo de escolha da atuação que entender necessária para melhor promover os direitos assegurados pela Constituição.

Como as políticas públicas são meios adotados para concretizar a proteção/promoção dos direitos fundamentais, logo são passíveis dessa aferição de proporcionalidade. Para ilustrar a técnica de avaliação da proporcionalidade envolvendo o dever de proteção em caso de insuficiência da atividade estatal, pode-se citar a própria situação referente à criminalização da prática do aborto apenas após a 12^a semana de gestação (a análise que segue é referente ao segundo julgado citado). Embora o exercício abaixo não tenha sido realizado de forma expressa pelos julgadores, pode-se concluir, a partir de sua fundamentação, que o raciocínio utilizado para apurar a proporcionalidade da proteção do Estado ao feto foi semelhante ao acima construído.

Desse modo, verifica-se, no caso, o direito fundamental à vida em contraposição ao direito de autodeterminação da mulher. Inicialmente, questiona-se a adequação da medida interventiva (Lei de Ajuda Familiar e à Gestante). Como a referida lei busca proteger a vida intrauterina, logo é adequada para a finalidade pretendida, pois estabelece a regulamentação para a prática do aborto juridicamente

permitido. Prosseguindo, verifica-se que é igualmente necessária a regulação, pois do contrário o aborto seria uma prática jurídica aceitável e recairia sobre a gestante a responsabilidade pela proteção da vida gerada. Poder-se-ia compreender a criminalização do aborto como uma proteção excessiva, mas diante do bem tutelado (a vida do ser em desenvolvimento) é plenamente compreensível (e adequado) tal grau de proteção, cabendo então a análise jurídica referente às exceções previstas pela regulamentação.

Num terceiro momento recai a tarefa da proporcionalidade em sentido estrito, começando pelo primeiro passo: a avaliação do grau de afetação do direito fundamental confrontado. No que tange ao direito de autodeterminação da mulher e às consequências para a restrição em sua escolha, interferindo em sua intimidade e até mesmo em seu domínio do próprio corpo, pode-se afirmar que tal afetação se dá em um grau médio, não se configurando como grave⁶³, pois não chega ao ponto de expor sua vida a risco (por exemplo).

No segundo momento, avalia-se o grau de satisfação da regulação. Neste ponto cabe ressaltar que a lei previa a legalidade do aborto até a 12ª semana, propondo medidas de aconselhamento (pequeno grau de satisfação do direito tutelado) durante esse período (em outros termos, previa políticas públicas para a gestante, sendo voltadas à proteção do feto). Outrossim, estabelecia a ilicitude da prática no restante do período da gestação, salvo indicação médica em razão do risco para a saúde da mulher (alto grau de satisfação do direito tutelado).

Para o terceiro momento, quando da avaliação da medida regulatória, os julgadores consideraram que a forma prevista pela legislação objeto do controle de constitucionalidade não se apresentava suficiente para a proteção da vida naquele período inicial (pequeno grau de satisfação), mas reconheceram que a criminalização desse mesmo período (que geraria um alto grau de satisfação) seria uma das possibilidades para aumentar essa proteção a ponto de torná-la suficiente. Mas não se limitaram a esse entendimento, pois como o enriquecimento das políticas públicas adotadas também seria uma alternativa para aumentar esse grau de satisfação (para médio, por exemplo), a escolha entre políticas públicas mais rígidas e a criminalização para a prática abortiva nesse período inicial estaria dentro da margem de conformação do legislador. Logo, declararam insuficientes as políticas

⁶³ Apesar de que esta seja uma avaliação valorativa subjetiva, deve ser dotada de argumentação para melhor compreensão de como alcançou-se esse resultado.

públicas apontadas por específicos dispositivos daquela lei, aplicando-se as medidas previstas na legislação anterior (15ª Lei de Mudança do Direito Penal, de 1976), sem a necessidade de criminalizar a conduta naquele curto lapso temporal inicial da gravidez.

Com raciocínio semelhante, no que tange à aplicação do princípio da proporcionalidade, Leal (2015, p. 234) sustenta que

[...] num contexto caracterizado pelo imperativo de efetividade dos direitos fundamentais, tidos como “mandamentos de otimização” (*Optimierungsgebote*, no dizer de Alexy), estes devem ser realizados de forma “ótima”, na máxima medida possível; uma restrição somente é possível se atender ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), identificado por três subprincípios que lhe são inerentes: justo motivo; adequação entre fins e meios; proporcionalidade em sentido estrito. A ponderação pressupõe, portanto: a) a determinação da importância do princípio contrário; b) uma avaliação dos danos da não realização plena do princípio em questão, que deve ser restringido na medida necessária; e c) a verificação de se a importância desse princípio contrário e sua realização justificam a lesão do outro direito em pauta (“análise de custo-benefício”). (Grifado no original).

Desse modo, no caso da ponderação, se verifica que a realização de um princípio só se torna possível diante da restrição de outro. De forma inversamente proporcional, constata-se que, quanto maior for a não realização de um desses princípios, maior deve ser a importância e concretização da norma principiológica colidente.

Vale lembrar que, consoante ensina Kischel (2015), no estudo dos direitos fundamentais (independentemente da adoção da teoria da vinculação direta ou da vinculação indireta com relação à eficácia contra terceiros – ou seja, na relação entre particulares) está presente a noção de que o Estado deve exercer o papel de proteção e auxílio à pessoa frente a possível violação de terceiros. Ou seja, cria-se um sistema triangular em que o Estado é acionado para tutelar o indivíduo que tem seu direito fundamental prejudicado por outra pessoa (sendo que o referido autor assevera que nesse polo da triangulação também pode estar presente um fato natural ou mesmo um governo estrangeiro⁶⁴). Como o exemplo acima referido trata de um prejuízo causado (ao direito da vida intrauterina) em nome de outro direito

⁶⁴ No sentido de que a natureza pode provocar a necessidade de uma proteção, como em casos de catástrofes naturais. Já no caso dessa proteção ser necessária frente à ameaça de um governo estrangeiro, pode-se citar o exemplo da espionagem realizada por um Estado estrangeiro aos e-mails, dados pessoais e outros meios de comunicação, o que também exige do Estado nacional uma ação que busque assegurar que isso não ocorra (KISCHEL, 2015).

fundamental (de autodeterminação da mulher), cabe ao Estado proteger de forma suficiente o primeiro (feto em desenvolvimento na barriga da mãe).

Importante referir que o Estado, igualmente, deve proteger o direito de autodeterminação da mulher. Contudo, no caso sob análise se evidencia que o indivíduo em situação de fragilidade é o feto, que em nome do direito de autodeterminação encontra-se exposto à conduta da gestante. Portanto, neste caso específico compete ao Estado assegurar o direito à vida do feto, seja por políticas públicas, seja pela criminalização do aborto.

Nesse sentido, Mendes afirma (1999) que:

A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*). (Grifado no original).

Importante se faz a compreensão de que o dever de proteção envolve o monopólio do poder (como o uso da força) concentrado na figura do Estado, pois compete ao mesmo (como um dever) auxiliar as pessoas a defender e assegurar os seus direitos tidos como fundamentais. Embora seja clara a noção de abstenção do Estado para não prejudicar o direito fundamental de uma pessoa, o mesmo não ocorre quando se busca a forma com que se deve proceder a ação estatal nesse dever de proteção positiva, que exige uma prestação ou regulação para a defesa de um determinado direito fundamental (KISCHEL, 2015), seja contra terceiros, seja tão somente para garantir o seu gozo.

Mesmo que o caso acima apurado trate de um dever de proteção que envolve o conflito entre diferentes direitos fundamentais, não se pode ignorar que a mesma construção deve ser considerada quando se busca a responsabilização do Estado para um determinado direito, sem que isso implique na violação de outro. Para este caso, ainda assim se questiona: é possível o Estado proteger de forma absoluta um determinado direito? Como visto no primeiro capítulo, não há como assegurar de forma absoluta e com máxima eficiência os direitos fundamentais, ainda mais os dotados de amplo grau de discricionariedade (como o exemplo dado da saúde, em que é inviável assegurar toda e qualquer demanda por prestação nessa área). Portanto, o questionamento passa a ser: o que se quer do Estado como

protetor desse direito? Como existem diferentes formas de concretizá-lo, igualmente existe uma ampla margem de conformação dos diferentes meios pelos quais se dá essa proteção.

A constatação do dever de proteção por parte do Estado, conforme afirmação de Kischel (2015), demanda daquele um mínimo de proteção, que se estabelece com base em três critérios (o que substitui a fase da ponderação – da proporcionalidade em sentido estrito – em razão da ausência de colisão de direitos igualmente fundamentais): (I) quanto mais importante é o valor do bem jurídico tutelado, maior o dever de proteção; (II) quanto maior o prejuízo ou a probabilidade do prejuízo da violação desse direito, maior a intensidade do dever de proteção; (III) quanto menor a possibilidade do indivíduo de defender a si (hipossuficiência), maior a sua fragilidade, exigindo maior proteção do Estado. Assim, a margem de apreciação do legislador está limitada por esse dever de proteção. Logo, sua atuação se torna passível de controle em caso de inexistência de proteção ou quando esta se dá de forma insuficiente.

Por fim, o dever de proteção admite a classificação em três espécies distintas, consoante análise da doutrina e a jurisprudência alemã (MENDES, 1999). A primeira consiste no dever de se proibir uma determinada conduta, portanto trata-se de um dever de proibição (*Verbotspflicht*), impedindo o Estado de violar os direitos e liberdades individuais de cada pessoa; a segunda apresenta a imposição ao Estado da tarefa de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros, mediante as mais diversas medidas a serem adotadas, denominando-se dever de segurança (*Sicherheitspflicht*); a terceira e última classificação advém da função do Estado de evitar riscos para o cidadão em geral, mediante adoção de medidas de proteção e prevenção, especialmente no que tange ao desenvolvimento técnico ou tecnológico, constituindo o dever de evitar riscos (*Risikopflicht*).

Os três casos admitem o controle de políticas públicas voltadas para a promoção e defesa dos direitos humanos e fundamentais, seja pela falta da ação normativa ou prestacional, seja pela insuficiência delas. Como exemplos ilustrativos e hipotéticos de políticas públicas nas três espécies da classificação do dever de proteção, é possível citar: para o caso do dever de proibição, políticas públicas voltadas para a capacitação de policiais para o combate à criminalidade sem ações e abordagens que caracterizem a violação de direitos humanos; para o caso do dever de segurança, políticas públicas voltadas para o combate à violência

doméstica, como por exemplo por campanhas educativas; e para o caso do dever de evitar riscos, políticas públicas direcionadas ao meio-ambiente, para assegurar condições sanitárias e livres de contaminação para a comunidade desenvolver-se sem risco de danos para sua saúde.

Conclui-se, desse modo, que a Teoria do Dever de Proteção ainda requer maior desenvolvimento, especialmente em solo brasileiro, mas se apresenta crucial para a compreensão da responsabilidade estatal na garantia dos direitos humanos e fundamentais.

Uma vez assimiladas as noções para a compreensão dessa responsabilidade do Estado na proteção dos referidos direitos, por meio dessa teoria, tendo em vista sua origem e desenvolvimento pela jurisprudência alemã, a segunda parte do presente capítulo trará como abordagem a sua operacionalização e os fundamentos para sua utilização como critério no controle de políticas públicas, seja pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, seja por meio das determinações da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3.2 Os fundamentos da operacionalização do dever de proteção pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelo Supremo Tribunal Federal

A compreensão da Corte Interamericana e do Supremo Tribunal Federal como atores no controle de políticas públicas e, desse modo, como indutores de ações estatais para a concretização dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, somada à Teoria do Dever de Proteção, busca não a máxima efetivação desses direitos, mas ao menos os parâmetros mínimos aos quais o Estado está obrigado, ainda que isso implique em determinações de ações positivas. Como visto no capítulo anterior, a cláusula aberta da Constituição brasileira (§§2º e 3º do art. 5º) concede maior força normativa aos tratados internacionais de direitos humanos se comparados com o ordenamento infraconstitucional (seja concedendo natureza equivalente às normas constitucionais, seja como normas supralegais), o que significa a vinculação do Poder Público ao respeito dessa proteção, somado ao previsto na própria Constituição.

Cumprido apontar a existência tanto na Constituição brasileira como na Convenção Americana do uso da nomenclatura da proteção, compreendida como um dever do Estado (ainda que não esteja diretamente conectado com a teoria

alemã). No caso da Constituição, é possível encontrar o termo nos incisos VI (proteção aos locais de culto e a suas liturgias), XXVIII (proteção às participações em obras coletivas e à reprodução de imagem e voz), e XXIX (proteção às criações industriais, propriedade de marcas, nomes de empresas e outros signos distintivos) do artigo 5º. Contudo, de forma mais emblemática, cita-se o artigo 6º, que prevê a proteção à maternidade e à infância, os incisos X (a proteção ao salário), XX (proteção ao mercado de trabalho da mulher) e XXVII (proteção em face da automação) do artigo 7º. Além desses, há a previsão de proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (art. 23, inciso II); ao meio ambiente; ao patrimônio histórico, cultural artístico e paisagístico; proteção e defesa da saúde; proteção e integração dos portadores de deficiência; proteção à infância e à juventude (art. 24, incisos VI, VII, XII, XIV e XV respectivamente). Ainda, para citar de forma exemplificativa, o artigo 196 assegura a saúde como um direito, garantido mediante políticas sociais e econômicas, de acesso universal e igualitário, com serviços voltados a sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

Na Convenção, é possível encontrar o termo proteção no artigo 11, sobre a proteção da honra e da dignidade, ao afirmar “Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969), sendo que o artigo 14 estabelece condições para uma “efetiva proteção da honra e da reputação”. Outro exemplo é o item 4 do artigo 13 que prevê censura prévia aos espetáculos públicos com a exclusiva finalidade de proteger a moral da infância à discriminação, hostilidade, crime ou violência. Também não há como deixar de mencionar a proteção à família do artigo 17, que exige medidas apropriadas dos Estados-partes para assegurar a igualdade de direitos entre os conjuges, além da proteção aos filhos em caso de dissolução do núcleo familiar. Essa proteção às crianças é reforçada no artigo 19, que prevê medidas de proteção que a sua condição de menor requer. Por fim, o Pacto de São José ainda refere a igualdade de proteção perante a lei no artigo 24 e o direito de proteção judicial no artigo 25. Tudo isso demonstra que o dever de proteção não é apenas uma questão de interpretação dos direitos humanos e fundamentais, pois consta no ordenamento jurídico expressamente a incumbência ao Estado de proteger os direitos, seja mediante medidas prestacionais ou regulatórias.

Embora a teoria alemã sobre o dever de proteção aborde os direitos

fundamentais e a atuação da Corte Constitucional naquele país, não se pode ignorar o fato de que a natureza e a força normativa dos tratados ratificados pelo Estado brasileiro, igualmente, exigem de sua atuação medidas protetivas. Tal exigência não abrange só a abstenção para combater a violação aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, mas também prestações fáticas e regulatórias para assegurar o gozo, ainda que em parâmetros mínimos, dos direitos aos quais se comprometeu perante sua própria nação.

Outrossim, ainda que tal pretensão de utilizar o dever de proteção para a garantia dos direitos humanos pareça ampliar a extensão da aplicação da teoria alemã em um novo âmbito, é justamente a incorporação desses direitos ao rol de direitos fundamentais (por meio da referida cláusula aberta) que permite uma maior responsabilização do Estado também para os direitos humanos⁶⁵ na perspectiva interna. Na perspectiva internacional (em especial da Corte Interamericana), a simples adesão do Estado, independente da previsão constitucional, já seria o suficiente para exigir deste parâmetros mínimos de proteção e, portanto, utilizar-se da Teoria do Dever de Proteção.

Cabe ressaltar que a responsabilidade do Estado na proteção dos direitos humanos é alvo constante na fundamentação das sentenças da Corte Interamericana, como, por exemplo, no Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1988, p. 33), em que aponta as duas obrigações específicas assumidas pelos Estados partes para a proteção dos direitos humanos. A primeira implica no “respeito aos direitos e liberdades” reconhecidos na Convenção, o que significa a limitação do exercício da função pública pela observância aos direitos humanos, superiores ao poder do Estado. Ou seja, essa obrigação nada mais é do que a exigência de não intervenção nos direitos assegurados pela Convenção, como direitos de defesa contra o próprio Estado parte.

Contudo, é a segunda obrigação assumida que mais interessa para o dever de proteção, pois prevê justamente a necessidade de uma proteção positiva por parte dos Estados signatários para assegurar os direitos previstos na Convenção

⁶⁵ A distinção de direitos fundamentais, direitos humanos e direitos naturais foi brevemente explanada já no início do subcapítulo 2.3 do presente trabalho. Lembra-se que o este trabalho assume a definição de Sarlet (2003, p. 34), dissociando os direitos humanos dos direitos naturais, em especial pela diferença da previsão daqueles no direito internacional, positivados em tratados, convenções, etc.

Americana e demais tratados sobre direitos humanos. Desse modo, importante se faz ressaltar o teor desse ponto em especial da sentença:

166. A segunda obrigação dos Estados Partes é a de "garantir" o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção a toda pessoa sujeita à sua jurisdição. Esta obrigação implica o dever dos Estados Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência desta obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e procurar, ademais, o restabelecimento, se possível, do direito violado e, se for o caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos direitos humanos.

167. A obrigação de garantir o livre e pleno exercício dos direitos humanos não se esgota com a existência de uma ordem normativa dirigida a fazer possível o cumprimento desta obrigação, mas comporta a necessidade de uma conduta governamental que assegure a existência, na realidade, de uma eficaz garantia do livre e pleno exercício dos direitos humanos. (Grifado no original) (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1988, p. 33).

A responsabilidade internacional pela violação dos direitos humanos não se limita apenas a suprir a falta de proteção aos mesmos no direito interno, sendo que mesmo no caso de haver uma determinada regulação por parte do Estado, ou ainda para o caso de existir norma infraconstitucional que expresse a legalidade da situação narrada à Corte, se constatada a violação aos parâmetros mínimos de proteção adotados por ela, é sim admissível a condenação do Estado parte. Portanto, é possível, por meio do controle de convencionalidade adotado pela Corte Interamericana, que, diante de uma legislação insuficiente para assegurar a proteção dos direitos convencionais, se condene o Estado parte com determinações para que proceda com a adequação de seu ordenamento aos parâmetros mínimos de proteção internacionais.

Como exemplo do acima referido, pode-se citar o Caso Almonacid Arrellano e Outros vs. Chile (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, p. 64), que determina àquele país medidas que assegurem que o Decreto Lei n. 2.191 não represente um obstáculo para a investigação, julgamento e, em sendo o caso, punição dos responsáveis por violações similares à narrada no caso do senhor Almonacid. Desse modo, não só determinou ao Estado chileno que continuasse com as investigações para identificar, julgar e, se fosse o caso, punir os responsáveis materiais e intelectuais pelo homicídio, como determinou que procedesse de forma com que seu ordenamento jurídico não adotasse mais o referido Decreto ante a

possibilidade de novas violações⁶⁶.

Reforçando esse entendimento, Alcalá (2012, p. 05) expressa que

La adopción de medidas legislativas que la CADH establece como deber del Estado cuando no se encuentran debidamente asegurados y garantizados los derechos convencionales, implica el deber estatal de adoptar las medidas jurídicas que adecuen el derecho interno, desde el texto constitucional hasta la última disposición administrativa, de manera que el ordenamiento jurídico del Estado Parte asegure y garantice los atributos que integran los respectivos derechos convencionales y sus garantías, en los estándares mínimos determinados por la CADH. Sobre dichos estándares los estados partes son libres para asegurar y garantizar al Estado mayores atributos y garantías de los derechos que los establecidos convencionalmente o asumir la garantía de otros derechos considerados como fundamentales o esenciales.

Importante ressaltar que a Corte Interamericana não pode ser compreendida como um tribunal recursal, mesmo porque a vítima de eventual violação do direito sequer possui legitimidade para ingressar com uma ação perante a Corte, limitando-se a denunciar o caso para a Comissão e, apenas após iniciado o processo perante a Corte Interamericana, lhe será permitido apresentar de forma autônoma o seu escrito de petições, argumentos e provas durante o processo⁶⁷. Ou seja, a vítima não possui legitimidade para iniciar o processo diante da Corte. Como visto no capítulo anterior, cabe à Comissão Interamericana realizar o procedimento de apuração da violação para promover uma solução amistosa, isso quando já esgotadas as medidas cabíveis pelo sistema judicial⁶⁸, sendo que apenas em caso de descumprimento das medidas sugeridas pela Comissão que essa poderá levar a

⁶⁶ “151. O Estado não poderá arguir nenhuma lei nem disposição de Direito Interno para eximir-se da ordem da Corte de investigar e sancionar penalmente os responsáveis pela morte do senhor Almonacid Arellano. O Chile não poderá voltar a aplicar o Decreto Lei nº 2.191, por todas as considerações elencadas na presente Sentença, em especial as incluídas no parágrafo 145. Mas, além disso, o Estado não poderá argumentar a prescrição, irretroatividade da lei penal, nem o princípio *ne bis in idem*, assim como qualquer excludente similar de responsabilidade, para excusar-se de seu dever de investigar e punir os responsáveis.” (Grifado no original) (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, p. 59).

⁶⁷ “Artigo 25. Participação das supostas vítimas ou seus representantes: 1. Depois de notificado o escrito de submissão do caso, conforme o artigo 39 deste Regulamento, as supostas vítimas ou seus representantes poderão apresentar de forma autônoma o seu escrito de petições, argumentos e provas e continuarão atuando dessa forma durante todo o processo.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009d).

⁶⁸ Há três exceções redigidas no artigo 46 da Convenção para a possibilidade de instaurar-se o procedimento da Comissão sem o esgotamento da via jurisdicional interna: a primeira se enquadra na situação onde inexistente na legislação daquele Estado o devido processo legal para a proteção do(s) direito(s) que tenha(m) sido(s) violado(s). A segunda exceção prevê a hipótese em que se obstaculiza o acesso ao direito aos recursos da jurisdição interna, ou com o impedimento ao esgotamento dos mesmos. Por último, a exceção pela demora injustificada da decisão sobre o caso (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

denúncia da vítima (ou de seus familiares) à Corte (consoante art. 48 a 51 da Convenção Americana).

Desse modo, o sistema interamericano atua de forma complementar ao sistema de proteção dos direitos humanos e fundamentais em cada Estado parte, intervindo apenas quando as autoridades nacionais não cumprirem sua tarefa ou desempenharem mal a proteção a esses direitos. Portanto, compete aos juízes nacionais combater em primeiro plano essas violações (seja quando partirem do próprio Estado, seja quando a vítima exigir a tutela desse para sua proteção frente a terceiros), sendo sua tarefa atuar como juízes “del corpus iuris interamericano, haciendo efectivo el beneficio concreto de la protección de los derechos de las personas, beneficiadas con los estándares mínimos de protección convencional” (ALCALÁ, 2012, p. 09), consoante o princípio da subsidiaridade.

Constata-se, pelo exposto, que o controle desempenhado em âmbito internacional se constitui em uma atuação subsidiária, tendo em vista que cabe aos juízes nacionais observarem *ex officio* a proteção dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos. Essa função decorre de dois aspectos: o primeiro, resultante da posição hierárquica dos tratados internacionais dessa natureza no ordenamento jurídico interno de cada Estado, que permite a concepção de um bloco de constitucionalidade, que amplia a proteção dos direitos fundamentais aos direitos humanos com a cláusula aberta prevista na Constituição. Já o segundo é o próprio controle de convencionalidade, caso o julgador não possua competência para realizar o controle de constitucionalidade (o que não é o caso do Brasil, que adota tanto o controle difuso como o concentrado de constitucionalidade).

Como demonstração do referido bloco de constitucionalidade, Zelada (2014a, p. 564-565) refere a sentença do julgamento do Rol 2273-12-INA, de 04 de julho de 2013, pelo Tribunal Constitucional chileno, que profere a inaplicabilidade do inciso 1º do art. 13 do Decreto Lei n. 1.094 em razão da sua inconstitucionalidade. Tal declaração advém do tratamento conferido aos tratados ratificados e vigentes invocados para atuar como limites frente aos poderes do Estado, dando força normativa ao inciso segundo do artigo 5º da Constituição chilena⁶⁹ (semelhante à

⁶⁹ “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.” (CHILE, Constitución Política de la República de Chile, 1980).

cláusula aberta brasileira), analisando os mesmos como parâmetros de controle de constitucionalidade, propondo com base neles e na própria Constituição um estatuto jurídico mínimo para os estrangeiros, diante do caso concreto.

Embora não seja o entendimento consolidado pelo Tribunal Constitucional chileno (pois meses antes dessa sentença a mesma Corte entendeu que os tratados estão submetidos ao princípio da supremacia constitucional e sobre as leis, na sentença sobre a reforma da Ley de Pesca Roles 2387-12-CPT e 2388-12-CPT, a título exemplificativo), cabe referir que é possível realizar o controle de constitucionalidade adotando-se a fonte internacional e, portanto o critério de dever de proteção, ampliando-se os parâmetros do mesmo à fonte proveniente de tratados internacionais: “Dichos tratados se constituyen en un parámetro para el control de constitucionalidad, se integran al ordenamiento interno y engrosan y complementan el catálogo de derechos contenidos en la Constitución” (ZELADA, 2014a, p. 573).

Não obstante, a doutrinadora chilena apresenta outros casos em que o referido entendimento foi mencionado em votos dissidentes, ainda que não tenha sido reconhecida a inaplicabilidade (pelo controle de constitucionalidade) dos dispositivos que contrariam os tratados internacionais. Entre eles pode-se citar a decisão do Convenio UPOV 91 (sentença Rol 346 de 2002), diante da falta de consulta aos povos originários durante sua aprovação. Nesse julgado, alguns ministros do Tribunal Constitucional entenderam que, em razão do previsto no art. 5º, inciso segundo, da Constituição chilena, que os órgãos do Estado devem respeitar e promover os direitos essenciais que emanam da natureza humana, já garantidos pela própria Constituição ou por tratados internacionais vigentes e ratificados pelo Chile, que “tiene el efecto de atraer los respectivos preceptos internacionales a su propia esfera garantística, configurando lo que algunos autores han dado en denominar ‘bloque de constitucionalidad’.” (Grifado no original) (ZELADA, 2014b, p. 267-268).

Outro exemplo citado é o julgamento que decidiu sobre a possibilidade de matrimônio entre pessoas do mesmo sexo (Rol 1881-10 de 2011). Neste caso, também não houve a decisão final pela inaplicabilidade do dispositivo infraconstitucional, mas os votos particulares de alguns ministros deixaram claro que “[...] si bien nuestra Constitución no consagra en forma explícita el derecho fundamental a contraer matrimonio, sí lo hacen los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en Chile” (ZELADA, 2014b, p. 270). Sustentaram,

desse modo, que o direito internacional impossibilitaria ao ordenamento jurídico interno de restringir, por motivos de discriminação, as pessoas de se casarem e constituírem família, para que possam desfrutar de iguais direitos sobre o matrimônio e sua dissolução.

Assim sendo, é possível concluir, a partir desses e de outros julgados que envolvem conteúdo semelhante, que

La creciente incorporación de tratados internacionales sobre derechos humanos a nuestro ordenamiento está generando un nuevo derecho. Algunas de sus normas poseen rango orgánico constitucional, pero su declaración es formulada por el TC sin que tengan acogida en la ley, por tanto, se encuentran dispersas y no sistematizadas. Si los votos disidentes y concurrentes del Tribunal son un anticipo de un cambio en el derecho, estimados que ello es un llamado de atención para el constituyente, para las definiciones que deben concretar en esta materia que lleva ya demasiado tiempo sin una respuesta. (ZELADA, 2014b, p. 276).

Portanto, constituem esse chamado bloco de constitucionalidade tanto os direitos fundamentais previstos na Constituição (seja de forma implícita ou explícita, uma vez que a Constituição brasileira, por exemplo, não exclui “os direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”, consoante art. 5, §2º), como o *corpus iuris* dos direitos humanos positivados em tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos dessa natureza (ALCALÁ, 2012, p. 30).

Com isso, os direitos humanos previstos no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e a interpretação dos mesmos realizada pela Corte Interamericana “deben *irradiar* su protección como estándar mínimo de aplicabilidad no sólo en el ámbito de derecho internacional de los derechos humanos sino también a nivel nacional.” (Grifado no original) (MAC-GREGOR e MÖLLER, 2012, p. 183). Desse modo, é plenamente possível o controle difuso de convencionalidade por parte dos juízes no âmbito interno, sendo que uma vez incorporados esses direitos com natureza materialmente constitucional, integram o bloco de constitucionalidade.

Cabe ressaltar que esse “bloco” já foi, inclusive, trabalhado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, sendo exemplo disso o julgamento do Recurso Extraordinário n. 349.703/RS, em que se analisou a possibilidade da prisão civil do depositário infiel. O referido processo foi julgado em conjunto com o Recurso Extraordinário n. 466.343/SP e com o Habeas Corpus n. 87.585/TO, dando desfecho

à discussão jurídica em 2008. O debate⁷⁰ abrangia a vedação da prisão civil assegurada na Convenção Americana⁷¹, estando essa norma em contradição com a possibilidade da prisão pelo ordenamento interno brasileiro, que contava inclusive com previsão constitucional⁷².

Vale chamar a atenção para o fato de o RE n. 349.703 ter iniciado seu julgamento ainda em 2003, quando o então relator, Ministro Ilmar Galvão, reconheceu o caráter aberto da norma do §2º do art. 5º da Constituição, que permite o ingresso de direitos e garantias provenientes de tratados de proteção aos direitos humanos ao rol dos direitos e garantias fundamentais, sem que isso significasse emendar a Constituição.

No entendimento exarado pelo julgador, os citados tratados internacionais trazem “[...] novos princípios que equivalem às próprias normas constitucionais, como se estivessem nela escritos, ampliando o que se costuma chamar de ‘bloco da constitucionalidade’, nas palavras de Canotilho”. (Grifado no original) (STF, RE n. 349.703, 2008, p. 687-688). Destarte, o Ministro confirmou que se trata de normas materialmente constitucionais, mesmo que não incorporadas ao Texto Fundamental, cumprindo a função de ampliar o núcleo mínimo de direitos e garantias consagrados na Constituição. Diante do conflito normativo entre o tratado sobre direitos humanos e a Carta Fundamental, mencionou:

Eventuais conflitos entre uma norma de Direito Internacional de Direitos Humanos e um preceito constitucional pode muito bem ser composto pelo princípio da primazia da norma mais favorável à vítima, corolário do princípio da prevalência dos direitos humanos consagrado no art. 4.º, II, da Carta.

O exemplo clássico é o da prisão civil do depositário infiel, permitida no inciso LVII do art. 5.º da CF/88 e vedada no art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e no art. 7.º do Pacto de São José da Costa Rica. (STF, RE n. 349.703, 2008, p. 688).

Ocorre que o julgamento não se encerrou em 2003, em razão do pedido de vista do processo, cujo trâmite se prolongou até 2008 (tendo havido, ainda, no meio

⁷⁰ Para maiores informações sobre a questão, indica-se a obra: El Supremo Tribunal Federal y el rango supralegal de los tratados internacionales de derechos humanos: ¿Constitución o Pacto de San José de Costa Rica? (LEAL, 2014b).

⁷¹ “Artigo 7. Direito à Liberdade Pessoal. [...] 7. Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

⁷² “Art. 5º. [...] LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

de seu curso, uma sessão em 2006), quando foi analisado juntamente com o outro Recurso Extraordinário e o Habeas Corpus mencionados.

Quando da sessão plenária que definiu o julgamento em 2008, os ministros entenderam pelo caráter da supralegalidade das normas previstas nos tratados internacionais anteriores a 2004, tendo em vista que naquele ano a Constituição recebeu uma nova emenda, de n.º 45, que incorporou (entre outras mudanças) o §3º ao artigo 5º – de modo se passou a exigir o quórum qualificado para que os tratados internacionais sobre direitos humanos passassem a ser equivalentes às emendas constitucionais. Portanto, a controvérsia residia, exatamente, na aplicação ou não deste parágrafo aos Tratados anteriores à Emenda, como é o caso do Pacto de San José da Costa Rica.

Para o caso da prisão civil, entendeu-se que a disposição constitucional não foi revogada pela adesão ao Pacto de São José ou ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, mas deixou de ter aplicabilidade a referida prisão, diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplinava a matéria (art. 1.287 do Código Civil de 1916 e Decreto-Lei n. 911/1969), inclusive com relação à legislação posterior (como o art. 652 do Código Civil de 2002, que praticamente reproduzia a norma antiga do Código Civil de 1916).

Nos debates que ocorreram ao longo do julgamento, cabe chamar a atenção para a menção, inclusive, do controle de convencionalidade, para conformar o ordenamento jurídico interno com as normas de Direito Internacional que foram ratificadas pelo Estado brasileiro, consoante a fala do Ministro Celso de Mello na sessão plenária:

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Deveremos interpretar a convenção internacional **e promover**, se for o caso, **o controle de convencionalidade** dos atos estatais internos **ou** domésticos, **em ordem** a impedir que a legislação nacional transgrida as cláusulas inscritas em tratados internacionais de direitos humanos. (Grifado no original) (STF, RE n. 349.703, 2008, p. 857).

Não bastasse isso, o julgamento do RE n. 349.703 ainda expressou, pelo voto do relator para o acórdão, Ministro Gilmar Mendes, a análise da proporcionalidade da medida que autorizava a prisão civil. Em sua fundamentação, fez menção à previsão no ordenamento jurídico de outros meios processuais e executórios postos à disposição do credor para a garantia do crédito, concluindo que

a prisão seria medida extrema de coerção do devedor inadimplente, bem como que “[...] não passaria no exame da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*), em sua tríplice configuração: adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito.” (Grifado no original) (STF, RE n. 349.703, 2008, p. 735)⁷³.

Desse modo, diante da ponderação entre a liberdade individual do devedor e o direito de crédito do credor, entendeu-se pela violação à proporcionalidade em sentido estrito, aplicando dessa forma os ensinamentos de Alexy desenvolvidos no subcapítulo anterior (que se aplica, notadamente, ao direito interno⁷⁴, constitucional). Diante do exercício da aplicação da proporcionalidade ao caso, concluiu-se que a prisão só se justificaria diante da realização de outros valores ou bens constitucionais que necessitassem de maior proteção, como o caso da prisão do alimentante inadimplente, sendo que a proteção exigida pelo direito de crédito estaria atendida pelos demais meios processuais elencados para salvaguardar o interesse do credor.

Por sua vez, o Ministro Celso de Mello, em seu voto, referiu que o respeito e a observância das liberdades públicas devem se impor ao Estado como obrigação indeclinável. Desse modo, defendeu que o Poder Público está necessariamente submetido aos direitos fundamentais da pessoa humana, cabendo aos juízes e Tribunais respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos não só pelas Constituições de cada Estado, como também aqueles assegurados pelas declarações internacionais. (STF, RE n. 349.703, 2008, p. 775-776). Assim, inclinouse o ministro à posição que compreende a incidência do §2º do art. 5º da Constituição, conferindo às convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC n. 45 natureza materialmente constitucional, devendo ser promovida sua integração e a noção do bloco de constitucionalidade. Contudo, prevaleceu a posição acima apontada da suprallegalidade.

Não bastasse isso, diante da previsão de fontes distintas para a construção do referido bloco de constitucionalidade, cabe ressaltar que, em caso de eventual

⁷³ Importa referir que a argumentação acima referida reforça a lógica do direito interno, defendida pelo STF, o que enfraquece de certo modo o direito internacional e a própria Convenção Americana. Embora, na prática, a solução encontrada satisfaz a proteção pretendida pelo sistema interamericano, não utiliza como base para a fundamentação a aplicação do Pacto, mas sim de operacionalização do direito interno, a partir da Constituição.

⁷⁴ Constata-se da decisão do STF referida que alguns dos princípios básicos do direito internacional – como o princípio *pro homine* e de progressividade, conforme se verá a seguir – foram completamente desconsiderados.

conflito entre direitos assegurados de forma distinta, quando comparadas as suas fontes, deve prevalecer aquela que garanta maior proteção à pessoa humana. Tal fato decorre do postulado *pro homine* ou também denominado de princípio *favor persona*, devendo ser aplicada a interpretação mais protetiva à pessoa para o caso em concreto⁷⁵. Além desse princípio, é possível citar ainda o princípio da progressividade, ambos encontrados no artigo 29 da Convenção Americana (ALCALÁ, 2012, p. 05). Tal entendimento, embora ignorado pela decisão do STF mencionada, não deixa de ir ao encontro do voto vencido acima citado, bem como é amparado pela doutrina internacional.

Consoante ensinamentos de Alcalá (2014), o referido postulado garante, em matéria de direitos fundamentais e humanos, a aplicação mais ampla e favorável aos direitos das pessoas, seja por meio de um instrumento, regra ou norma jurídica. Para tanto, não há diferença quanto à origem do mesmo (dentre as fontes do mencionado bloco de constitucionalidade), pois o que importa para a proteção do direito fundamental é a disposição mais benéfica encontrada nesse sistema de proteção.

Isso significa dizer que a norma interna do Estado não é superior às normas do Direito Internacional ao qual o mesmo se comprometeu perante os demais Estados. Nem o contrário é válido, pois, segundo esse entendimento, deve prevalecer a norma, ou mesmo a interpretação, que favoreça e assegure essa otimização dos direitos fundamentais e humanos. Dessa forma, verifica-se um alto grau de integração entre os diferentes sistemas de proteção de direitos, tanto no âmbito interno dos Estados partes quanto sob uma análise internacional, podendo ser visto como um único bloco no sentido de sua proteção.

Constata-se que essa nova forma de relacionar o direito interno com o direito internacional, adotando uma nova metodologia para a solução dos conflitos entre as normas jurídicas, atualizando o modo como interpretam e compreendem as mesmas, vem sendo assumida por boa parcela dos Estados partes. Esses critérios e regras adotados pelo sistema regional americano, como o princípio *favor persona*, desenvolvido pela Corte Interamericana, desse modo, vêm sendo assumidos pelas

⁷⁵ Nesse sentido, Alcalá refere que “[...] el juez nacional podrá aplicar preferentemente el derecho asegurado convencionalmente cuando la ley interna establezca un estándar más bajo que el que exige el derecho convencional, aplicando siempre la norma interna o convencional que mejor proteja el derecho fundamental en juego o aquella que lo limite o restrinja menos de acuerdo al principio favor persona o pro homine y el principio de progresividad, así el juez nacional puede censurar las normas contrarias a la norma convencional.” (ALCALÁ, 2012, p. 13).

jurisdições constitucionais regionais como o Tribunal Constitucional peruano, a Corte Constitucional da Colômbia, a Corte Suprema Argentina e a Sala Constitucional da Corte Suprema da Costa Rica (ALCALÁ, 2014).

Impende referir, igualmente, que não é possível se verificar na comparação entre a proteção prevista na redação dos documentos do Direito Internacional (tratados, convenções, pactos, etc.) e nas disposições do ordenamento jurídico interno (Constituição e normas infraconstitucionais), pelo menos no caso brasileiro, uma distinção clara de qual entre os dois seja necessariamente mais genérico do que o outro.

Da elaboração de seus textos normativos em matéria de direitos humanos e direitos fundamentais, respectivamente, constata-se, por exemplo, que o direito ao acesso à justiça no âmbito interno⁷⁶ brasileiro assegura não só a gratuidade de ações como o *habeas corpus* ou o *habeas data*, como também prevê gratuidade para os necessitados (referente às custas processuais, aos honorários advocatícios sucumbenciais e aos honorários periciais, além de outras isenções) e o serviço gratuito da Defensoria Pública (que, de forma geral, presta orientação jurídica, promove os direitos humanos e defende judicial e extrajudicialmente os necessitados).

Em contrapartida, da análise dos artigos da Convenção que abrangem o acesso à justiça (em seu cunho econômico), no artigo referente às garantias judiciais (art. 8º do referido diploma legal⁷⁷), verifica-se apenas o direito de ser assistido por tradutor ou intérprete e o direito de ser assistido por defensor proporcionado pelo

⁷⁶ Como exemplo é possível citar a Lei n. 1.060 (BRASIL, 1950), que estabelece as normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados e os seguintes dispositivos da própria Constituição brasileira: “Art. 5º [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; [...] LXXVII - são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania; [...] Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.” (Grifado no original) (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

⁷⁷ “Artigo 8. Garantías Judiciales. [...] 2. Toda persona acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; [...] e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Estado. Cabe ressaltar que o texto desse dispositivo está voltado para o processo penal e, não obstante isso, garante uma proteção mais genérica que a do âmbito interno (no caso brasileiro).

Entretanto, o mesmo não ocorre com o princípio do devido processo legal. Neste caso, as normas internacionais são mais específicas e delimitam de forma mais clara o seu significado, enquanto que a Constituição brasileira de 1988 não desenvolve da mesma forma a sua redação. Isso não significa que a Lei Fundamental não protege de modo efetivo essa norma ou que seja dotada de menor força normativa, apenas implica na transferência dessa função (de buscar o seu conteúdo) para o seu intérprete, recaindo dessa forma tal incumbência praticamente à atividade jurisprudencial.

Desse modo, verifica-se que a Constituição prevê em seu art. 5º, incisos LIV e LV⁷⁸, que ninguém será privado de sua liberdade ou bens sem o devido processo legal ou que tanto nos processos administrativos como nos judiciais serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, pelos meios e recursos cabíveis. Já na seara internacional, o Pacto de São José, em seu art. 8º⁷⁹, afirma que toda pessoa terá que ser ouvida, respeitadas as garantias e o prazo razoável, por um julgador previamente estabelecido, que seja competente, independente e imparcial, para assegurar os seus direitos seja qual for sua natureza. Não obstante isso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, também em seu art. 8º⁸⁰, ainda estabelece que todos têm o direito de receber dos tribunais competentes remédio efetivo para impedir a violação dos seus direitos fundamentais, conferidos pela Constituição ou pela lei.

Portanto, conclui-se, nesse ponto em específico, que não é possível afirmar que o Direito Internacional é mais genérico (quando analisada a redação dos dispositivos de seus documentos), nem mais específico, quando comparado ao

⁷⁸ “Art. 5º [...] LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

⁷⁹ “Artigo 8. Garantias Judiciais 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

⁸⁰ “Artículo 8. Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948)

disposto no ordenamento jurídico interno (em especial o conteúdo previsto na Constituição dos Estados partes). Logo, não se pode afirmar que os direitos humanos são mais abstratos do que os direitos fundamentais, nem o contrário. Outrossim, é possível afirmar que, em alguns momentos, o Direito Internacional amplia a esfera do dever de proteção, ampliando, igualmente, o conteúdo essencial desses direitos.

No que tange ao processo jurisdicional de proteção dos direitos humanos e fundamentais, cumpre referir que mesmo as condenações para outros Estados partes devem ser compreendidas como inclusas na jurisprudência a ser observada para a proteção dos direitos humanos. Assim, uma interpretação ampla e devidamente fundamentada pela Corte Interamericana em uma condenação de um “Estado A” deve ser observada, também, pelo “Estado B”, pelo “Estado C”, pelo “Estado D”, etc., especialmente pelos juízes nacionais que têm a tarefa de aplicar o controle de convencionalidade em sua modalidade difusa, de ofício. Nesse mesmo sentido, os professores mexicanos Mac-Gregor e Möller (2012, p. 147-148) mencionam que

El juez nacional, por consiguiente, debe aplicar la jurisprudencia convencional incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal interamericano realiza del *corpus juris interamericano* con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad. Lo anterior lo consideramos de la mayor importancia para el sano entendimiento del “control difuso de convencionalidad”, pues pretender reducir la obligatoriedad de la jurisprudencia convencional sólo a los casos donde el Estado ha sido “parte material” (como lo ha establecido por mayoría de votos la Suprema Corte de Justicia mexicana al analizar el cumplimiento del *Caso Radilla*), equivaldría a nulificar la esencia misma de la propia CADH, cuyos compromisos asumieron los Estados nacionales al habera suscrito y ratificado o adherido a la misma, y cuyo incumplimiento produce responsabilidad internacional. (Grifado no original).

Justamente com essa finalidade de assegurar parâmetros mínimos de proteção é que se torna possível afirmar que a força normativa do Pacto de São José da Costa Rica alcança e se estende com a interpretação realizada pela Corte, em seu papel de intérprete última da Convenção e único órgão jurisdicional do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Isso significa que a jurisprudência desse tribunal deve ser encarada pelos magistrados nacionais com a mesma eficácia que possui a própria Convenção Americana sobre Direitos

Humanos. Tal concepção garante o caráter evolutivo e dinâmico às interpretações do órgão jurisdicional internacional, tornando visível uma jurisprudência vinculante e orientadora para as autoridades administrativas, legisladores, juízes nacionais e intérpretes dos direitos humanos (MAC-GREGOR e MÖLLER, 2012, p. 148-149).

O entendimento acima lançado é igualmente defendido pelo doutrinador chileno Alcalá (2012, p. 10), que sustenta:

El juez nacional debe aplicar no sólo el corpus iuris interamericano y la jurisprudencia de la CIDH, sino también los métodos de interpretación desarrollados por la CIDH: la interpretación evolutiva, dinámica y finalista; el uso de principios básicos de interpretación de derechos: "pro homine" o "favor persona", progresividad, proporcionalidad, para sólo señalar algunos de ellos, los que constituyen una fuente de ampliación de su potestad jurisdiccional. (Grifado no original).

Frisa-se que o controle de convencionalidade não pode ser encarado como concorrente ao controle de constitucionalidade. É importante deixar claro que se trata de uma proteção subsidiária, com o intuito de preservar os direitos humanos, estabelecendo os parâmetros mínimos para sua proteção. Desse modo, o controle de constitucionalidade apenas é reforçado pelo Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, no sentido de garantir uma maior proteção às pessoas dos Estados que dele fazem parte.

Portanto, o respeito às obrigações internacionais constitui um dever jurídico e se torna um instrumento eficaz para ampliar a tutela dos direitos fundamentais, pois a finalidade da obrigação convencional é determinar uma proteção aos direitos de modo a impossibilitar o Estado de descumprir com o mínimo ao qual se submeteu ao ratificar os tratados internacionais. Nesse sentido, os parâmetros desenvolvidos a partir da jurisprudência da Corte Interamericana servem para auxiliar o julgador nacional quando da análise do dever de proteção, em especial no que tange à proibição de proteção deficiente.

No caso do Chile, constata-se que

El Tribunal Constitucional asegura aún tímidamente los atributos y garantías de tales derechos esenciales contenidos en el derecho convencional internacional referente a derechos humanos como parte del bloque constitucional de derechos explícitamente asegurados en el artículo 19 de la Carta Fundamental, los derechos implícitos y los derechos esenciales asegurados por el derecho convencional internacional de derechos humanos.
En virtud del reconocimiento de este bloque constitucional de derechos, el

Tribunal Constitucional integra los atributos y garantías que forman parte de los derechos convencionales que no están asegurados en el derecho constitucional positivo, como parte del canon o parámetro de control de constitucionalidad, aunque no siempre lo explicita [...]. (ALCALÁ, 2014, p. 248).

Isso evidencia o dever dos Estados partes em respeitar e garantir de forma concreta os direitos previstos na Convenção Americana e demais tratados sobre direitos humanos. Estes devem ser incorporados ao âmbito interno e devidamente assegurados – seja por medidas legislativas, seja por outra medida de natureza distinta que for necessária para tornar efetivos os referidos direitos e liberdades consagrados pelo Direito Internacional. Diante disso, perante a Convenção Americana, os Estados firmaram o compromisso, consoante os termos do artigo primeiro do próprio Pacto de São José da Costa Rica, de forma geral, à obrigação de respeitar seu conteúdo normativo e de garantir os direitos humanos positivados nos documentos internacionais e ratificados no âmbito interno de cada Estado parte.

Com relação à obrigação de respeitar os direitos, esta consiste em cumprir diretamente a norma estabelecida, mesmo que isso implique em se abster de praticar uma ação. Dessa forma, em seu conteúdo é possível encontrar as *acciones de cumplimiento*, que podem ser positivas ou negativas, sendo que essa obrigação se reflete em todos os direitos, tanto os civis e políticos como os econômicos, sociais e culturais, cuja natureza carrega implicitamente forte carga prestacional. Cabe chamar a atenção para o fato de que, diferentemente dos demais tratados internacionais, os que versam sobre obrigações de respeito aos direitos humanos não adotam a aplicação do princípio de reciprocidade (consagrado pelo Direito Internacional), pois os Estados assumem, com a Convenção, a obrigação de respeitá-los independentemente do comportamento adotado pelos demais em suas jurisdições. Diante disso, reforça-se a natureza objetiva das obrigações internacionais relativas aos direitos humanos (MAC-GREGOR e MÖLLER, 2012, p. 151-152).

Já a obrigação de garantia implica num dever ainda maior por parte dos Estados, o que demonstra ainda mais a necessidade de aplicação da Teoria do Dever de Proteção de forma similar ao que ocorre com os direitos fundamentais. Essa obrigação requer dos Estados uma atuação de forma a organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas por meio das quais se manifesta o exercício do Poder Público, exigindo em todos os seus níveis a

capacidade de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos.

Isso significa que há um dever de impedir ou fazer todo o racionalmente possível para impedir violações aos direitos humanos das pessoas submetidas à jurisdição desse determinado Estado, independente de quem possa partir tal violação (ou seja, de qualquer pessoa, seja de natureza pública ou privada, de forma individual ou coletiva, seja pessoa física ou pessoa jurídica). Com isso, recai sobre o Estado a tarefa de tomar todas as medidas necessárias para “remover” os obstáculos que possam comprometer o gozo e o exercício dos direitos que a Convenção reconhece e visa proteger (MAC-GREGOR E MÖLLER, 2012, p. 154-155).

Como visto no capítulo anterior, isso significa não só um dever de abstenção, de proibição ao próprio Estado de violar os direitos das pessoas, em sua dimensão negativa, mas também impor, diante de uma dimensão positiva, a obrigação de proteger e promover determinado direito. Urge mencionar que não só deve agir para assegurar o direito, como o artigo segundo⁸¹ da Convenção ainda impõe a necessidade de adequação do ordenamento jurídico interno, seja por meio de disposições legislativas, seja por qualquer outra medida, independentemente de sua natureza (ato do Poder Executivo, ato do Judiciário, regulamentação de uma matéria por uma autarquia, etc.), de modo que assegure a efetividade dos direitos e liberdades nela previstos.

Portanto, pode-se caracterizar a violação aos direitos humanos tanto diante da omissão de determinado Estado na produção legislativa ou pela falta de medidas estatais, como pelo ato comissivo, quando o Estado legisla contrariamente ao conteúdo protegido pelo tratado internacional, ou mesmo por outro ato estatal. Frisase, no entanto, que a Convenção Americana possui caráter autoaplicável, o que possibilita a sua aplicação direta e imediata (inclusive pelos tribunais), sem qualquer necessidade de integração legislativa (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 27-33).

Não obstante isso, importa reafirmar que a proteção do sistema internacional implica na supressão de normas e práticas de qualquer natureza que acarretem na

⁸¹ “Artigo 2. Dever de Adotar Disposições de Direito Interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

violação dos direitos humanos, diante de seu viés de obrigação negativa. Do mesmo modo, determina a expedição de normas e o desenvolvimento de práticas que possuam como finalidade conduzir a uma efetiva observância dessas garantias asseguradas pelo Direito Internacional, sobressaindo, assim, sua dimensão objetiva (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 29).

Cabe ressaltar que, uma vez verificado esse dever de agir, abre-se espaço para o exercício da mensuração da proporcionalidade da medida e da ponderação (análise dos meios e fins empregados), que, na esfera administrativa, resulta no conceito de discricionariedade (ou seja, na margem de conformação do legislador ou administrador público). Desse modo, legitima-se o controle realizado pelos magistrados (seja em juízo singular, seja em julgamentos realizados pelos tribunais) sobre os atos (e omissões) estatais, inclusive sobre a concretização desses direitos por intermédio de políticas públicas voltadas à efetivação e proteção dos direitos humanos e fundamentais.

Consoante leciona Leal (2015, p. 228), o destinatário dessa ordem para a devida satisfação de uma obrigação prestacional tem um determinado espaço aberto (*Spielraum*) dentro do qual é possível realizar-se uma escolha acerca do modo como se buscará o seu cumprimento, levando-se em consideração a análise da adequação entre os meios e os fins propostos. Essa é a essência das políticas públicas, em que se realizam escolhas políticas (ou seja, os meios a serem empregados) para se concretizarem os direitos humanos e fundamentais, desempenhando desse modo a sua finalidade:

Esta tensão não se fazia, no entanto, tão evidente em um contexto marcado pela noção de programaticidade, caracterizado pela existência de normas de natureza meramente compromissória, ou seja, normas incorporadas formalmente ao texto constitucional que reenviam para o futuro – incerto – a sua realização. Ela adquire, contudo, uma nova dimensão em um cenário em que se propugna a máxima efetividade dos direitos fundamentais, concebidos como sendo dotados de uma dimensão objetiva, da qual decorre um processo de progressiva vinculação dos Poderes Públicos no sentido de sua realização, com a conseqüente redução de sua esfera de discricionariedade. (LEAL, 2015, p. 228).

Portanto, a averiguação desse espaço discricionário implica na possibilidade de o Poder Judiciário, a partir do teste de proporcionalidade, realizar o controle para garantir uma proteção suficiente e sem excessos por parte da Administração Pública e do Legislativo. Caso a conduta adotada pelos demais Poderes seja proporcional

àquilo que os direitos humanos e fundamentais exigem, estar-se-á dentro do espaço de conformação que os mesmos possuem, possibilitando, dentro desse limite, suas escolhas discricionárias, ou seja, sua margem de apreciação para concretizar os direitos humanos e fundamentais.

Do contrário, a intervenção judicial restará justificada, devendo aqueles proceder de forma a assegurar os parâmetros mínimos do dever de tutela do Estado construídos pela jurisprudência da Corte Interamericana ou em conformidade com o entendimento jurisprudencial do Poder Judiciário no âmbito interno, conforme a interpretação mais benéfica para a pessoa humana (princípio *favor persona*). Assim, constata-se a elevada importância da atividade jurisprudencial para a consolidação desses parâmetros mínimos de proteção, competindo ao Estado o dever de observá-los, para, dessa forma, assegurar a efetivação do previsto nos tratados e no próprio texto constitucional.

Ante ao exposto, verifica-se a importante função da Teoria do Dever de Proteção para a compreensão da responsabilidade estatal, especialmente para mensurar a proporcionalidade das medidas adotadas (ou mesmo na falta delas). Como decorrência da dimensão objetiva dos direitos humanos e fundamentais, as noções de proibição de excesso e de proteção insuficiente são essenciais para que o jogador possa assimilar o seu papel na garantia dos mesmos.

Destarte, o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, juntamente com as respectivas Constituições de cada Estado, fornece normas que não só fomentam e asseguram os já mencionados direitos, como também constitui um bloco que amplia sua esfera de proteção, bem como o seu conteúdo essencial, estabelecendo-se parâmetros mínimos para a concretização dos direitos estabelecidos nos tratados internacionais ratificados pelos Estados partes. Diante disso, solidificam-se os fundamentos de operacionalização do dever de proteção, tanto pela Corte Interamericana (no âmbito internacional), quanto pelo STF (ou seu equivalente, nos demais países) e demais tribunais e magistrados nacionais.

Posto isto, o capítulo seguinte abordará uma análise comparativa entre a aplicação da noção do dever de proteção pelas distintas Cortes acima referidas, observando-se seus entendimentos a partir da jurisprudência já produzida. Para tanto, examinar-se-á um apanhado de julgados do STF brasileiro e das condenações brasileiras no âmbito da Corte IDH, com o intuito de identificar as suas semelhanças e suas distinções na atuação do controle de políticas públicas.

4 ANÁLISE COMPARATIVA DO CONTROLE JURISDICIONAL E DA NOÇÃO DE DEVER DE PROTEÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1 A noção do dever de proteção do Supremo Tribunal Federal e seu papel na fundamentação das decisões que envolvem políticas públicas

É evidente que um Estado Social e Democrático de Direito exige uma maior atenção para os direitos fundamentais, recebendo tamanha importância que a sua proteção se expande cada vez mais, de modo a assegurar não só restrições ao Estado, como também imposições (sejam elas de natureza prestacional ou regulatória). Além disso, aqueles direitos passam a exercer seus efeitos sobre as relações privadas, não mais se limitando às relações entre o indivíduo e o Estado. Na Constituição de 1988, o Brasil abre sua Carta Magna com o título “dos princípios fundamentais”, seguido de outro denominado “dos direitos e garantias fundamentais”, o que, simbolicamente, demonstra uma abissal diferença para as demais Constituições brasileiras, que praticamente tratavam, em um primeiro momento, da organização do Estado (LEAL e GORCZEVSKI, 2007). Portanto, o extenso catálogo de direitos fundamentais, introduzido em nosso principal documento jurídico e político, é reflexo de uma nova ordem constitucional, resultante do processo de redemocratização de um Estado que passou por severas restrições desses direitos em razão do período ditatorial.

Essa nova estruturação da Constituição demonstra a relevância que os direitos fundamentais passam a exercer na organização do Estado. Somando-se a isso, a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, que, por incorporarem ao texto jurídico princípios que traduzem valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela sociedade, resultam em parâmetros de legitimidade (não apenas formal, mas também material) para toda a ordem jurídica estatal. Neste contexto, os direitos fundamentais (bem como os direitos humanos) deixam de ser vistos apenas em sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, para serem concebidos como elementos da ordem jurídica objetiva, compondo um sistema axiológico cuja atuação serve como baliza para todo o ordenamento jurídico (SARLET, 2003, p. 65-66).

Diante dessas mudanças no próprio texto constitucional, é evidente que a

doutrina e a jurisprudência tenham evoluído de modo a estabelecer uma maior proteção aos direitos fundamentais, culminando inclusive com o processo da judicialização de questões de ordem política, econômica e social (LEAL, 2012). Isso tudo em busca da eficácia imediata para os direitos fundamentais, independentemente de qual a dimensão em que se enquadrem (direitos individuais, sociais ou difusos). Nesse cenário, a doutrina alemã que trata da Teoria do Dever de Proteção não deixou de ser considerada pelos juristas brasileiros, resultando, inclusive, em citações na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme as decisões que serão pontualmente analisadas na sequência.

Como critério de seleção para a pesquisa acadêmica⁸² sobre a incorporação dessa teoria alemã sobre os julgados de mais alta Corte brasileira, realizou-se, num primeiro momento, a busca no *site* do próprio Tribunal (<<https://www.stf.jus.br>>) pelos termos alemães: *Schutzgebote*, *Überschussverbot* e *Unterschussverbot* – respectivamente, postulado de proteção, proibição de excesso e proibição de proteção deficiente⁸³. O resultado⁸⁴ dessa pesquisa mostrou três acórdãos, sete decisões monocráticas, treze decisões da presidência e um único informativo. Não foram encontradas súmulas, súmulas vinculantes, questões de ordem ou repercussão geral na pesquisa efetuada. Importante mencionar que o sistema de busca do STF identifica em sua base de dados apenas decisões selecionadas pelo *site* no caso das decisões monocráticas e da presidência. Isso implica em reconhecer que podem existir mais julgados⁸⁵ que apresentam em seu corpo as

⁸² Para uma melhor compreensão da pesquisa realizada, encontra-se no final deste trabalho um apêndice com um breve resumo de cada decisão encontrada. Outrossim, impende referir que a pesquisa foi atualizada uma última vez no dia 09 de dezembro de 2015.

⁸³ A pesquisa realizada foi exclusivamente dos termos em alemão, em razão de que se busca a referência direta à teoria alemã, enquanto que uma procura pelos termos em português apresentou inúmeros casos que não tinham relação com a referida teoria.

⁸⁴ Foram encontrados os seguintes acórdãos: RE n. 418.376, julgado em 09/02/2006; HC n. 102.087, julgado em 28/02/2012; e HC n. 104.410, julgado em 06/03/2012. Além deles, verificou-se as seguintes decisões monocráticas: ARE n. 680.868, julgado em 24/08/2012; ARE n. 686.182, julgado em 22/10/2012; ADI n. 4.650, julgado em 26/03/2013; HC n. 94.265, julgado em 24/05/2013; ARE n. 760.463, julgado em 25/07/2013; RHC n. 121.222, julgado em 11/06/2014; e RHC n. 123.553, julgado em 11/09/2014. Quanto às decisões da presidência, constatou-se: SL n. 235, julgado em 08/07/2008; STA n. 241, julgado em 10/10/2008; SL n. 263, julgado em 14/10/2008; SL n. 228, julgado em 14/10/2008; STA n. 238, julgado em 21/10/2008; STA n. 245, julgado em 22/10/2008; STA n. 277, julgado em 01/12/2008; STA n. 198, julgado em 22/12/2008; STA n. 318, julgado em 20/04/2009; SS n. 3.751, julgado em 20/04/2009; SS n. 3.690, julgado em 20/04/2009; SS n. 3.741, julgado em 27/05/2009; e STA n. 419, julgado em 06/04/2010. Por fim, importante mencionar a aparição no informativo n. 657 de março de 2012.

⁸⁵ Exemplo disso é o caso do Recurso Extraordinário n. 349.703/RS, julgado em 2008, no qual se analisou a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF, julgada em 2011, que reconheceu a possibilidade da união entre pessoas do mesmo

expressões citadas e que não foram objeto de apreciação da presente pesquisa ou, ainda, decisões em que possa ser percebido, implicitamente, o uso da teoria, embora não nominado expressamente.

Diante do método utilizado, a decisão mais antiga encontrada que refere expressamente às expressões da Teoria do Dever de Proteção alemã ocorreu num processo de natureza criminal, quando a Corte julgou o Recurso Extraordinário n. 418.376, em 09 de fevereiro de 2006. Este tratava de um caso onde o juízo de primeiro grau de jurisdição absolveu o réu da prática de estupro, por constatar a união estável entre o ofensor e a vítima, fundamentando seu veredicto no art. 107, inciso VII, do Código Penal⁸⁶, norma vigente na época dos fatos. A vítima sofria abusos sexuais desde os seus nove anos de idade, portanto incapaz de se autodeterminar e de expressar sua vontade de forma livre e autônoma. Diante disso, em sede recursal, o segundo grau de jurisdição reformou a decisão, posteriormente mantida no Supremo Tribunal Federal, também favorável à condenação.

Impende chamar a atenção, no presente caso, para o fato de o voto vencedor aduzir o dever de proteção para justificar o motivo pelo qual não seria aceitável absolver o réu com fundamento no lapso temporal entre a criação da tipificação da conduta (considerando que o Código Penal é de 1940) e a data dos fatos, diante das mudanças sociais (iniciação da vida sexual cada vez mais cedo e excessivo apelo sexual da sociedade ocidental). Veja-se que o voto vencido cita, inclusive, a defesa da criança nascida dessa relação abusiva para afastar a punibilidade.

Contudo, as normas protetivas à criança e ao adolescente, além do compromisso constitucional do Estado de colocá-las a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (consoante art. 227 da Constituição⁸⁷), implicam no reconhecimento de um dever imposto pela Lei Fundamental ao Estado de proteção contra violações de terceiros. A decisão

sexo como entidade familiar – decisões que não apareceram com o filtro realizado na pesquisa no *site* da Suprema Corte.

⁸⁶ “Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: [...] VII – pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código; (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)” (BRASIL, Código Penal, 1940).

⁸⁷ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

chamou atenção para a permanente coação psicológica e moral à criança (vítima), que estava sob a tutela do marido de sua tia desde os oito anos de idade, de quem engravidou aos doze anos. Assim, tal fato não poderia configurar união estável por se tratar de uma jovem sem idade suficiente para compreender de forma livre e consciente a relação de convivência e afetividade que exige uma relação entre homem e mulher, cabendo ao Estado proteger a vítima, ainda que neste caso seja tardia sua intervenção, diante da consumação do ato ilícito.

Ressalta-se ainda, no caso, o reconhecimento de que a absolvição causaria uma espécie de blindagem, por meio de norma penal benéfica, à situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade. Tal situação configuraria hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado (num plano geral) e do Judiciário (de forma mais específica). Essa análise da proporcionalidade no caso concreto contou com a fundamentação de trabalhos de Lênio Streck (2004) e de Ingo Sarlet (2005), que, antes dessa decisão, já haviam escrito sobre o tema.

Este último inclusive referiu:

Com efeito, para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes – pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais [...].

Por outro lado, o Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões constitucionais. É neste sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*). (Grifado no original) (SARLET, 2005, p. 131-132).

Após essa decisão, seguiram-se diversas demandas que aplicaram a mesma teoria, de forma sempre muito semelhante. Pode-se citar os três *habeas corpus* (HC 102.087, HC 104.410 e HC 94.265), bem como o ARE 760.463 e RHC

123.553, que julgaram a tipificação do porte ilegal de arma de fogo, ainda que desmuniada, compreendendo pela criminalização da conduta em razão do perigo abstrato, recaído sobre o Estado o dever de proteger as pessoas contra terceiros. Concluiu-se que não seria necessário lesão ou perigo de lesão (de forma concreta) para caracterizar o delito, pois sob o critério da proporcionalidade resta inequívoco o interesse público e social, diante presunção absoluta do legislador da periculosidade da conduta, ao bem jurídico que visa proteger, sendo suficiente a constatação do perigo em abstrato para sua criminalização.

Na fundamentação de seu voto (BRASIL, HC 102.087, 2012), o Ministro Gilmar Mendes esclareceu que a reserva de lei penal configura-se como reserva legal proporcional, sendo a proibição de excesso o limite máximo e a proibição de proteção deficiente o limite mínimo da intervenção legislativa penal. Isso permite a abertura de um controle de constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal. Ou seja, ainda que a atuação do legislador se caracterize pela margem de discricionariedade de avaliação, valoração e conformação, para as medidas eficazes e suficientes de proteção dos bens jurídicos tutelados pela Constituição, é importante ressaltar que sua margem de atuação está limitada pelo princípio da proporcionalidade, o que permite a fiscalização judicial de sua atividade legiferante. O Tribunal possui a incumbência de examinar se o legislador examinou de forma suficiente os fatos e prognoses, assim como se sua margem de ação está adequada para a proteção que requer o texto constitucional.

Com relação à “margem de apreciação do legislador”, a jurista chilena Rojas (2013, p. 61) salienta que:

Las decisiones políticas se encuentran en el área de la potestad más discrecional del margen de apreciación del legislador. En cambio, las regulaciones a los derechos se encuentran en el ámbito de potestad más reglada, en tanto no puede a pretexto de su regulación afectar la esencia de un derecho.

Este es el sentido del margen de apreciación del legislador, no tiene todas las veces las características de una potestad absolutamente discrecional o absolutamente reglada. Por ende, la intensidad de la libertad de configuración del legislador se identifica en algunos casos con el concepto de densidad normativa. En materias de competencia esto es así, porque la Constitución establece normas con mayor o menor densidad normativa, que habilitan al legislador en el cumplimiento de su función a gozar de mayor o menor libertad de configuración. En consecuencia, tendrá efectos en el control judicial de la ley.

Debemos precisar que la Constitución como institución jurídico-política tendrá esferas en las que se confiera mayor poder político al Parlamento y otras en que establezca alguna potestad jurídica normativa. Por una parte,

una norma es expresión de poder político. Por otra, es expresión de un mandato jurídico. Este matiz afecta el contenido de las normas porque permite la existencia de márgenes de apreciación diferentes al tenor de ésta y de la función de lo político y lo jurídico.

Portanto, uma norma constituicional que busca proteger os direitos fundamentais, diante de sua abstratividade, pode possibilitar uma ampla margem para o legislador e para o governante aplicá-la. Todavia, isso não afasta o dever desses de garantir que essa seja eficaz, pois o direito por ela assegurado exige a ação do Estado para sua concretização.

El margen de apreciación del legislador, contiene en sí mismo el desafío de respetar y proteger los derechos fundamentales. En este sentido, no existe margen de apreciación para la violación de un derecho. Puede existir un margen para la regulación de un derecho, porque el margen de apreciación del legislador supone la existencia de varias soluciones posibles válidas dentro de un Estado de Derecho. Pero los derechos no son fruto de la expresión convencional de la política, sino de la esencia de la persona. Y en este sentido, siempre se tornan indisponibles a la discrecionalidad legislativa. (ROJAS, 2013, p. 62-63).

No *habeas corpus* analisado, ao tratar da Teoria do Dever de Proteção, o Ministro apontou que o controle desempenhado na análise desse compromisso constitucional abrangeria três graus de intensidade de controle da política criminal (BRASIL, HC 102.087, 2012, p. 97):

Na famosa decisão (*Urteil*) *Mitbestimmungsgesetz*, do Primeiro Senado, de 1º de março de 1979, prolatada na audiência de 28, 29 e 30 de novembro e 1º de dezembro de 1978 – *BVerfGE* 50, 290 –, o Tribunal Constitucional alemão distinguiu os seguintes graus de intensidade do controle de constitucionalidade das leis: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). (Grifado no original).

Desse modo, o primeiro nível aprecia a margem de avaliação, valoração e conformação do legislador, sobre as medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico tutelado pelo direito. Só será possível, neste ponto da análise, declarar a inconstitucionalidade quando a medida adotada for visivelmente inidônea para uma efetiva proteção, o que significa dizer que o Poder Público não adotou qualquer medida preventiva de proteção ou que a regulação e/ou a ação adotada for totalmente inadequada ou completamente insuficiente para a finalidade a que se propõe. Evidencia-se, assim, uma ampla margem de conformação ao legislador.

O segundo nível de proteção abrange a apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento que estavam dispostas no momento da promulgação da lei, ou seja, se o legislador se inteirou de forma correta e suficiente das situações fáticas para avaliar seu dever de atuação quando da promulgação da lei. Isso implica em considerar o levantamento e as diligências realizadas pelo mesmo para, com esse prognóstico, compreender as consequências da aplicação da norma a ser criada ou da medida a ser adotada, observando um agir sustentável.

Exemplificando o caso, Gilmar Mendes (BRASIL, HC 102.087, 2012, p. 102) cita o caso da penalização *versus* a liberação do consumo de *cannabis*, analisado pelo *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGE 90, 145). Este considerou que a criminalização adotada pelo legislador não seria excesso de proteção, considerando a ausência de dados mais detalhados sobre periculosidade social do consumo. Essa incerteza tanto no plano científico como no plano político-social não permite ao julgador reprová-la a avaliação realizada pelo legislador, devendo ser tolerada constitucionalmente a política adotada (criminalização), pois este entendeu que dessa forma se afastaria um maior número de consumidores em potencial.

Já o último nível, que abrange o controle de intensidade, trata da análise mais rígida do Tribunal, considerando o alcance das medidas adotadas e como afetam os bens jurídicos, se tratando, assim, de uma análise da proporcionalidade em sentido estrito. Neste momento, examina-se a necessidade da medida interventiva em dado bem jurídico e a proteção de bens igualmente relevantes, adentrando-se no exame da ponderação de bens e valores, possibilitando inclusive um controle material.

Após as decisões referidas acima, envolvendo a tipificação do porte ilegal de arma de fogo, caso análogo ocorreu com o ARE 680.868, onde se manteve a condenação por disparo de arma de fogo dentro da Cia. de Polícia Militar, portanto em local habitado (ato tipificado no art. 15 da Lei n. 10.826/2003), mesmo se tratando de tipo penal aberto. Na análise do julgador, afastou-se o entendimento de que a presunção de perigo (devido ao fato do réu ter efetuado o disparo em direção a local ermo) atentaria contra o princípio da ofensividade, bem como reforçou-se o entendimento dos julgados acima referidos quanto ao perigo abstrato, suficiente para exigir uma proteção do Estado diante do direito à integridade das demais pessoas.

Já o RHC 121.222 trata de recurso contra decisão do STJ que concedeu a

ordem de *habeas corpus* a condenado por tráfico de drogas (de grande proporção), reduzindo o regime de sua condenação de fechado para semi-aberto. Ainda que sua pena tenha sido reduzida para pouco mais de três anos de reclusão no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (o que lhe garantiria o regime aberto), em razão da sua culpabilidade e com a finalidade de prevenção e reprovação do delito, entendeu o STF haver circunstâncias judiciais que justificaram a exasperação da pena-base, suficientes para a recusa do regime mais benéfico. Assim, citou o dever de proteção para justificar o exercício da fiscalização, por parte da jurisdição constitucional, para estabelecer os limites da margem de atuação do legislador para garantir a proteção da norma constitucional. Sustentou-se, desse modo, que o regime aberto ou a substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direito representariam medidas insuficientes de proteção judicial, diante das circunstâncias e das consequências sociais peculiares do caso concreto. A seguir, segue o entendimento do STF sobre a aplicação do dever de proteção (BRASIL, RHC 121.222, 2014):

[...] esta Corte deve consagrar o princípio da lesividade, intrinsecamente conectado com o princípio da proporcionalidade, como limite não apenas à atividade judicial de interpretação/aplicação das normas penais, mas também à própria atividade legislativa de criação/conformação dos tipos legais incriminadores, o que estaria a possibilitar o exercício da fiscalização, por parte da jurisdição constitucional, da constitucionalidade das leis em matéria penal. A ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para decidir quais medidas devem ser adotadas para proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. É certo, por outro lado, que a atuação do legislador sempre estará limitada pelo princípio da proporcionalidade. Assim, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (*Canaris*) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado caso não proteja o direito fundamental de maneira suficiente ao atingimento de sua finalidade; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção. O princípio da proporcionalidade deve ser observado, em especial na tipificação penal, antes pelo próprio legislador, do que pelo Judiciário, ao conhecer de casos concretos.

Veja-se que essas decisões demonstram a preocupação com a violação de direitos fundamentais de terceiros, o que exige uma atuação positiva do Estado a ponto de relativizar, por meio da ponderação, alguns direitos fundamentais para

assegurar outros. Além desses casos de natureza penal, outros casos aportaram na pesquisa. O ARE 686.182, por exemplo, analisava a razoabilidade e a dupla face do princípio da proporcionalidade (momento em que a teoria estudada foi mencionada) para assegurar a vaga a candidato (com trinta e três anos de idade) ao concurso público da Polícia Militar de Minas Gerais, uma vez que o edital restringia a vaga para pessoas com no máximo trinta anos.

Com relação à ADI 4.650, as expressões alemãs são referidas em um despacho que designou audiência pública para a instrução da ação do controle concentrado que discutia a possibilidade de doações financeiras por pessoas naturais e jurídicas às campanhas eleitorais e partidos políticos. O objeto da ação era a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei das Eleições (n. 9.504/97) e a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (n. 9.096/95). Entre os fundamentos do pedido, estava a afronta a princípios constitucionais como isonomia, democrático, republicano e da proporcionalidade, sendo que neste último ponto era sustentada a vedação à proteção insuficiente, pois o financiamento eleitoral e a partidos políticos potencializaria os vícios da dinâmica do processo eleitoral, que gera uma dependência da política ao poder econômico. Recentemente, em setembro de 2015, a ação foi julgada procedente em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, aplicando-se o entendimento já para as eleições de 2016.

Não obstante isso, as construções mais interessantes em relação aos institutos aqui estudados podem ser verificadas da análise das decisões da presidência. Essas refletem o quadro da judicialização de questões políticas com maior clareza do que os casos anteriores, principalmente no que tange às políticas públicas estabelecidas pelo Estado, evidenciando a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Na fundamentação, aparecem questões como a reserva do possível, mínimo existencial, efetividade dos direitos fundamentais (especialmente os sociais), além, é claro, do dever de proteção do Estado brasileiro.

A primeira delas (SL 235) se refere ao agravo regimental interposto diante de decisão que deferiu liminar em ação civil pública, que determinava ao ente federado estadual que implantasse, na cidade de Araguaína/TO, no prazo de 12 meses, uma unidade especializada para cumprimento das medidas sócio-educativas de internação e semiliberdade aplicadas a adolescentes infratores. Analisaram-se pontos como o princípio da separação dos Poderes (capacidade do Estado de

Tocantins de definir discricionariamente a formulação de políticas públicas voltadas aos adolescentes infratores) e a proteção dos seus direitos.

O pedido de suspensão de liminar contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins é baseado em argumentos de lesão à ordem e economia públicas do Estado do Tocantins. Enfatiza o requerente que a liminar deferida, para construção de unidade especializada em prazo determinado, importaria em ato de interferência do Poder Judiciário no âmbito de atuação do Poder Executivo, em afronta ao princípio da independência dos Poderes [...]. Ademais, o requerente alega lesão à economia pública estadual, por ausência de previsão orçamentária, exigüidade de prazo para efetivação das medidas, ofensa ao princípio da reserva do possível e vedação legal e constitucional expressas de ordenação de despesas sem autorização legal. [...] destaca-se a determinação constitucional de absoluta prioridade na concretização desses comandos normativos, em razão da alta significação de proteção aos direitos da criança e do adolescente. Tem relevância, na espécie, a dimensão objetiva do direito fundamental à proteção da criança e do adolescente. [...] a efetividade desse direito fundamental à proteção da criança e do adolescente não prescinde da ação estatal positiva no sentido da criação de certas condições fáticas, sempre dependentes dos recursos financeiros de que dispõe o Estado, e de sistemas de órgãos e procedimentos voltados a essa finalidade. De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de um espaço amplo de discricionariedade estatal, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico. [...] A alegação de violação à separação dos Poderes não justifica a inércia do Poder Executivo estadual do Tocantins, em cumprir seu dever constitucional de garantia dos direitos da criança e do adolescente, com a absoluta prioridade reclamada no texto constitucional (art. 227). (BRASIL, SL 235, 2008).

Afirmou-se que o Estado está obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo desses direitos, pois o Estado não estaria restrito a observar a proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), mas também o seu dever de proteção (*Schutzgebote*). Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o Estado está limitado tanto pela proibição de excesso (*Übermassverbot*), como também pela proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Assim, posicionou-se pela possibilidade jurídica da determinação judicial, através da decisão liminar, de obrigar o Poder Executivo a concretizar a política pública (construção de uma unidade especializada para abrigar os infratores).

Por sua vez, o pedido de suspensão de tutela antecipada (STA 241), formulado pelo Estado do Rio de Janeiro, trata da inconformidade deste no pleito onde foi deferida, em caráter antecipatório, a determinação para que o mesmo preenchesse o quadro de professores da rede estadual de ensino do Município de

Queimados. Tal medida visava suprir a carência apresentada pelo Município, ante o número insuficiente de professores lotados nas escolas da rede estadual.

Diante disso, o STF reforçou a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a absoluta prioridade na concretização dos mesmos, reconhecendo a importância da proteção desses direitos. Cabe ressaltar ainda que novamente se trata de um caso onde foi reconhecida a proteção insuficiente pela política pública adotada até então, bem como a citação do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1992) e a Declaração Mundial sobre Educação para Todos (1990), nos quais consta o compromisso assumido pelos Estados signatários em assegurar o exercício do direito à educação.

Outro caso de suspensão de liminar – SL 263 –, novamente interposto por ente federado, manteve a liminar em ação civil pública determinando que o Estado do Rio de Janeiro reestabelecesse o pleno funcionamento das escolas da rede estadual no Município de São João de Meriti, diante do número insuficiente de professores. A fundamentação da decisão foi muito similar ao caso STA 241, pois ambas as ações tratam do mesmo proplema enfrentado naquela época pela rede estadual de ensino do Rio de Janeiro, diferenciando-se apenas em razão do Município afetado pela insuficiência da política pública estadual.

Já a SL 228 manteve liminar na ação civil pública que determinava ao Município de Sobral, ao Estado do Ceará e à União a transferência de todos os pacientes necessitados de atendimento intensivo para hospitais públicos ou particulares que possuíssem Unidades de Tratamento Intensivo, além de exigir ações tendentes à instalação e funcionamento de dez leitos de UTIs adultas, dez leitos de UTIs neonatais e dez leitos de UTIs pediátricas. A ação civil pública buscava garantir à população que compõe a Macro-Região Administrativa do SUS de Sobral (composta por sessenta e um Municípios) acesso aos serviços médicos de urgência quando as condições de grave risco exigem tratamento intensivo.

A decisão merece especial atenção, pois demonstrou o direito constitucional à saúde como um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, assegurado à generalidade das pessoas, o que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Ou seja, a norma que prevê o direito fundamental não é uma mera promessa constitucional inconsequente, pois impõe aos entes federados um dever de prestação positiva, assegurando o direito mediante políticas sociais e econômicas. Porém, impende ressaltar que não se trata de um direito

absoluto. Nesse sentido, a Corte esclareceu que os direitos fundamentais não exigem apenas um comando de proibição de intervenção como também contêm o postulado de proteção, que se subdivide na proibição de excesso e de proibição de proteção deficiente.

Essa dimensão objetiva afeta também a organização e o procedimento da concretização desses direitos, uma vez que dependentes, na sua realização, de providências estatais para sua efetivação. Nesse sentido, citou-se a ADPF 45 para acentuar o encargo estatal de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, respeitando o binômio razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira. Abordou-se, igualmente, o tema da reserva do possível, diante da escassez de recursos e da necessidade de se fazer escolhas alocativas, mas se ressaltou que não só a dimensão social dos direitos fundamentais gera custos para o orçamento, concordando com Cass Sunstein e Stephen Holmes (1999), defensores de que levar a sério os direitos significa considerar com a mesma seriedade a escassez de recursos.

Não obstante isso, restou reconhecido que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal, no que tange à construção satisfatória das políticas públicas que garantem a efetivação dos direitos fundamentais, não viola o princípio da separação dos Poderes, nem o princípio da reserva do possível. Mas ressalva que a efetivação de prestações de saúde deve ser resolvida a partir da análise do contexto constitucional e suas particularidades, sendo necessária a ponderação na análise do caso, pois as circunstâncias específicas são determinantes para a solução da controvérsia.

Diferente dos últimos quatro casos abordados, que iniciaram a demanda por meio de ação civil pública, a STA 238 trata da manutenção de tutela antecipada contra o Estado de Tocantins e o Município de Palmas em ação indenizatória individual, na qual se deferiu a prestação de tratamento odontológico com anestesia geral para portador de distúrbios mentais. O STF reiterou o seu entendimento, apontando para o caráter subjetivo do direito constitucional à saúde, possibilitando a busca de prestações positivas do Estado via judicial.

A decisão reiterou a constatação da Suprema Corte de que o problema na concretização dos direitos sociais fundamentais não é a inexistência de políticas públicas, mas de execução (administrativa) pelos entes federados, o que afasta o argumento da interferência do Judiciário nos demais Poderes como uma violação ao

princípio da separação de Poderes. Nesse sentido, a decisão demonstrou que não só há previsão de implantação de Centros de Especialidades Odontológicas (CEO) e laboratórios Regionais de Próteses Dentárias (LRPD), como a Lei n. 10.216/2001 garante o direito de acesso da pessoa portadora de transtornos mentais ao tratamento adequado às suas necessidades.

Dentre os julgados analisados, encontram-se, ainda, algumas decisões referentes à demandas individuais por fármacos. No primeiro caso, STA 245, foi mantida a antecipação de tutela contra o Município de Pelotas, concedendo o fornecimento do medicamento denominado MABTHERA 500mg (*Rituximabe*). O orçamento do tratamento completo (oito doses) superava R\$100.000,00 (cem mil reais). O segundo, STA 277, manteve a antecipação de tutela para que o Estado de Alagoas arcasse com os custos do tratamento de esclerose múltipla para o demandante. Constatou-se a necessidade do tratamento por no mínimo um ano, sendo o custo orçado em R\$115.010,28 (cento e quinze mil, dez reais com vinte e oito centavos).

O terceiro julgamento, STA 198, tratava de pedido de suspensão de antecipação de tutela recursal, por parte do Estado de Minas Gerais, após decisão que determinou a concessão de ELAPRASE (*Idursulfase*) a menor de idade portador da Síndrome de Hunter, requerendo a inclusão do fármaco na lista de medicamentos excepcionais fornecidos pelo Estado. Neste caso, restou evidenciada a necessidade de receber o remédio, pois o tratamento pleiteado era o único específico para o seu caso, ainda que apenas proporcionasse algum conforto em sua capacidade de locomoção, não sendo suficiente para a cura ou para afastar o perigo de morte. O impacto financeiro do tratamento era estimado em torno de R\$1.316.510,00 (um milhão, trezentos e dezesseis mil, quinhentos e dez reais) aos cofres públicos. Por fim, o quarto caso analisado sobre medicamentos abordou o pedido de suspensão de segurança formulado pelo Município de Tatuí – SS 3.751 –, mantendo-se a determinação para o fornecimento dos medicamentos *Roxetim-20mg*, *Clonotril-2mg*, *Depakot-500mg*, *Lamitor-100mg* e *Akineton-2mg* a demandante com problemas psiquiátricos. O orçamento mensal desses fármacos alcançava, na época, R\$522,62 (quinhentos e vinte e dois reais com sessenta e dois centavos).

Em todas essas decisões, o julgador utilizou, em sua sustentação, o fundamento do dever de proteção, sempre buscando justificar a responsabilidade do

Estado (entenda-se, aqui, Municípios, Estados federados e a própria União) na garantia do direito à saúde de forma minimamente suficiente. Assim, observando as peculiaridades de cada demandante, nos casos citados, o STF manteve o fornecimento dos medicamentos e dos tratamentos requeridos, ainda que não fossem suficientes para curar os autores, pois a essência desse dever do Estado abrange a garantia de condições mínimas de dignidade.

A decisão da SS 3.690, por sua vez, indeferiu pedido de suspensão de segurança do Município de Fortaleza contra decisão que concedeu liminarmente o fornecimento dos medicamentos necessários para tratamento de patologias diversas que acometiam seis pessoas, representadas pelo Ministério Público, que necessitavam de insumos de suplementação alimentar. Dentre os enfermos, havia um portador de Alzheimer, com 78 (setenta e oito) anos de idade; uma jovem de 21 (vinte e um) anos, portadora de câncer de pâncreas em estado avançado; um senhor de 68 (sessenta e oito) anos, portador de carcinoma hepatocelular metastático para glândulas supra-renais bilaterais; outra senhora de 86 (oitenta e seis) anos, portadora de Alzheimer; outro demandante de 79 (setenta e nove) anos, portador de câncer de próstata e DPOC; além de um bebê, de 2 (dois) anos de idade, que sofria de intolerância à lactose.

Semelhante ao caso anterior, a SS 3.741 também indeferiu pedido de suspensão de segurança do Município de Fortaleza contra decisão que concedeu liminar para o fornecimento dos medicamentos necessários para tratamento de patologias diversas que acometiam cinco pessoas, que necessitavam fármacos de alto custo. Novamente o Ministério Público agiu para garantir o direito a uma senhora com 78 (setenta e oito) anos, portadora de Diabete Mellitus; um senhor de 53 (cinquenta e três) anos, que havia se submetido a procedimento cirúrgico para ressecção de tumor espino celular em hipofaringe; outro enfermo com 30 (trinta) anos, portador de transtorno depressivo; uma criança de 10 (dez) anos, portadora de paralisia cerebral, asma resistente, otite de repetição e refluxo gástrico esofágico; bem como a um adolescente, de 14 (quatorze) anos, portador de Dermatite Crônica.

No decorrer da pesquisa, outro caso que merece atenção é o pedido de suspensão de tutela antecipada (STA 318) realizado pelo Estado do Rio Grande do Sul. Nesse julgado, o Supremo Tribunal Federal manteve a tutela antecipada deferida na ação civil pública que demandava o transporte escolar para os alunos da rede estadual, menores de dezoito anos, que residissem a mais de 3km (três

quilômetros) de distância da escola, diante da ausência de convênio com o Município. Assim, prevaleceu o reconhecimento do dever de proteção do direito de acesso à educação de 627 (seissentos e vinte e sete) alunos de ensino médio, que cursavam, na época, o ensino noturno e necessitavam (por sua condição financeira precária) do transporte para comparecerem às aulas. Novamente, ressaltou-se a relevância da dimensão objetiva do direito fundamental à educação e à proteção da criança e do adolescente, determinação constitucional que exige não apenas um comando de proibição de intervenção como também contém o postulado de proteção, que se subdivide na proibição de excesso e de proibição de proteção deficiente.

Essa dimensão objetiva garante a efetividade do direito ao ensino, não prescindindo de ação estatal positiva, pois do contrário restaria restringido o direito fundamental pelo amplo espaço de discricionariedade estatal, o que configuraria hipótese de proteção deficiente por parte do Estado, num plano geral, e do Judiciário, num plano mais específico. Reforçou-se que a matéria encontra-se prevista também no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto 591/1992), que estabelece o compromisso dos Estados signatários de assegurar o pleno exercício à educação, além da Declaração Mundial sobre Educação para Todos (1990) que determina a elaboração de Plano Nacional de Educação, prevendo o dever estatal de garantir o referido direito, criando condições objetivas que possibilitem de maneira concreta a efetiva proteção do mesmo.

O último caso abordado – STA 419 – trata de um pedido de suspensão de tutela antecipada em ação civil pública que pleiteia a realocação dos presos mantidos em delegacias de Ceará-Mirim, para a garantia da segurança pública em relação à dignidade dos encarcerados, bem como para viabilizar a investigação da Polícia Civil que apresentava seu efetivo comprometido com a custódia dos presos. Dessa forma, o julgado apontou que o Estado está obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos fundamentais, como decorrência de seu dever de proteção (*Schutzgebote*). A decisão reconheceu a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal, no que tange à construção satisfatória das políticas públicas que garantem a efetivação dos direitos fundamentais, sem que tal ação configure a violação do princípio da separação dos Poderes, nem o princípio da reserva do possível.

Manteve-se assim a suspensão parcial da antecipação de tutela deferida na segunda instância, exigindo-se da Administração Pública um plano para construção de novas unidades ou de alocação dos presos, conforme disponibilidade das vagas, não comprometendo assim o orçamento público, devendo constar o modelo para evitar tal prejuízo. Além disso, foi mantida a determinação da disponibilização, na internet, de informações que apontem para onde devem ser encaminhados os novos presos, assim como que a COAPE/SEJUC apresentasse o plano dentro de noventa dias.

A pesquisa ainda contou com o Informativo 657, que analisou a Lei Maria da Penha e a política pública que combate a violência doméstica, especialmente quanto ao tratamento diferenciado concedido à proteção da mulher e ao princípio da igualdade. Ressaltou-se que a impunidade dos agressores resultava em um descaso aos mais básicos direitos das mulheres, submetendo-as a todo tipo de maus-tratos, considerando sua condição de vulnerabilidade diante dos seus agressores, o que caracterizava afronta ao princípio da proteção deficiente (*Untermassverbot*). Para resolver o problema, políticas governamentais traduzidas em normas constitucionais e infraconstitucionais de conteúdo proibitivo ou inibitório de discriminação são exigidos para combater essa violência doméstica, bem como normas que em vez de limitar a proibir o tratamento discriminatório, também combatem, por meio de promoção, afirmação ou restauração, com a finalidade de institucionalizar na sociedade o sentimento e a compreensão da igualdade entre gêneros. Assim, reconheceu a Corte que as ações afirmativas (dentre elas a Lei Maria da Penha) cumprem com esse papel, abrangendo também medidas de caráter criminal, com uma abordagem pós-positivista que infere dos direitos fundamentais um dever de proteção (*Schutzpflicht*) imposto ao Estado.

Constata-se que a Lei Maria da Penha é fruto da Convenção de Belém do Pará, sendo que o Brasil se comprometeu na referida oportunidade a adotar instrumentos para punir os agressores e erradicar a violência contra a mulher. Houveram outros compromissos internacionais, firmados pelo Brasil, em que esse assumiu a obrigação de promover a proteção às mulheres, sendo possível citar dentre eles a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), o Plano de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher (1995) e o Protocolo Facultativo à I Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

Diante desses compromissos legalmente assumidos, justificou-se o tratamento desigual (no sentido formal da igualdade) entre homens e mulheres estabelecido pelo preceito do art. 41 da Lei n. 11.343/06, afastando-se todas as disposições da Lei n. 9.099/95 do âmbito dos crimes praticados contra a mulher na esfera doméstica e familiar, justamente para promover a igualdade material. Desse modo, ao ofensor afastou-se a possibilidade de se utilizar dos institutos da suspensão condicional do processo, da transação penal e da composição civil dos danos. Outrossim, restou consolidado que os delitos de lesão corporal leve e culposa domésticos contra a mulher independem de representação da ofendida, processando-se mediante ação penal pública incondicionada.

Após essa análise pontual da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, observa-se que já há quase uma década de absorção da Teoria do Dever de Proteção por parte do STF. Contudo, ainda que bem desenvolvida e compreendida pelos ilustres julgadores, não é possível perceber uma constante evolução desse critério utilizado para o controle em políticas públicas, uma vez que foi amplamente desenvolvido já nos primeiros julgados, passando a ser apenas referido como legitimador das decisões posteriormente proferidas, sem maiores aprofundamentos teóricos nos casos mais recentes, tal como ocorreu nos primeiros casos mencionados.

Impende destacar, também, a presença de citações de documentos jurídicos do Direito Internacional – como declarações, convenções e protocolos – para caracterizar o dever de proteção aos direitos humanos e fundamentais assumido pelo Estado frente aos demais. Contudo, verifica-se, dos julgados, que os referidos documentos são apenas citados como reforço para o entendimento proferido nos votos, sem maiores debates sobre o alcance da eficácia normativa desses dispositivos, quando comparado com o desenvolvimento desse tema no âmbito das normas do ordenamento jurídico interno.

Por fim, cabe referir que o controle desempenhado pelas decisões encontradas no *site* do Supremo Tribunal Federal envolveram as respectivas políticas públicas analisadas, ainda que em sua grande maioria de forma focalizada no caso concreto. Assim, verificaram-se determinações como o dever de implantar unidade especializada para cumprimento das medidas sócio-educativas de internação e semiliberdade aplicadas a adolescentes infratores, a transferência de pacientes necessitados de atendimento intensivo para hospitais que possuíssem

UTIs, além de se exigirem ações tendentes à sua instalação e funcionamento. Outros exemplos desse o impacto em políticas públicas por meio de ações judiciais foram abordados das decisões que determinaram o preenchimento do quadro de professores da rede estadual, concessões de medicamentos (tanto em ações individuais como coletivas), transporte escolar para os alunos da rede estadual e a exigência à Administração Pública de um plano para construção de novas unidades ou de alocação para presos.

Concluída, portanto, a análise da pesquisa no cenário nacional, diante da exposição da compreensão do Supremo Tribunal Federal sobre a Teoria do Dever de Proteção e a sua aplicação como critério para apreciação da responsabilidade estatal com a garantia dos direitos fundamentais, passa-se, no próximo subcapítulo, à análise das condenações brasileiras no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a sua atuação na proteção desses direitos.

4.2 A atuação da Corte Interamericana nas condenações brasileiras e a noção de dever de proteção como fundamento para suas decisões

Embora o Pacto de São José da Costa Rica tenha sido celebrado em 1969, só passou a ter vigência em 18 de julho de 1978, com o depósito do décimo primeiro instrumento de ratificação por um Estado Membro. Contudo, a Corte só conheceu os seus primeiros juízes eleitos em 1979. Desde então, julgou inúmeros casos, sendo que é possível contabilizar cinco sentenças em que o Brasil foi acusado de violar direitos humanos previstos no Sistema Interamericano.

Outro marco relevante para a análise do tema abordado neste trabalho é a data do consentimento do Estado brasileiro para o reconhecimento da competência contenciosa da Corte Interamericana (Decreto 4.463, de 10 de dezembro de 1998). Cabe referir que essa questão preliminar é fundamental, pois se trata de cláusula facultativa que vincula os Estados inteiramente à Convenção Americana, manifestando sua concordância em participar do processo, seja ativa ou passivamente, abarcando, inclusive, a prerrogativa de demandar contra países que supostamente desrespeitem os direitos previstos no tratado ou, ainda, de ser demandado (ÁVILA e CURY, 2009, p. 223).

Antes de discorrer sobre a noção do dever de proteção da Corte, entende-se necessária, contudo, a descrição dos cinco casos envolvendo o país, normalmente

não tão conhecidos como os julgamentos emblemáticos do Supremo Tribunal Federal. Tal esforço se justifica em razão de que, como aplicadores do controle de convencionalidade no âmbito interno – os juízes e tribunais nacionais – assim como os demais operadores do direito, precisam estar minimamente capacitados para a compreensão do *corpus iuris interamericano* e da jurisprudência da Corte, consoante esclarece Alcalá (2012, p. 10):

El desarrollo de este control de convencionalidad interno exige un esfuerzo de capacitación en el corpus iuris interamericano y un adecuado conocimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de los respectivos derechos y principios de interpretación de ellos, lo que debe ser conocido por los jueces nacionales de todos los niveles, jerarquía y materia, lo que requiere su incorporación en los planes de Estudios de las Facultades de Derechos y las escuelas judiciales.

Isso reforça a missão constitucional do julgador na proteção dos direitos humanos, pois mesmo o juiz nacional deve exercer o controle de convencionalidade em respeito aos tratados e convenções firmados pelo Estado brasileiro. Para tanto, é essencial conhecer o *corpus iuris*, bem como as interpretações a ele conferidas pela Corte. Desse modo, passa-se a uma breve síntese sobre as sentenças que envolveram o Brasil.

Analisando-se as ações brasileiras no âmbito da Corte⁸⁸, constatam-se cinco decisões, sendo quatro condenações e uma sentença favorável, elencando-se os seguintes casos: 1) Caso Ximenes Lopes *versus* Brasil (2006); 2) Caso Nogueira de Carvalho e outro *versus* Brasil (2006); 3) Caso Escher e outros *versus* Brasil (2009); 4) Caso Garibaldi *versus* Brasil (2009); e 5) Caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil (2010).

O primeiro julgamento interamericano que avaliou a violação de direitos humanos por parte do Estado brasileiro foi o caso Ximenes Lopes *versus* Brasil (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006d). Inicialmente, cabe ressaltar que a jurisprudência analisada trata de um caso onde a vítima apresentava deficiência mental, submetida a condições desumanas e degradantes em sua hospitalização na Casa de Repouso Guararapes, um centro de atendimento psiquiátrico privado que operava no âmbito do Sistema Público de Saúde (SUS), no Município de Sobral, no Estado do Ceará. Frisa-se que, em face das agressões

⁸⁸ Impende referir que a pesquisa foi atualizada uma última vez no dia 09 de dezembro de 2015.

provocadas pelos funcionários do local, Ximenes Lopes veio a falecer em 04 de outubro de 1999, três dias após sua internação.

A Corte compreendeu que as condições precárias de funcionamento da Casa de Repouso Guararapes (tanto o lugar quanto as condições de atendimento) eram distantes daquilo que se poderia considerar adequado em termos de prestação de um tratamento de saúde digno. Não obstante, a falha na investigação por parte das autoridades estatais, por não iniciar uma averiguação imediata dos fatos e não fazendo a oportuna preservação e coleta de provas, sem sequer inspecionar o local onde os fatos ocorreram ou se preocupar com a reconstrução dos mesmos, resultou na condenação brasileira.

Desse modo, o atendimento psiquiátrico fornecido evidenciou o despreparo dos profissionais de saúde para o atendimento de pacientes portadores de deficiência mental. Não obstante, a situação restou agravada por uma investigação repleta de irregularidades. Assim, esses fatos levaram ao reconhecimento, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, de que o Estado brasileiro não só foi ineficiente na prevenção desse tipo de incidente (diante do precário sistema de atendimento mental existente no país), violando o direito à vida e à integridade pessoal da vítima (artigos 4º e 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH⁸⁹), como também descumpriu com o seu dever de investigar, identificar e sancionar os responsáveis pelos atos cometidos, violando direitos consagrados como garantias judiciais, proteção judicial e a obrigação de respeitar os direitos (artigos 8º, 25 e 1º, respectivamente, da CADH⁹⁰).

⁸⁹ “Artigo 4. Direito à Vida 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. [...] Artigo 5. Direito à Integridade Pessoal 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

⁹⁰ “Artigo 1. Obrigação de Respeitar os Direitos 1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. [...] Artigo 8. Garantias Judiciais 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza [...] Artigo 25. Proteção Judicial 1. Toda pessoa tem o 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 violam seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja

Outrossim, a sentença foi enfática sobre a exigência de uma atenção especial às pessoas acometidas de deficiências mentais em virtude de sua vulnerabilidade. Bem como apontou que não houve no caso em questão indicação da existência de risco iminente ou imediato para configurar a necessidade de internação nos moldes realizados na época, além da ausência de uma decisão emitida por autoridade médica independente, o que significa dizer que a vítima tinha o direito de recusar o tratamento forçado (tanto em relação ao uso de medicação psicotrópica potencialmente perigosa e dolorosa como para a contenção física injustificada).

A Corte Interamericana considera que toda pessoa que se encontre em situação de vulnerabilidade é titular de uma proteção especial, em virtude dos deveres especiais cujo cumprimento por parte do Estado é necessário para atender às obrigações gerais de respeito e garantia dos direitos humanos. A Corte reitera que não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, mas que é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das necessidades particulares de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal, seja pela situação específica em que se encontre, como a deficiência.

[...] A vulnerabilidade intrínseca das pessoas portadoras de deficiência mental é agravada pelo alto grau de intimidade que caracteriza o tratamento das doenças psiquiátricas, que torna essas pessoas mais suscetíveis a tratamentos abusivos quando submetidas a internação. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006d, p. 28-29).

Observa-se que a sentença reconheceu que ao Estado compete uma obrigação maior do que a simples abstenção de violar direitos, dele se esperando que adote medidas positivas que busquem compensar as necessidades particulares de proteção que os sujeitos nessas condições possuem. Considerou, ainda, que a vulnerabilidade intrínseca dos portadores de deficiência mental torna-os mais suscetíveis a tratamentos abusivos quando submetidos a internação, recaindo sobre o Estado o dever de assegurar um atendimento médico eficaz a essas pessoas. Tal obrigação implica, por sua vez, em garantir “acesso a serviços de saúde básicos; à promoção da saúde mental; à prestação de serviços dessa natureza minimamente restritivos; e à prevenção das deficiências mentais” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006d, p. 52).

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.”(ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Diante disso, a CortelDH expôs que, em relação às pessoas portadoras de deficiência mental, o Estado tem a obrigação de garantir os direitos à vida e à integridade física, sendo que desses derivam deveres especiais de proteção e prevenção, os quais são concebidos para o caso em comento pelo dever de cuidar e de regular. Isso se deve à posição especial que assume o Estado na garantia desses direitos, tendo em vista as pessoas que se encontram sob sua guarda ou cuidado, possuindo a obrigação positiva de proporcionar as condições necessárias para o desenvolvimento de uma vida digna.

Outrossim, com relação aos sujeitos que se encontram realizando atendimento médico, a Corte considerou que compete ao Estado a adoção das medidas disponíveis e necessárias para impedir a deterioração da condição do paciente e de otimização de sua saúde. Já sobre o ponto do dever de regular e de fiscalizar, a Corte apontou que o Estado é responsável por fiscalizar as instituições que prestam serviço de saúde, independentemente de serem públicas ou privadas (ainda que os serviços prestados sejam exclusivamente privados). Restou, portanto, evidenciado a dimensão objetiva dos direitos, inclusive na vinculação entre os particulares e na tutela do Estado para garantir a eficácia dos direitos também no plano horizontal (entre os indivíduos), tendo em vista que o Casa de Repouso Guararapes era uma instituição privada. Nesse sentido, a sentença esclareceu

que a responsabilidade estatal também pode ser gerada por atos de particulares em princípio não atribuíveis ao Estado. As obrigações *erga omnes* que têm os Estados de respeitar e garantir as normas de proteção e de assegurar a efetividade dos direitos projetam seus efeitos para além da relação entre seus agentes e as pessoas submetidas a sua jurisdição, porquanto se manifestam na obrigação positiva do Estado de adotar as medidas necessárias para assegurar a efetiva proteção dos direitos humanos nas relações interindividuais. (Grifado no original) (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006d, p. 25).

Além desses deveres, ainda constou na fundamentação o dever de investigar, já que a garantia dos direitos humanos não se esgota na simples criação de uma ordem normativa destinada ao cumprimento dessa obrigação. Significa dizer que os julgadores entenderam, também, que a ação estatal deve garantir o exercício desse direito à investigação dos fatos narrados, compreendendo-se, nesse entendimento, o dever de iniciar, *ex officio* e sem demora, a investigação séria, imparcial e efetiva dos fatos violadores do direito.

Impende destacar, ainda, o entendimento exarado no voto do

Excelentíssimo Juiz Sergio García Ramírez, que destaca a condição de “garante” do Estado, no sentido de que assuma a função de garantir a proteção de certos bens fundamentais às pessoas sob a sua jurisdição. O julgador atenta para o fato de que (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006d, p. 04):

No Caso Ximenes Lopes, o Tribunal examina pela primeira vez a situação do doente mental internado, que se encontra sob a garantia – preservação e relativo exercício de direitos inderrogáveis – do Estado: seja direta, seja por meio da sub-rogação de um serviço, que em todo caso substitui as mãos que o prestam, mas não cancela a responsabilidade pública pela prestação eficaz e respeitosa da *lex artis* respectiva – que marca os deveres de cuidado no atendimento psiquiátrico –, da ética específica pertinente ao tratamento dos pacientes em geral e dos pacientes psiquiátricos em particular e da assunção de ônus e respostas em virtude do desempenho e dos resultados do serviço. (Grifado no original).

A decisão, portanto, não só reconhece tal dever como também impõe, em sua parte resolutiva, além da indenização aos familiares da vítima, a obrigação do Estado de desenvolver um programa de formação e de capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem, bem como para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, para que abarquem, em sua formação, princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência mental, conforme os fundamentos da sentença.

A imposição dessas medidas para proteção dos direitos dos deficientes mentais, corrigindo a política pública adotada pelo Estado, é um exemplo da noção de “sentenças estruturantes”⁹¹, que vai além da simples compensação pela violação, determinando a realização de ações práticas para o combate a futuras violações. Para Jobim (2013)⁹², é possível conceber a atuação do Judiciário como intérprete dos valores elencados na Constituição (o que no caso da Corte Interamericana equivaleria a atuação de intérprete da Convenção Americana de Direitos Humanos),

⁹¹ Ao ser referir a “sentenças estruturantes”, segue-se a noção das “medidas estruturantes” (*structural reform*) trabalhada na obra de Jobim (2013).

⁹² “A construção para que o Poder Judiciário possa intervir dessa forma nestas instituições parece ser lógica, uma vez que, conforme relata, a Constituição já estabelece a estruturação do Estado, criando seus órgãos, funções e relações, sendo que os valores já instituídos no documento constitucional necessitam de um significado para sua operacionalização. Então, se tudo está estruturado na Constituição dos Estados Unidos, devendo apenas ser preenchidos os valores que a sustentam, quem é que deverá realizar este preenchimento das lacunas existentes? Owen Fiss responde a indagação de forma cristalina ao expor que cabe aos Poderes Legislativos e Executivo tais funções, assim como às instituições privadas, mas não admite que os juízes não possam participar deste debate público. Então, todos têm voz no processo de preenchimento das lacunas deixadas pelos valores constitucionais nesse novo modelo de *adjudication*, que significa ser um processo no qual os juízes realmente concedem significado a determinados valores públicos.” (Grifado no original) (JOBIM, 2013, p. 95).

com a finalidade de operacionalizar às organizações burocráticas, de forma que sua intervenção, fundada nesses valores constitucionais (ou convencionais), possa reestruturar essas questões organizacionais para eliminar qualquer possibilidade de não concretização daquilo que se encontra previsto na Constituição⁹³.

Ou seja, o caso Ximenes Lopes pode ser considerado emblemático em termos de apreciação dos deveres de proteção do Estado em face dos portadores de deficiência e, conseqüentemente, de outras pessoas em situação de vulnerabilidade. Desse modo, constata-se que a proteção realizada pela Corte reforça, no âmbito internacional, a defesa dos direitos humanos e fundamentais e o fenômeno da judicialização – tanto no sentido da judicialização da política, ao passo que a Corte não se exime de responsabilizar o Estado pelo planejamento de suas políticas públicas em questões político-sociais, como no sentido da judicialização do direito, ao passo que a Corte passa a ser um último recurso para garantir a efetividade dos direitos essenciais do ser humano, além de sua jurisprudência servir como parâmetro mínimo para a proteção dos mesmos.

Embora não haja qualquer menção expressa, na sentença, quando à Teoria do Dever de Proteção, impende mencionar que o esforço para descrever toda a situação dos deficientes mentais e sua vulnerabilidade na comunidade é notório, além de uma busca profunda para a constatação das políticas adotadas pelo Estado para proteger essa parcela da população. Pode-se dizer, assim, que foram amplamente debatidas as carências dos deficientes e constatadas as ações estatais tanto prestacionais como regulatórias para concluir se havia proteção suficiente no modelo anteriormente adotado pelo Estado para assegurar os direitos humanos e fundamentais dessas pessoas, não se restringindo ao caso específico do falecido Ximenes Lopes. Diante dessa análise, conclui-se que – ainda que não

⁹³ Jobim (2013, p. 172-173) ainda esclarece que a Constituição Federal de 1988 tentou dar efetividade às normas constitucionais por meio de um “positivismo de combatividade”, uma vez que a Constituição possui caráter normativo, devendo ser aplicada, avalizando os direitos nela contidos, em especial o seu enorme elenco de direitos fundamentais. Não obstante isso, aponta para o artigo 3º da Lei Fundamental que dispõe sobre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, bem como para o seu preâmbulo, que encontram sintonia com a ideia das medidas estruturantes, uma vez que o texto constitucional prevê como objetivos a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo-se as desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou outra forma de discriminação; a garantia dos direitos sociais e individuais, a promoção da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça. Essas finalidades podem ser alcançadas, desse modo, através da função desempenhada pelos Tribunais, que não apenas possuem a função de julgar, mas dar também sentido ao texto legal que confrontar a Constituição através dos casos que julga.

expressamente colocado no texto da decisão – esta realizou o exercício da aferição da proporcionalidade sobre a política adotada pelo Estado brasileiro para concluir pela insuficiência da proteção, culminando com a determinação que impacta diretamente na reformulação da política pública até então desenvolvida. Isso evidencia o caráter estruturante da sentença, pois não limita os efeitos do reconhecimento da responsabilidade estatal para a proteção do direito exclusivo das partes envolvidas no processo, mas de toda uma coletividade.

Por fim, se no âmbito interno os direitos fundamentais são compreendidos não só por seu caráter subjetivo, mas também por seu caráter objetivo, cabendo ao Estado promover sua proteção e promoção, verifica-se que, no cenário internacional, não ocorre de modo diferente. A única ressalva é que eventual violação do direito humano no âmbito internacional (Comissão e Corte Interamericana) geram denúncias (e não demandas diretas promovidas pelas partes), que podem resultar em indenizações e medidas reparatorias, o que não afasta eventuais determinações que interfiram nas políticas públicas promovidas pelo Estado, como visto no caso acima trabalhado. Em ambos os cenários, com suas peculiaridades, buscam meios de concretizar os direitos garantidos pelo rol de direitos fundamentais da Constituição e pelos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, possibilitando ao julgador uma participação mais evidente na proteção dos referidos direitos, uma vez reconhecido o dever do Estado em efetivá-los e protegê-los.

O segundo episódio em que o Estado brasileiro foi parte em um processo perante a Corte Interamericana findou com um resultado distinto, pois o mesmo não foi condenado ao final. Trata-se do julgamento do Caso Nogueira de Carvalho e outro *versus* Brasil (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006c), sendo o fato que originou a lide a alegação de uma possível violação de direitos de garantias judiciais, assim como a obrigação de respeitá-los.

A denúncia relatava o homicídio, ocorrido em uma emboscada, em 20 de outubro de 1996, na cidade de Macaíba/RN, do Advogado Gilson Nogueira de Carvalho, defensor dos direitos humanos, sendo o Estado acusado como responsável por sua omissão em garantir a realização de uma investigação séria sobre sua morte, processar os responsáveis e promover os recursos judiciais adequados. Como vítimas, figuraram os pais do falecido advogado, Jaurídice Nogueira de Carvalho e Geraldo Cruz de Carvalho.

O Estado brasileiro sustentou que tanto a investigação policial quanto o processo penal transcorreram dentro de um prazo admissível, bem como considerou que o inquérito foi adequado, ao ser supervisionado por diversos órgãos públicos e dirigido pela Polícia Federal, uma vez que havia a possibilidade de agentes da Polícia Civil estarem envolvidos.

A Corte, mesmo analisando o caso em sua integralidade, limitou-se a julgar eventual violação de direitos humanos tão somente a partir de 10 de dezembro de 1998, data em que foi reconhecida a sua competência contenciosa pelo Brasil. Assim, entendeu que não caberia ao Tribunal interamericano substituir a jurisdição interna para investigação e julgamento do caso concreto, mas apenas constatar se os passos seguidos pelos agentes públicos na busca da elucidação dos fatos e no seu processamento transgrediram obrigações internacionais decorrentes dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana⁹⁴. Por fim, concluiu que o suporte fático para o julgamento era limitado e que não havia restado demonstrada violação às garantias judiciais e à proteção judicial, diretos previstos nos artigos citados da Convenção. Desse modo, o feito foi arquivado.

Diferente foi o resultado no Caso Escher e outros *versus* Brasil (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009a), em que a denúncia de violação de direitos e garantias judiciais e de proteção da honra, da dignidade, da liberdade de associação e de proteção judicial resultou na segunda condenação do Estado brasileiro. As vítimas reconhecidas pela Corte, no caso, foram Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni, integrantes das organizações: Cooperativa de Trabalhadores Rurais – COANA, que tinha como objetivo o desenvolvimento comunitário e a integração de seus membros através de atividades culturais, desportivas e econômicas; e Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais – ADECON, que buscava integrar os agricultores na promoção das atividades econômicas comuns e na venda de

⁹⁴ “Artigo 8. Garantias Judiciais 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza [...] Artigo 25. Proteção Judicial 1. Toda pessoa tem o 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 violam 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.” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

produtos. Estas organizações mantinham uma relação de fato como o MST (Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra), com o qual compartilhavam o objetivo comum de promover a reforma agrária.

Foi reconhecida a ilegalidade das interceptações telefônicas de ambas as organizações no início do ano de 1999, uma vez que a juíza da Comarca de Loanda/PR autorizou a sua realização sem sequer fundamentar sua decisão, apenas deferindo o pedido realizado por policiais militares (inicialmente encaminhado por um Major e posteriormente por um Sargento), e não pelo Ministério Público, como determina a lei (Lei n. 9.296 de 1996). As gravações chegaram a ser transmitidas em rede nacional pelo telejornal de uma das maiores emissoras do país, noticiando que seus membros planejavam determinados crimes.

Entre os fatos investigados supostamente praticados pelas vítimas estavam o desvio de recursos financeiros concedidos por meio do Programa Nacional de Agricultura Familiar (PRONAF) e do Programa de Crédito Especial para a Reforma Agrária (PROCERA) ao Assentamento Pontal do Tigre, além do homicídio de Eduardo Aghinoni. A investigação contra a conduta dos agentes públicos acabou resultando em sua absolvição, sendo que o mandado de segurança impetrado contra a juíza que deferiu as interceptações para cessar as gravações e destruir o material gravado havia sido julgado extinto, sem resolução de mérito. A denúncia administrativa contra a magistrada resultou na conclusão de que o caso já havia sido apreciado pela investigação criminal, ordenando o seu arquivamento.

Entretanto, no âmbito internacional, o Estado foi condenado a pagar às vítimas uma indenização pelo dano imaterial, custas e gastos, além de investigar os fatos que geraram as violações denunciadas. Isso porque restaram reconhecidas as falhas na condução da ação penal contra o ex-secretário de segurança que divulgou informações dos diálogos em entrevista coletiva, pela falta de investigação dos responsáveis pela divulgação das conversas e pela falta de motivação da decisão em sede administrativa que julgou a conduta funcional da juíza que autorizou a interceptação, caracterizando a violação ao direito às garantias judiciais e à proteção judicial. Além disso, reconheceu-se a ocorrência de violação do direito à vida privada, à honra e à reputação, em razão da interceptação, gravação e divulgação das conversas telefônicas, bem como a violação da liberdade de associação das vítimas do caso.

Frisa-se que a Corte compreendeu que o direito que protege a vida privada

no artigo 11 da Convenção⁹⁵ proíbe toda a ingerência arbitrária ou abusiva na privacidade das pessoas. Portanto, enquadraram-se essas interceptações como violações à vida privada das vítimas, sendo que as novas ferramentas tecnológicas e sua utilização implicam em uma situação de vulnerabilidade frente ao Estado ou mesmo aos particulares. Porém, como não se trata de um direito absoluto, cabe àquele regular quais situações não configuram essas ingerências abusivas ou arbitrárias e assegurar nos demais casos sua proteção, o que não se constatou nos fatos apurados pelo Tribunal, pois as gravações chegaram a ser, inclusive, divulgadas, como se fossem informação pública. Do mesmo modo, entendeu-se pela violação do direito de associação, pois os agentes públicos agiram de modo arbitrário, restringindo o direito de se reunir/associar livremente, sem medo ou temor, previsto no artigo 16 da Convenção Americana⁹⁶.

Quanto ao Caso Garibaldi *versus* Brasil (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009b), trata-se da violação de garantias judiciais e proteção judicial em prejuízo de Iracema Garibaldi, Darsônia Garibaldi, Vanderlei Garibaldi, Fernando Garibaldi, Itamar Garibaldi, Itacir Garibaldi e Alexandre Garibaldi, todos parentes do falecido Sétimo Garibaldi. Este veio a falecer em 27 de novembro de 1998, durante uma operação extrajudicial de despejo das famílias de trabalhadores sem-terra, quando ocupavam uma fazenda no Município de Querência do Norte/PR. Diante do fato de, na época em que foi realizada a operação, a Corte Interamericana não possuir competência para declarar violações pelo Estado brasileiro (que aderiu somente em 10 de dezembro de 1998 à competência da Corte), limitou-se à apreciação temporal de eventuais violações posteriores a esta data.

A denúncia apontava a demora da investigação do caso citado, tendo em vista que foi protocolada perante a Comissão Interamericana em 23 de maio de 2003, época em que a investigação policial ainda estava tramitando. Mesmo após os

⁹⁵ “Artigo 11. Proteção da Honra e da Dignidade 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

⁹⁶ “Artigo 16. Liberdade de Associação 1. Todas as pessoas têm direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza. 2. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas. 3. O disposto neste artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia.” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

ocupantes terem identificado o fazendeiro e o administrador da fazenda como integrantes do grupo armado que invadiu o assentamento e causou a morte noticiada, o inquérito foi arquivado em 2004, em razão da fragilidade das provas coletadas.

Concluiu-se pelas falhas e omissões no inquérito, carência da oitiva de testemunhas aparentemente indispensáveis, falta de esclarecimento de contradições nos testemunhos, perda da arma com que foi cometido o ilícito, não cumprimento de diligências ordenadas, prazo excessivo para a investigação, etc. Assim, entendendo não ter havido uma investigação séria, imparcial e efetiva, bem como diante das falhas apresentadas na busca dos fatos que envolveram a morte de Sétimo Garibaldi e, diante do direito que assiste aos familiares de conhecer o que sucedeu e quem foram os responsáveis pelo crime, a Corte condenou o Estado ao pagamento de indenizações materiais e imateriais às vítimas supracitadas.

Cabe referir que a sentença destacou a obrigação do Estado de investigar violações de direitos humanos como medidas positivas a serem adotadas. Embora o direito às garantias judiciais não se configure em obrigação de resultado, mas de meio, a Corte declarou que o Estado possui o dever jurídico de assegurar uma plena investigação, que não pode ser, desde o princípio, ineficaz.

Todavia, não foram atendidas as reivindicações da Comissão Interamericana e dos representantes que buscavam, com a ação, a prevenção de futuras violações aos direitos humanos por meio de medidas estatais que interferissem na política governamental, bem como políticas direcionadas para funcionários da justiça e da polícia, a fim de evitar a proliferação de grupos armados que promovem desocupações arbitrárias e violentas. Tais medidas reparatórias não foram atendidas em razão da falta de competência temporal sobre os fatos relacionados com a desocupação que culminou com a morte de Sétimo Garibaldi, ainda que os julgadores não tenham sido indiferentes quanto ao reconhecimento da vulnerabilidade dos trabalhadores sem-terra.

O último entre os julgados em que o Brasil figura como parte é o do Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) *versus* Brasil (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010b), em que o Estado brasileiro foi condenado como responsável pelo desaparecimento forçado (detenção arbitrária, tortura e desaparecimento de setenta pessoas ligadas ao Partido Comunista do Brasil e camponeses da região, resultante da atuação de operações do Exército

entre os anos de 1972 e 1975, cujo objetivo era erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar) e por ter violado os direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade e à liberdade pessoal (artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁹⁷), além da liberdade de pensamento e de expressão (artigo 13 do mesmo documento). A Corte afastou sua competência para apurar a responsabilidade do Estado na execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva, cujos restos mortais foram identificados em 1996 (antes da data do reconhecimento da competência contenciosa do Tribunal Interamericano pelo Brasil), sendo que, por tratarem os demais casos de desaparecimento forçado, ante sua natureza permanente continuada, afastou-se a preliminar de incompetência *ratione temporis*.

Restou reconhecido, pela sentença, que o Estado descumpruiu com sua obrigação de adequar o direito interno à referida Convenção em relação aos seus artigos 8.1, 25 e 1.1, tendo em vista a interpretação e aplicação dada à Lei da Anistia brasileira (Lei n. 6.683/1979). Desse modo, a Corte atribuiu responsabilidade ao Estado por violar os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial dos artigos 8.1 e 25.1, assim como o direito à liberdade de pensamento e de expressão previsto no artigo 13.1, à integridade pessoal consagrado no artigo 5.1, todos do citado diploma internacional⁹⁸, pela falta de investigação e de julgamento dos atos

⁹⁷ “Artigo 3. Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica. Artigo 4. Direito à Vida 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. [...] Artigo 5. Direito à Integridade Pessoal 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. [...] Artigo 7. Direito à Liberdade Pessoal. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas. [...] Artigo 13. Liberdade de Pensamento e de Expressão 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou qualquer outro processo de sua escolha.” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

⁹⁸ “Artigo 1. Obrigação de Respeitar os Direitos 1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. [...] Artigo 5. Direito à Integridade Pessoal 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. [...] Artigo 8. Garantias Judiciais 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil,

praticados, deixando de aplicar qualquer sanção aos responsáveis, abstendo-se de buscar conhecer a verdade sobre o ocorrido e prestar tal informação aos familiares das vítimas.

Diante desses fatos, a sentença concluiu pelo dever do Estado de conduzir as investigações penais de maneira eficaz, a fim de esclarecê-los e determinar as correspondentes sanções aos responsáveis. Igualmente, determinou que o país envidasse todos os esforços necessários para definir o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se fosse o caso, identificar e entregar os restos mortais às famílias. Quanto a estas, a Corte ordenou, ainda, que oferecesse tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico, bem como pagasse a indenização imposta por dano material, imaterial e restituição de custas e gastos. Exigiu, igualmente, que o Brasil realizasse um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional com relação aos fatos relacionados ao caso.

Cabe ressaltar, em especial, os demais pontos resolutivos, pois a Corte também impôs o dever de se continuarem as ações desenvolvidas para capacitação e implementação de programas e cursos obrigatórios permanentes sobre direitos humanos a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas. No mesmo sentido, foi imposta a obrigação de se adotarem medidas para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas e de se continuarem desenvolvendo iniciativas de busca, sistematização e publicação das informações obtidas sobre a Guerrilha do Araguaia e sobre os demais casos de violação de direitos humanos ocorridos durante o regime militar.

Veja-se que neste caso não houve apenas sanções reparativas, de cunho indenizatório, para compensar o sofrimento dos familiares das vítimas. A decisão transcende as partes e determina de forma impositiva ao Estado medidas que visam proteger o direito de terceiros para casos futuros (quando trabalha com uma noção de “dever de proteção”, ao determinar a adequação legislativa e criação de novos

trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. [...] Artigo 13. Liberdade de Pensamento e de Expressão 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou qualquer outro processo de sua escolha. [...] Artigo 25. Proteção Judicial 1. Toda pessoa tem o direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juizes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violam 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.” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

tipos penais, estabelecendo a obrigatoriedade de cursos de formação para as Forças Armadas, exigindo a criação da Comissão da Verdade, etc.). A condenação que estabelece tais medidas demonstra o caráter objetivo dos direitos tutelados, bem como o reconhecimento do dever de proteção em relação aos mesmos, ainda que implicitamente.

Veja-se que não se constata um desenvolvimento da Teoria do Dever de Proteção alemã pela CorteIDH, o que não a impede de compreender a responsabilização do Estado no sentido de garantir os direitos humanos e fundamentais de modo a atender os seus parâmetros mínimos de proteção.

Assim, o caso do senhor Ximenes Lopes e dos desaparecidos na Guerrilha do Araguaia evidenciam atuações emblemáticas para a defesa dos direitos humanos, ao passo que a Corte não apenas condena o Estado às medidas indenizatórias e compensatórias, como também impõe que passe a assegurar os direitos violados por meio de determinações de aperfeiçoamento nas políticas públicas voltadas à sua garantia.

É evidente que o caso Ximenes Lopes demonstrou um sistema de proteção insuficiente para salvaguardar os direitos dos deficientes mentais em face de terceiros, considerando-se o tratamento precário fornecido, na época dos fatos, às pessoas que careciam da proteção estatal. Assim, tornou-se clara, com a produção das provas no processo internacional, a necessidade de adequação da política pública nacional voltada a essas pessoas, não se limitando a Corte a tutelar apenas o direito das vítimas envolvidas no caso concreto, mas impondo alterações na política pública nacional sobre a questão⁹⁹.

Do mesmo modo, o caso mais recente analisado apontou as falhas na garantia dos direitos humanos que tiveram origem na ditadura militar e que até os

⁹⁹ Embora não seja o foco do presente trabalho, para melhor ilustrar as consequências da condenação no campo das políticas públicas, importa mencionar que o Estado, em seu Relatório sobre as Medidas Adotadas para o Cumprimento da Sentença, esclareceu que desenvolveu o programa de formação e capacitação de profissionais voltados ao atendimento de enfermos mentais conforme exigido pela Corte. Afirmou nesse relatório que realizou grandes mudanças no modelo de atenção à saúde mental. Assim, relatou a expansão de serviços abertos, comunitários e substitutivos de hospitais psiquiátricos (Lei 10.216/2001), e a instituição de um programa de redução gradual e planejada de leitos (que resultou entre os anos de 2003 e 2006 o desativamento de 11.826 leitos), permitindo o fechamento de vários hospitais psiquiátricos em péssimas condições de funcionamento. Contudo, consoante a crítica de Gorczevski (2015, p. 65-66), “[...] na realidade limitou-se a cortar a destinação de verbas, fechar hospitais e limitar drasticamente os leitos de internação. Efetivas políticas públicas para o atendimento aos necessitados foram esquecidas; as executadas são tão tímidas que imperceptíveis. Tudo isso levou a Corte, em 17 de maio de 2010, decidir por mater em aberto o procedimento de supervisão de cumprimento de sentença.”

dias de hoje não foram supridas com medidas suficientes para resguardar as pessoas de novas e continuadas violações. Afirmam-se novas violações em razão da ausência da tipificação do crime por desaparecimento forçado, bem como continuadas violações pelo fato de, mesmo após décadas do fim da ditadura, permanecerem muitas dúvidas sobre o paradeiro de inúmeras pessoas desaparecidas naquele período. Assim, o caso culminou na condenação do Estado brasileiro para, entre outras medidas, adequar sua legislação penal e promover políticas públicas voltadas para a capacitação das Forças Armadas.¹⁰⁰

Esclarecidos os casos brasileiros perante a Corte Interamericana, bem como a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o dever de proteção, passa-se, por fim, à análise crítica e comparativa entre a atuação de ambos os tribunais como atores no controle de políticas públicas, no sentido de se compreender as diferentes noções sobre o dever de proteção e a consequente responsabilização do Estado.

4.3 Análise crítica e comparativa da visão e da atuação do STF e da CorteIDH na responsabilização do Estado decorrente de seu dever de proteção

O primeiro passo para proceder uma comparação entre a atuação de ambas as Cortes exige um olhar mais apurado para as limitações e o próprio objeto de controle de cada Tribunal. Assim, necessário se tecerem alguns comentários sobre o contexto em que cada um está inserido.

Como já trabalhado no primeiro capítulo, o objeto do controle desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal é a Constituição Federal, por meio

¹⁰⁰ Novamente, para enriquecer a análise sobre a sentença que envolve a intervenção da Corte nas políticas públicas do Estado brasileiro, cumpre referir a sentença do caso da Guerrilha do Araguaia também não foi plenamente cumprida pelo Estado brasileiro. Em 14 de dezembro de 2011 foi encaminhado pelo mesmo o Relatório sobre o cumprimento da sentença, relatando entre outras medidas o empreendimento de ações concretas, civis e administrativas contra violadores de direitos humanos da época da ditadura, sendo criado o Grupo de Trabalho Araguaia para efetuar a busca dos desaparecidos e sua identificação, além de medidas para acolher os familiares das vítimas com atendimento médico e psicológico. Incluiu-se nesse relatório ainda o curso de Direitos Humanos para as Forças Armadas elaborado pelo Ministério da Defesa, além de medidas legislativas para a tipificação do crime de desaparecimento forçado e a criação da Comissão da Verdade. Contudo, consoante manifestação datada de 2012 dos representantes das vítimas, o Estado não havia oferecido o tratamento médico, psicológico e psiquiátrico solicitado, nem detalhado como se procedeu esse curso às Forças Armadas para eventual avaliação pela Corte. Mas, entre as medidas descumpridas, a mais reivindicada era a ausência de qualquer ação para identificar, processar e sancionar criminalmente os responsáveis pelas violações cometidas. A única denúncia criminal proposta em 2012 foi inclusive rejeitada pelo Judiciário, com fundamento na Lei da Anistia e na decisão do STF (ADPF 153) que considerou a referida lei compatível com a Constituição de 1988. (GORCZEVSKI, 2015, p. 72-73).

do controle de constitucionalidade. Em contrapartida, a Corte Interamericana possui como parâmetro para desempenhar o seu papel a Convenção Americana de Direitos Humanos, porém ainda abarca outros tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e que tenham como parte signatária algum dos países que reconhecem sua competência. Desse modo, a Corte exerce a função de intérprete final da Convenção Americana, por meio do controle de convencionalidade.

Ocorre que a atuação de ambos os tribunais encontra limitações. No âmbito interno, o Supremo Tribunal Federal atua como fiscal da lei, sendo responsável por assegurar o respeito às normas constitucionais. Porém, a concretização dos direitos fundamentais está muitas vezes atrelada à atuação dos demais Poderes, que detêm as prerrogativas para legislar e organizar as políticas públicas voltadas para a proteção desses direitos. Assim, o Poder Judiciário não pode substituir o papel destinado aos demais Poderes pela própria Constituição, sob pena de violar o princípio da separação de Poderes.

Porém, como ensina Leal (2015, p. 228), a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, somada à pretensão de máxima efetividade, decorrente de um processo de progressiva vinculação dos Poderes Públicos no sentido de sua realização, reduz conseqüentemente a esfera de discricionariedade dos mesmos. Embora essas normas envolvam aspectos como orçamento, eleição de fins e de meios, entre outras escolhas de natureza política, que condicionam especialmente os direitos sociais prestacionais, o controle jurisdicional de políticas públicas vem cada vez ganhando maior margem para a atuação dos magistrados, justamente para garantir a proteção dos direitos fundamentais. A autora segue afirmando que

[...] não apenas os fins são fixados pelo Direito (Constituição), mas também os meios para sua realização passam a ser passíveis de fiscalização. Dito de outra forma, ainda que a eleição das prioridades (fins) e dos instrumentos (meios) aconteça dentro da esfera da Política (discricionariedade), ela está condicionada à consecução de um fim maior, que são os direitos fundamentais. O critério balizador e o limite para estas escolhas residem, por sua vez, justamente na observância do princípio da proporcionalidade: quando as escolhas satisfazem o teste de proporcionalidade, prevalece a lógica da discricionariedade; havendo desproporcionalidade (na ponderação entre fins por ocasião da alocação de recursos e/ou na ponderação entre meios e fins), a intervenção do Judiciário se justifica. (LEAL, 2015, p. 228-229)

Nesse sentido, em boa parte das decisões encontradas na pesquisa¹⁰¹, houve a preocupação de afastar a atuação jurisdicional de qualquer acusação de violação ao princípio da separação de Poderes¹⁰², o que não impediu o órgão julgador de interferir na política pública sob análise para assegurar o direito da parte no caso concreto. Verifica-se tal fato, a título exemplificativo, na seguinte passagem da decisão que manteve a liminar na ação civil pública contra o Estado do Tocantins, que determinava a implantação, no prazo de doze meses, de uma unidade especializada para cumprimento de medidas sócio-educativas de internação e semiliberdade aplicadas a adolescentes infratores:

[...] o argumento central apontado pelo Estado do Tocantins reside na violação ao princípio da separação de poderes (art. 2º, CF/88), formulado em sentido forte, que veda intromissão do Poder Judiciário no âmbito de discricionariedade do Poder Judiciário no âmbito de discricionariedade do Poder Executivo estadual. Contudo, nos dias atuais, tal princípio, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz da realidade constitucional brasileira, num círculo em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam. Nesse sentido, entendo inexistente a ocorrência de grave lesão à ordem pública, por violação ao art. 2º da Constituição. A alegação de violação à separação dos Poderes não justifica a inércia do Poder Executivo estadual do Tocantins, em cumprir seu dever constitucional de garantia dos direitos da criança e do adolescente [...]. Portanto, a determinação constitucional [...] evidencia tanto a dimensão objetiva de proteção destes direitos fundamentais, quanto a proibição de sua proteção insuficiente pelo Estado de Tocantins, por impossibilitar condições fáticas e concretas de implantação de programa de internação e semiliberdade na Comarca de Araguaia/TO. Não há violação ao princípio da separação de Poderes quando o Poder Judiciário determina ao Poder Executivo estadual o cumprimento do dever constitucional específico de proteção adequada dos adolescentes infratores, em unidade especializada, pois a determinação é da própria Constituição, em razão da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, §1º, V, CF/88). (BRASIL, STF, 2008)

Não obstante isso, Leal (2015, p. 229) atribui ao reconhecimento da Teoria do Dever de Proteção (*Schutzpflicht*) pelo Estado a superação da noção da figura do Estado como “mero violador ou destinatário das proibições impostas por esses direitos, tornando-se responsável, também, por protegê-los e por assegurar as condições para a sua efetiva garantia”. A partir dessa compreensão, destaca-se a importância dos conceitos de proibição de excesso (*Übermassverbot*) e de proibição

¹⁰¹ Cita-se as seguintes decisões: SL n. 235; STA n. 241; SL n. 263; SL n. 228; STA n. 238; STA n. 245; STA n. 277; STA n. 198; STA n. 318; SS n. 3.751; SS n. 3.690; e SS n. 3.741.

¹⁰² Para um estudo mais apurado sobre o tema, indica-se a obra *Judicialização e Ativismo Judicial: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais Poderes* (LEAL e ALVES, 2015).

de proteção insuficiente (*Untermassverbot*), que estão intrinsecamente ligados à noção de proporcionalidade acima referida, pois enquanto um trabalha com a lógica do “além”, o outro desenvolve a compreensão do “aquém”.

Por outro lado, por se tratar de tribunal internacional, a CorteIDH não possui no princípio da separação de Poderes qualquer restrição para as suas decisões, porém não se exime de encontrar seus próprios obstáculos para uma atuação mais ativa na proteção dos direitos humanos. Desse modo, a soberania dos Estados Nacionais poderia tornar-se uma resistência à intervenção da Corte na esfera discricionária dos Poderes Políticos do Estado. Nesse sentido, para Rezek (2008, p. 219) o Estado se caracteriza enquanto pessoa jurídica de direito das gentes pela sua soberania, sendo esse um atributo fundamental do Estado:

Identificamos o Estado quando o seu governo [...] não se subordina a qualquer autoridade que lhe seja superior, não reconhece, em última análise, nenhum poder maior de que dependam a definição e o exercício de suas competências, e só se põe de acordo com seus homólogos na construção da ordem internacional, e na fidelidade aos parâmetros dessa ordem, a partir da premissa de que aí vai um esforço horizontal e igualitário de coordenação no interesse coletivo. (REZEK, 2008, p. 224)

Contudo, assim como no âmbito interno é superável a noção de eventual violação ao princípio que divide a competência do Estado entre os três Poderes, a suposta violação da soberania nacional também não se configura quando analisados detalhadamente os fundamentos de atuação da Corte. A própria Constituição brasileira de 1988 deixa claro, em seu artigo 4º, inciso II, que, entre os princípios que regem as relações internacionais, encontra-se o da prevalência dos direitos humanos (embora isso não tenha nenhuma repercussão direta em termos de atuação da CorteIDH, pois ela não depende da disposição constitucional interna de cada país para conformar sua competência), além de prever, no inciso IX do referido artigo, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Para melhor ilustrar o entendimento, citam-se as palavras de Piovesan (2012, p. 97), para quem

A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos.

Reforçando essa compreensão, cabe mencionar que os Estados signatários se comprometeram com os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção, impondo a si mesmos as restrições e limites nela estabelecidos. Consoante Gomes e Mazzuoli (2010, p. 27), o conceito de soberania deve ser adaptado às modernas relações internacionais, de modo que essas cada vez mais se afastam dessa noção tradicional (cujo significado atualmente é diferente de séculos atrás, em razão dessas interações internacionais) para tornar viáveis as relações entre os Estados, que pactuam entre si direitos e deveres, gerando obrigações. Ressalta-se que, contemporaneamente, é impensável falar-se em direitos humanos globais, internacionais e universais sem uma soberania flexibilizada. Assim, o direito pós-moderno no cenário internacional exige a compreensão do conceito de soberania como uma co-operação internacional dos Estados, para assegurar as suas finalidades comuns. “Um novo conceito de soberania, afastada a sua noção tradicional, aponta para a existência de um Estado não isolado, mas incluso numa sociedade e num sistema internacional de proteção de direitos como um todo.” (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 27)

Veja-se que o artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969), que estabelece as normas para interpretação do referido documento, é claro ao afirmar que não se pode permitir que os Estados-partes, grupos ou pessoas suprimam o gozo e o exercício dos direitos humanos, bem como é vedado limitar os direitos reconhecidos pelos Estados signatários de acordo com suas leis ou outra convenção de que estes sejam parte. Portanto, os Estados-partes assumem, perante os demais, a responsabilidade de assegurar os direitos elencados nos tratados internacionais que tenham sido reconhecidos:

Ao ser parte em um compromisso internacional (tratado) de proteção dos direitos humanos, os Estados limitam sua soberania em prol dos direitos e liberdades das pessoas reconhecidos no respectivo instrumento. Uma das limitações que devem obrigatoriamente sofrer diz respeito à sua legislação interna, a qual doravante deverá estar sempre *de acordo* com aquilo que se encontra expresso no tratado ratificado. É responsabilidade da Corte Interamericana, e não do Estado, determinar se o direito interno estatal, incluindo sua Constituição, está compatível com os direitos protegidos pela Convenção. (Grifado no original) (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 34).

Verifica-se, portanto, que essas respectivas limitações não só vêm sendo rebatidas por ambas Cortes, como devem ser superadas (ainda que exista

resistência por parte dos julgadores). Isso porque os direitos humanos e fundamentais exigem do Direito Internacional (ou Convencional) e do Direito Constitucional um sistema de proteção eficaz, cuja ordem jurídica seja dotada de caráter normativo suficiente para apresentar como característica sua exigibilidade frente ao Estado e a terceiros, sob pena de esvaziar a força normativa desses direitos, deixando-os reféns da simples vontade discricionária do legislador e do governante.

Analisando-se de forma comparativa a importância do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos no caso chileno, verifica-se, nos últimos anos, uma mudança no posicionamento do Tribunal Constitucional daquele país (ALCALÁ, 2014, p. 246), que deixou de desrespeitar o Direito Internacional voltado aos direitos humanos (mesmo quando era invocado pelos requerentes), para adotar o uso moderado e tímido das normas jurídicas internacionais. Concluindo sua pesquisa, Alcalá (2014, p. 246-247) considera que

Tal perspectiva implica reconocer por parte del Tribunal Constitucional que forman parte de los derechos esenciales que constituyen límites al ejercicio de la soberanía, los atributos y garantías de los derechos que se encuentran asegurados y garantizados por los tratados y convenciones ratificadas por Chile y se encuentran vigentes, lo que genera resistencia significativa en parte de los ministros de dicha corporación. [...] El Tribunal Constitucional también ha determinado que el intérprete en general y el juez en particular debe realizar los mayores esfuerzos, dentro del ámbito constitucional, para procurar cumplir de buena fe las disposiciones y los fines del tratado, conciliando sus disposiciones con otras normas del Derecho Interno, prefiriendo aquellas interpretaciones que armonicen los derechos y obligaciones que del tratado internacional se derivan con el orden jurídico chileno.

À mesma conclusão pode-se chegar ao estudar as decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro, ao menos quando analisadas aquelas que aportaram na presente pesquisa, conforme os critérios já mencionados. O STF, de modo geral, adota, em sua fundamentação, dispositivos de tratados internacionais para reforçar seu posicionamento, mas sempre após alicerçar seu entendimento em dispositivos de ordem interna. Exemplo disso se verifica nas decisões: STA n. 241 e STA n. 318, nas quais foram citados o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1992) e a Declaração Mundial sobre Educação para Todos (1990), em razão de preverem o compromisso assumido pelos Estados signatários em assegurar o exercício do direito à educação, mas sem assumir um papel de

protagonismo na fundamentação como um todo.

Além desses dois casos, o Informativo n. 657, de 2012, lembra que a Lei Maria da Penha é fruto da Convenção de Belém do Pará, por meio da qual o Brasil se comprometeu a adotar instrumentos para punir e erradicar a violência contra a mulher. Citou igualmente os compromissos internacionais assumidos na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) (1979), o Plano de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher (1995) e o Protocolo Facultativo à I Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1999). Mas, mesmo diante desses documentos internacionais, o principal documento jurídico que aparece na fundamentação das decisões judiciais para a proteção da mulher no Brasil ainda é a norma interna supracitada.

Cumpra esclarecer, igualmente, que em ambos os âmbitos de atuação (internacional e nacional), é possível verificar-se uma atuação que impacta nas políticas públicas voltadas à concretização dos direitos já citados. Ocorre que, no caso do STF, tal fato se deve pela procura das pessoas (seja em demandas individuais, coletivas, ou, ainda, por meio da ação civil pública promovida pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública) pela tutela estatal para assegurar seus direitos, consoante seu viés subjetivo, o que exige do Poder Judiciário, uma vez provocado, manifestar-se juridicamente sobre questões de natureza política. Ou seja, o fenômeno da judicialização (já trabalhado no primeiro capítulo), tanto do direito como da política, chama o Poder Judiciário para desempenhar seu papel atuante na garantia dos direitos fundamentais (LEAL, 2014a, p. 198-199).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal se limita, muitas vezes, à análise do caso concreto (no exercício do controle difuso), ou, ainda, reconhecendo a insuficiência ou omissão da atuação (tanto prestacional como regulatória) do Estado para assegurar os direitos fundamentais por meio de políticas públicas. Assim, acaba determinando aos demais Poderes a tarefa de correção para assegurar os direitos em uma demanda individual ou coletiva, mas sem assumir de forma impositiva como a Corte Interamericana o papel de transformação da política adotada para além das partes. Ainda que a decisão do Supremo Tribunal Federal seja dotada de caráter *erga omnes*, não possui como finalidade alterar a política pública instituída (consoante art. 102, §2º, da Constituição para as demandas do controle concentrado e art. 543-A e 543-B, ambos do Código de Processo Civil, por

meio do instituto da repercussão geral).

A interferência dos magistrados em âmbito nacional, mesmo que já compreendida sua necessidade em questões de omissão ou insuficiência da mobilização dos demais Poderes, ainda assim deve ser o último recurso (no âmbito interno) para garantir direitos sociais fundamentais (SUNSTEIN, 2008). Assim, a interferência do julgador nas políticas públicas é tida como exceção, pois os canais políticos são mais eficientes e sensíveis para realizar reformas sociais. É o que defende Cass Sunstein (2008, p. 186), ao analisar a capacidade institucional dos julgadores:

[...] depender das cortes poderá prejudicar os canais democráticos utilizados para a busca de mudanças, e de duas maneiras. Poderia distrair as energias e recursos da política, e a eventual decisão judicial poderia barrar um desfecho político.

Segundo o autor norte-americano (SUNSTEIN, 2008, p. 186), o Judiciário não deve ser visto como meio de conseguir reformas sociais em grande escala, cabendo aos Poderes políticos esse papel. Não só não é esta a sua função, como também há maior dificuldade, por parte dos juízes, de compreender os efeitos complexos e frequentemente imprevisíveis de sua intervenção. Por mais que seja crucial o conhecimento desses efeitos, muitas vezes ele é inacessível ao julgador do caso concreto.

É importante ressaltar que o Judiciário não pode fazer planejamento, o que é primordial para as políticas públicas, pois permite traçar objetivos, prever comportamentos e definir metas. Para essa função, o Legislativo e o Executivo contam com todo um projeto para lançar as políticas depois de todo um estudo quanto a esses detalhes, envolvendo profissionais ligados à economia, administração e áreas que forem necessárias para sua implementação, seja saúde, engenharia, ciências sociais ou outro campo científico.

Já o Judiciário não conta com esse aparato (ainda que instrumentos como o *amicus curiae* e a audiência pública (LEAL, 2011) colaborem neste sentido), sendo incapaz de substituir esse processo mais amplo de debate público que caracteriza – ou pelo menos deveria caracterizar – a atuação dos Poderes políticos, ficando comprometida a sua capacidade de avaliação e sua eficiência no emprego de recursos públicos. Como lembra Ana Paula de Barcellos (2008, p. 119), “definir

quanto se deve gastar de recursos públicos, com que finalidade, em que e como são decisões próprias da esfera de deliberação democrática, e não do magistrado.” (Grifado no original).

Essa ressalva se faz para uma atuação judicial que busque criar ou alterar políticas públicas em larga escala, para além do caso sob análise que envolve as partes que compõem a lide. Mas não significa impedir o magistrado de corrigir, no caso concreto, a política pública que não proteja suficientemente (ou sequer exista) para assegurar a tutela de determinado direito humano e fundamental violado, ou ainda barrar excessos da atuação do Estado que o viole¹⁰³.

Por sua vez, a CortelDH também exerce sua função ao assegurar como último subterfúgio (esgotadas todas as vias internas judiciais ou por demora injustificada da tutela estatal) os direitos humanos, de forma a estabelecer um patamar mínimo de proteção (PIOVESAN, 2010, p. 163). Esse exercício reflete nas políticas públicas justamente por serem um dos instrumentos de que o Estado dispõe para efetivar os direitos previstos nos tratados internacionais. Exemplo disso é o caso da proteção dos portadores de deficiência mental, que resultou no dispositivo da sentença da Corte no Caso Ximenes Lopes *versus* Brasil (2006), o qual determinou a implementação de política pública para o desenvolvimento de um programa de formação e capacitação para os profissionais da saúde vinculados ao atendimento de saúde mental.

É evidente, assim, a importância do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos para a garantia dos mesmos, bem como seu papel evolutivo, consoante aponta Trindade (2003, p. 109):

¹⁰³ Com relação a essa relação dialógica do controle judicial com os demais Poderes sobre os direitos socioeconômicos, cabe ressaltar o estudo de Dixon (2014) ao estabelecer uma relação com as noções de controle “forte” e “fraco”: “En algunas teorías de constitucionalismo cooperativo, la elección entre estos dos ejes es muy clara, en la medida en que, a menudo, estos caracterizan la función de los tribunales en términos coercitivos o comunicacionales. Así, para la teoría conversacionalista de la revisión judicial, la función de los tribunales es meramente ‘deliberar y no decidir’, por lo que siempre será preferible que opten por medidas disciplinarias débiles antes que por derechos débiles, dado que se considera que de ese modo se sacrifica poco o nada de efectividad judicial. Por su parte, para la perspectiva del minimalismo democrático, una de las funciones fundamentales de los tribunales es resolver controversias concretas de un modo que evite, en lugar de fomentar, formas profundas y desestabilizadoras de razonamiento judicial, por lo que en tal caso será preferible una posición de derechos débiles como eje de la debilidad, dado que esto casi carece de costos para la eficacia general de la revisión judicial. De manera similar, para la comprensión departamentalista, los tribunales tendrían que limitarse a dirimir la controversia concreta que plantea cada caso en particular, por lo que a las opiniones judiciales no se les debe ninguna deferencia ni respeto en el proceso político general, de manera que no se pierde nada si adoptan una perspectiva de derechos débil en lugar de una fuerte.” (Grifado no original).

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

Analisando-se a jurisprudência da CorteIDH, é possível identificar uma evolução na responsabilização dos Estados-partes e o seu papel na proteção dos direitos humanos, requerendo destes uma atuação mais efetiva para garantir os parâmetros mínimos aos referidos direitos. A atuação da Corte sobre as políticas públicas promovidas (ou a falta delas) pelo Estado também se evidencia em outros casos, ao passo que se constata determinações que vão além de indenizações e de medidas compensatórias para as vítimas. Evidenciam-se, desse modo, dispositivos que apontam para correções na atuação, ou na omissão, por parte do Estado, a fim de assegurar os direitos humanos.

Analisando-se os dispositivos adotados por cada Tribunal, é possível afirmar que o Supremo Tribunal Federal é mais tímido do que a Corte Interamericana, abstendo-se de proferir decisões de natureza estruturante, apenas reconhecendo a insuficiência ou a omissão do Estado na garantia de um determinado direito, evitando, assim, interferir na margem de apreciação do legislador e do governante. Já a CorteIDH é mais direta nas imposições aos Poderes Públicos para concretizar os direitos que visa proteger, pois determina os fins que as políticas públicas devem perseguir e esboça os meios (como no caso Ximenes Lopes, quando exige do Estado brasileiro o desenvolvimento de um programa de formação e capacitação para os profissionais da saúde vinculados ao atendimento de saúde mental, a fim de atender os padrões internacionais indicados).

Sobre o estudo da aplicação do dever de proteção por parte do Supremo Tribunal Federal, Leal (2015, p. 232) demonstra que:

É possível concluir, portanto, que a “proibição da proteção insuficiente” (*Untermassverbot*) tem sido utilizada pelo Supremo Tribunal Federal como fundamento para sua intervenção na defesa dos direitos fundamentais. Ele não a utiliza, todavia, como fundamento para o controle jurisdicional de Políticas Públicas prestacionais ou relativas a direitos sociais, para o que tende a privilegiar o conceito de dignidade humana. [...] A dignidade humana aparece, por conseguinte, como elemento determinante para o reconhecimento da essencialidade do direito pleiteado,

vindo, frequentemente, associada ao conceito de “mínimo existencial”, do que decorre a sua necessária garantia, independentemente da “reserva do possível”. (Grifado no original).

A partir das conclusões da presente pesquisa, é possível concluir como razões para essa diferença o fato de a Corte não fazer parte dos Poderes que compõem o próprio Estado, bem como por ser acionada quando todo o sistema de proteção aos direitos humanos de âmbito interno (nacional) já se mostrou insuficiente para assegurar o direito violado. Afirma-se isso considerando-se três motivações. Com relação à primeira razão, o STF se esforça, em sua fundamentação, para justificar sua intervenção, enquanto que a CorteIDH reconhece as violações e, de imediato, passa a discorrer sobre quais os parâmetros mínimos que o Estado deve respeitar em matéria de direitos humanos. Já com relação ao segundo motivo, a competência subsidiária da CorteIDH exige uma postura mais enérgica para com o Estado, pois, ao alcançar o rito processual da Corte, aquele se mostrou insuficiente para proteger o direito violado por seus próprios mecanismos. Não obstante isso, como terceira motivação, é importante ressaltar a preocupação da Corte Interamericana com novas possíveis violações, sendo que sua atuação mais impositiva (em face da liberdade de conformação do legislador) se deve, também, em parte, ao fato dela buscar uma atuação preventiva, no sentido de prevenir a reincidência, mais do que corrigir falhas, como ocorre com o STF.

Resultado disso são as sentenças da Corte com dispositivos voltados não apenas para a violação do caso sob análise, mas para a promoção de verdadeiras reformas sociais. Desse modo, as sentenças projetam dispositivos que vão ao encontro da noção das medidas estruturantes (JOBIM, 2013, p. 173), enquanto instrumentos de transformação da realidade social. Para tanto, o julgador não deve apenas julgar, mas dar sentido ao texto legal que confronta a Constituição (no caso do STF) – e mesmo a Convenção (no caso da CorteIDH) – por meio dos casos que julga, garantindo, assim, cada vez mais, os direitos individuais e sociais, além de promover outros valores como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a iguadade e a justiça.

Exemplo disso se constata no caso Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) *versus* México (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009c), que trata da violência contra a mulher. A demanda está relacionada com a responsabilidade do Estado pelo desaparecimento e posterior morte das jovens

Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez. Dessas três, as últimas duas contavam com menos de dezoito anos de idade. Seus corpos foram encontrados em uma plantação de algodão na Ciudad Juárez, em 06 de novembro de 2001, vítimas de um contexto de violência contra as mulheres. Embora o caso trate de três jovens, esse contexto de feminicídios de jovens entre 15 e 25 anos sequestradas e mantidas em cativeiro, encontradas mortas em terrenos baldios com sinais de violência, estupro e outros abusos sexuais (tortura e mutilações) ocorreria desde 1993.

A CorteIDH determinou, dentre outros dispositivos como indenizações e medidas reparatórias para os familiares das vítimas, a remoção dos obstáculos jurídicos e de fato que impeçam a investigação e processo judicial, inclusão da perspectiva de gênero, com linhas de investigação específicas em relação à violência sexual, devendo o Estado promover os mesmos requisitos em casos análogos. Exigiu também que o Estado construísse um monumento em memória às vítimas na Ciudad Juárez, contudo não se limitou a isso. De forma mais interventiva, exigiu a padronização de todos os protocolos, manuais, critérios de investigação, serviços periciais e de aplicação de justiça utilizados para investigar todos os crimes que sejam relacionados a desaparecimentos, violência sexual e homicídios de mulheres.

Além disso, determinou ao Estado mexicano a adequação do Protocolo Alba (mecanismo de atendimento, reação e coordenação das autoridades nos três âmbitos de governo para proceder em caso de desaparecimento de mulheres e meninas em Ciudad Juárez), em conformidade com as diretrizes estabelecidas pela Corte. No mesmo sentido, determinou a criação de um site de atualização permanente para informação pessoal necessária de todas as desaparecidas em Chihuahua (Estado onde se encontra a Ciudad Juárez) desde 1993, como portal de comunicação para auxiliar as autoridades (mesmo de maneira anônima) a descobrir o seu paradeiro. Estabeleceu, ainda, nos dispositivos, qual a base de dados que o Estado precisa criar (ou atualizar) sobre as desaparecidas no âmbito nacional (informações pessoais, genéticas e amostras celulares dos familiares das desaparecidas, bem como dos restos mortais encontrados e não identificados).

A sentença vai além, ao exigir também a implementação de programas e cursos permanentes de educação e de capacitação em direitos humanos e gênero destinados aos funcionários públicos, que se atenham para a perspectiva de gênero

para a devida diligência na condução de investigações prévias e processos judiciais (relacionados com discriminação, violência e homicídio de mulheres por razões de gênero), assim como superação de estereótipos sobre o papel social das mulheres. Não obstante isso, além do quadro de funcionários, a sentença estabeleceu que o Estado deverá realizar um programa de educação destinado à população em geral do Estado de Chihuahua, com a finalidade de combater a cultura de discriminação à mulher estabelecida na localidade.

No decorrer da análise da compreensão do dever de proteção do Estado pela Corte Interamericana – embora não se utilize dessa terminologia – o Tribunal Internacional reconhece o dever de prevenção, sendo que a sua jurisprudência estabeleceu, inclusive, critérios precisos e fundamentais sobre o mesmo. Nesse sentido, o voto concorrente do Juiz Diego Garcia-Sayan (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009c) apontou como referência os Casos *Ximenes Lopes versus Brasil* e *Yakye Axa versus Paraguai*, ressaltando que nesses fatos julgados as pessoas vitimadas se encontravam sob a custódia do Estado como no centro que abrigava os deficientes mentais (caso brasileiro) ou em posição especial de garante como o da comunidade indígena deslocada pelo despojo de suas terras (caso paraguaio)¹⁰⁴. Já no caso mexicano, a negligência com as inúmeras denúncias que exigiam do Estado uma atuação mais protetiva é que evidenciam esse dever de prevenção.

Em seu voto, o julgador esclareceu que não existe uma responsabilidade ilimitada do Estado frente a qualquer ato ou fato de particulares, cabendo a “posição especial de garante” do Estado quando constatados os três componentes a seguir elencados: “1) o ‘conhecimento de uma situação de risco real e imediato’; 2) ‘um indivíduo ou grupo de indivíduos determinado’, e 3) ‘possibilidades razoáveis de prevenir ou evitar esse risco’” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009c), critérios esses apontados inicialmente para referir ao “risco real e imediato” nos Casos *Ríos e outros versus Venezuela* (2009) e *Perozo e outros versus Venezuela* (2009).

¹⁰⁴ A Corte condenou o Estado paraguaio a identificar em seu território os membros da Comunidade Indígena Yakye Axa, subsidiando bens e serviços básicos necessários para a sua subsistência enquanto permanecerem sem terras. Outrossim, determinou a criação de um fundo exclusivo para aquisição de terras para os indígenas e a implementação de um programa e fundo de desenvolvimento comunitário para os mesmos. Quanto ao ordenamento jurídico interno, exigiu a adoção de medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter, que garanta o efetivo gozo do direito de propriedade aos membros dos povos indígenas. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2005).

Para melhor exemplificar o entendimento da Corte sobre a responsabilidade do Estado-parte por violações de direitos humanos cometidas por particulares dentro de sua jurisdição, cabe referir o seguinte trecho da sentença do Caso *Massacre de Pueblo Bello versus Colômbia* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006b):

[...] para la Corte es claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, el carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía. (Grifado no original).

Reiterando a responsabilidade do Estado, Mac-Gregor e Möller (2012, p. 159) abordam sobre dois dos deveres do Estado envolvidos em casos como o mexicano acima relatado: o dever de investigação e o de prevenção. Diante disso, o Estado está obrigado a investigar toda situação que possa caracterizar a violação de direitos humanos protegidos pela Convenção. Assim, esse pode ser responsabilizado quando o aparato estatal contribuir para a impunidade do caso ou quando não buscar o reestabelecimento da plenitude dos direitos da vítima (quando possível). O mesmo descumprimento de seu dever é constatado quando o Estado tolera que particulares ou grupo desses atuem livre e impunemente, violando direitos reconhecidos na Convenção.

Quanto à atuação da Corte IDH e alcance de sua interpretação, de forma a assegurar a promoção por meio de sua jurisprudência de uma proteção progressiva e efetiva, Zelada expõe (2007, p. 444) que

En cuanto a los criterios de interpretación, la Corte señaló que cuando interpreta un tratado “no solo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con este (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31). El Tribunal ha señalado anteriormente que esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos

internacionales de protección”. La Corte consideró que la interpretación evolutiva se encuentra consagrada en las reglas generales de interpretación de la Convención de Viena de 1969, y afirma que tanto la Corte Interamericana como la Europea han dicho que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”. (Grifado no original).

Veja-se que esta interpretação permite, inclusive, uma análise sobre o ordenamento jurídico interno do país, se está em condições de atender aos parâmetros mínimos de proteção exigidos pela Convenção Americana e demais tratados internacionais sobre direitos humanos, desde que seja signatário destes.

Outra distinção entre ambas as cortes está no modo como encaram a proteção prevista no ordenamento jurídico interno em comparação com os dispositivos de tratados internacionais. Nesse ponto, a CorteIDH, sob a natureza subsidiária do controle de convencionalidade, estabelece os parâmetros mínimos de proteção aos direitos humanos, exigindo que o Estado os incorpore ao ordenamento jurídico interno (sem necessariamente criar uma norma para tanto, bastando a simples aplicação, pelos magistrados, da adoção do já previsto no tratado ou na própria Convenção). Caso o Direito Interno possua uma proteção maior, por óbvio que esta deve ser respeitada e aplicada, pois mais favorável à pessoa humana (princípio *favor persona*)¹⁰⁵.

Por sua vez, o STF segue a linha distinta de outros tribunais constitucionais¹⁰⁶, ao deixar de fundamentar suas decisões com base no referido princípio. Veja-se que, no caso do julgamento da possibilidade da prisão civil de depositário infiel, entendeu por dar primazia à Constituição, referindo que o dispositivo constitucional não fora revogado. Todavia, como a aplicabilidade da referida prisão dependia da regulamentação de legislação infraconstitucional, esta sim havia sido revogada pelo Pacto de São José da Costa Rica (diante do caráter suprallegal do Pacto). Portanto, se na prática prevaleceu a medida mais protetiva à pessoa humana, na fundamentação do Supremo Tribunal brasileiro não ocorreu a mesma preferência, diante de uma decisão técnica sobre hierarquia dos dispositivos que excluiu o referido princípio de sua apreciação (STF, RE n. 349.703, 2008).

Diante de todo o exposto, importa frisar a importância da jurisprudência da

¹⁰⁵ O tema já foi abordado no subcapítulo sobre a operacionalização do dever de proteção pela CorteIDH e pelo STF.

¹⁰⁶ Como por exemplo o Tribunal Constitucional peruano, a Corte Constitucional da Colômbia, a Corte Suprema Argentina e a Sala Constitucional da Corte Suprema da Costa Rica (ALCALÁ, 2014).

Corte Interamericana, muito pouco utilizada no âmbito nacional pelos julgadores dos mais distintos graus de jurisdição. Ressalta-se que os parâmetros mínimos de proteção por ela estabelecidos, a partir da análise do Direito Internacional e do ordenamento jurídico interno de cada país, são pouco explorados pela jurisprudência brasileira, muitas vezes por simples desconhecimento da fonte jurisprudencial Internacional por parte dos operadores jurídicos (juízes, promotores, advogados, etc.).

Contudo, devem-se louvar medidas que visam justamente aproximar os magistrados brasileiros da atuação da Corte e da Comissão Interamericana. Tal fato se evidencia, inclusive, por meio do documento oficial firmado em colaboração entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, datado de 10 de fevereiro de 2015. A Carta de Intenções¹⁰⁷ propõe uma melhor capacitação e desenvolvimento do Judiciário brasileiro no campo dos direitos humanos, buscando a realização de cursos de formação e capacitação de juízes e funcionários das cortes judiciais regionais, já no âmbito das escolas de magistratura. Tal iniciativa abrange congressos, seminários, colóquios, simpósios, conferências, foros bilaterais ou multilaterais, entre outras atividades vinculadas aos direitos humanos. Não obstante isso, o documento prevê a edição de um livro sobre os tratados internacionais do Sistema Universal e Regional de Proteção aos Direitos Humanos, bem como disponibilização de bibliografia eletrônica no *site* do Conselho Nacional de Justiça, com textos, publicações e até a própria jurisprudência da CorteIDH, tudo traduzido para o idioma português.

Posteriormente, em 19 de outubro de 2015, houve novo acordo¹⁰⁸ firmado entre o CNJ e a Organização dos Estados Americanos, consolidando a cooperação no desenvolvimento, na implementação e no intercâmbio de projetos no Brasil e nos demais Estados membros, buscando a partir disso uma melhor distribuição da Justiça e a concretização de boas práticas relacionadas ao sistema penitenciário e à execução penal. Ações como essas demonstram a aproximação do Judiciário brasileiro do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, o que faz deste trabalho um pequeno passo na mesma direção.

¹⁰⁷ O referido documento pode ser encontrado no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/acordoCIDH.pdf>>.

¹⁰⁸ O Supremo Tribunal Federal divulgou a referida notícia em seu *site*, que pode ser conferida no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=302084>>.

Expostas as diferenças e semelhanças na atuação de ambas as cortes cabe finalizar o presente capítulo destacando as noções da Teoria do Dever de Proteção em suas decisões. Assim, importa referir que a Corte Interamericana não desenvolve explicitamente a teoria alemã, mas trabalha sim com a compreensão do dever de prevenção do Estado de forma semelhante. Diante da dimensão objetiva dos direitos humanos e fundamentais, exige que este articule suas ações de modo a assegurar a proteção desses direitos, sendo passível de responsabilização caso se omita ou não atenda aos parâmetros mínimos compreendidos pela jurisprudência da CorteIDH. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal expressamente trabalha com a compreensão do dever de proteção de origem alemã, sendo mais notório o uso da teoria como critério para sua decisão, servindo como fundamentação para sua intervenção no controle de políticas públicas.

5 CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que nos dias atuais os direitos humanos e fundamentais são percebidos com alto grau de importância para a noção de Estado de Direito, afastando qualquer dúvida quanto ao seu caráter normativo, possibilitando a sua exigibilidade. Consoante a sustentação do primeiro capítulo, é possível constatar o papel da atuação judicial na garantia desses direitos, bem como as características decorrentes de sua dimensão objetiva, que induz a sua proteção e promoção, além de reconhecer a sua eficácia horizontal e a consequente irradiação para os demais dispositivos infraconstitucionais. Para tanto, o Estado deve planejar suas políticas públicas com a finalidade de concretizar os direitos supracitados, o que exige a compreensão de todo o processo que envolve uma política pública, desde os instrumentos por ela utilizados até as fases de seu desenvolvimento.

Imperioso ressaltar também os fundamentos que permitem apontar o Supremo Tribunal Federal não apenas como guardião da Constituição, mas como ator no complexo controle de políticas públicas. Tais compreensões advêm da análise do controle de constitucionalidade desde sua origem (tanto americana como alemã), por ambas as modalidades de controle desenvolvidos (difuso e concentrado), até sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro. Justamente a limitação dos agentes políticos ao disposto no texto constitucional (ou por ele incorporado, como ocorre por meio de tratados internacionais sobre direitos humanos), assegurando o cumprimento dos direitos fundamentais, permite o desempenho desse controle como fiscalizador da efetivação dos mesmos, uma vez que há previsão na própria Constituição para a sua aplicação imediata. Portanto, cabe ao Poder Judiciário analisar, em caso de violação a um direito fundamental, corrigir ou mesmo determinar uma prestação que atenda ao caso concreto, para garantir a eficácia das normas constitucionais.

Por outro lado, a Corte Interamericana se mostra do mesmo modo participante na defesa dos direitos das pessoas sob a jurisdição e tutela do Estado, de forma que é possível constatar tanto a CorteIDH como o STF como atores no controle de políticas públicas. Outrossim, a cláusula aberta para a incorporação dos direitos humanos previstos em tratados internacionais ao rol de direitos fundamentais reforça a força normativa também dos direitos humanos, os quais devem ser igualmente respeitados, observadas as formalidades para tanto. Não

obstante isso, a aceitação, por parte do Estado, da jurisdição da Corte Interamericana, permite ainda o denominado controle de convencionalidade, submetendo-se cada Estado-parte à interpretação e à jurisprudência da Corte IDH. Desse modo, a jurisdição internacional sobre violações de direitos humanos consagra a responsabilidade internacional do Estado, reforçando, assim, o seu dever de proteção aos direitos humanos e fundamentais.

Num segundo momento, a partir da evolução jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), é possível demonstrar como o dever de proteção foi inicialmente compreendido pelos magistrados alemães, desde a concepção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais com o julgamento do *Lüth-Urteil* (BVerfGE 7, 198, 1958), até o exercício da análise da proporcionalidade da atuação estatal para assegurar os direitos já mencionados. Assim, desenvolve-se, especialmente com o caso *Schwangerschaftsabbruch II* (BverfGE 88, 203, 1993), a compreensão da dupla face da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), por meio da defesa da “proibição de proteção deficiente” (*Untermassverbot*) e da “proibição de excesso” (*Übermassverbot*). Verifica-se, diante do exposto, o reconhecimento do dever de proteção do qual é possível extrair direitos subjetivos individuais à proteção, oponíveis em face do Estado. Este, por meio de providências normativas, administrativas e materiais, possui a obrigação de salvaguardar as pessoas de danos e lesões que possam ser causadas, inclusive por terceiros. Frisa-se, ainda, a contribuição da técnica da ponderação para a aplicação da Teoria do Dever de Proteção quando houver a necessidade de assegurar um determinado direito fundamental da pessoa exposta à situação de maior vulnerabilidade em face de outro direito igualmente fundamental de terceiro.

Portanto, evidencia-se o dever do Estado de exercer o papel de proteção e auxílio à pessoa frente a possível violação de terceiros. Ou seja, cria-se um sistema triangular em que o Estado é acionado para tutelar o indivíduo que tem seu direito fundamental prejudicado por outra pessoa. Importante ressaltar o entendimento de que o dever de proteção envolve o monopólio do poder (como por exemplo o uso da força e a possibilidade de realizar as políticas públicas) concentrado na figura do Estado, pois compete ao mesmo (como um dever) auxiliar as pessoas a defender e assegurar os seus direitos tidos como fundamentais. Conclui-se, a partir da contribuição da teoria desenvolvida na jurisprudência alemã, que quanto maior for a

importância valorativa do bem jurídico tutelado, quanto maior for o prejuízo (ou a sua probabilidade) da violação analisada, e quanto maior a fragilidade do indivíduo que se encontra prejudicado, maior é o dever de atuação do Estado para garantir o seu direito. Essa imposição limita, por sua vez, a margem de apreciação do legislador ao dever de proteção. Logo, a atuação estatal se torna passível de controle jurisdicional em caso de inexistência de proteção ou quando esta se dá de forma insuficiente/deficiente.

Neste cenário, ambas as cortes analisadas apresentam-se como indutoras de ações estatais, especialmente na correção das políticas públicas para garantir os parâmetros mínimos de proteção exigidos. Salienta-se que a Convenção Americana e a Constituição reforçam em seus textos a preocupação com a proteção dos direitos humanos e fundamentais. Esses direitos provenientes da Carta Constitucional e dos tratados internacionais, somados aos direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados (que não se encontram explícitos nos referidos documentos), configuram o *corpo iuris* de direitos a serem protegidos por cada Estado, compondo o bloco de constitucionalidade que possibilita o controle jurisdicional. Sua irradiação sobre as demais normas, bem como a prevalência da interpretação mais favorável à pessoa (princípio *pro homine* ou princípio *favor persona*), confirmam um sistema voltado para a promoção da dignidade da pessoa humana.

A satisfação dessa obrigação prestacional tem um determinado espaço aberto (*Spielraum*) dentro do qual é possível realizar-se uma escolha acerca do modo como se buscará o seu cumprimento. Contudo, a intervenção judicial resta justificada quando a conduta adotada pelos demais Poderes não for proporcional àquilo que os direitos humanos e fundamentais exigem, para atender aos parâmetros mínimos do dever de tutela do Estado construídos pela jurisprudência da Corte IDH ou em conformidade com o entendimento jurisprudencial do Poder Judiciário no âmbito interno. Diante disso, é clara a importância da função da Teoria do Dever de Proteção para a compreensão da responsabilidade estatal, especialmente para mensurar a proporcionalidade das medidas adotadas (ou mesmo na falta delas).

Com o último capítulo, expõe-se a jurisprudência das cortes nesse sentido, iniciando-se pelo Supremo Tribunal Federal. Da análise, é possível visualizar vinte e três decisões com referência direta aos termos alemães correspondentes à Teoria

do Dever de Proteção, além de um informativo. Desses julgados, está claro que o STF utiliza-se das noções de proibição de excesso (*Übermassverbot*) e de proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*), posicionando-se pela possibilidade jurídica de determinar judicialmente a concretização dos direitos fundamentais por meio do controle de políticas públicas quando a situação demonstrar a violação dos direitos fundamentais (pela inexistência ou insuficiência da proteção dos mesmos).

Já a jurisprudência da CorteIDH que tem como parte o Estado brasileiro não refere diretamente à Teoria do Dever de Proteção, porém sua compreensão acerca da responsabilidade estatal exige uma atuação positiva para que, por meio de medidas prestacionais ou regulatórias, sejam garantidos os direitos humanos. Demonstra-se, com o caso *Ximenes Lopes* e da *Guerrilha do Araguaia*, que há uma preocupação com as políticas públicas voltadas para a proteção desses direitos, especialmente no que tange ao dever de prevenção de novas violações. Em razão disso, seus dispositivos apresentam determinações para o Estado implantar (ou adaptar) sua política pública em questão aos parâmetros mínimos de proteção defendidos na sentença da Corte.

Por fim, é possível constatar que ambas as cortes encontram limitações no exercício de sua função, seja no princípio da separação de Poderes (STF), seja no tocante à soberania nacional (CorteIDH), o que não as impede de realizar o controle sobre as políticas públicas. Outra semelhança é que a jurisprudência interna se preocupa com a defesa do mínimo existencial, enquanto que no âmbito internacional há referência a parâmetros mínimos de proteção que devem ser respeitados pelos Estados que se submeteram à jurisdição da Corte. Assim, é possível distinguir que tanto o STF como a CorteIDH buscam uma proteção aos direitos humanos e fundamentais de forma que o Estado está obrigado a garantir, independente de sua discricionariedade ou de outra fundamentação (como por exemplo a limitação orçamentária), um patamar mínimo de direitos que seja suficiente para não violar a dignidade das pessoas que se encontram sob a sua tutela.

Todavia, encontram-se algumas diferenças na forma de atuação, em especial no que tange a seus dispositivos. Enquanto o STF se restringe ao caso concreto (notadamente no controle difuso), uma vez que é provocado a se manifestar pelas partes que compõem a lide, a Corte permite uma análise das ações do Estado como um todo, para evitar a continuidade das práticas (ou omissões)

violadoras de direitos humanos. Isso se reflete na parte final das sentenças, pois a Corte não se detém ao ir mais além em suas disposições, determinando o comportamento do Estado em determinadas políticas públicas. Portanto, é mais fácil identificar a natureza estruturante das decisões da Corte Interamericana, apresentando sua jurisprudência uma preocupação mais preventiva, enquanto que o Supremo Tribunal Federal brasileiro se atém mais a uma atuação de correção das falhas pontualmente constatadas.

Expostas essas constatações, é possível responder ao questionamento a que o presente trabalho se propôs: se e como a Corte Interamericana utiliza a noção de “dever de proteção” como critério e como fundamentação para o controle de políticas públicas em suas decisões e de que forma se distingue da perspectiva do Supremo Tribunal Federal? Resta esclarecido que a Corte Interamericana trabalha com a noção de dever de prevenção, construindo sua jurisprudência de forma a exigir dos Estados-partes o respeito aos direitos humanos, assegurando parâmetros mínimos de proteção. Portanto, é possível afirmar que há em sua fundamentação um critério para a responsabilização dos Estados violadores de direitos humanos, que visa à proteção como um dever, ainda que de forma implícita, enquanto que o Supremo Tribunal Federal utiliza-se expressamente da teoria alemã.

Isso confirma a hipótese apresentada inicialmente de que a Corte Interamericana realiza uma espécie de controle jurisdicional semelhante ao realizado em âmbito interno pelo STF. Bem como que aquela se apresenta de forma mais impositiva no que tange às tarefas que o Estado tem o dever de prestar e proteger, pois tende a impor mais obrigações e ações do que o STF, considerando sua preocupação de prevenir novas violações.

Diante de todas as conclusões acima citadas, espera-se ter atingido não só o objetivo principal do estudo proposto, ao realizar a análise comparativa entre as cortes e sua compreensão da noção do dever de proteção, como também as pretensões secundárias. Dessa forma, pode-se esclarecer o uso da concepção do dever de proteção como critério e fundamentação no controle jurisdicional de políticas públicas, diante da dimensão objetiva dos direitos humanos e fundamentais. Também se demonstrou como ocorre a atuação da Corte Interamericana, ressaltando-se suas determinações sobre políticas públicas e o papel de suas decisões na proteção dos direitos humanos. Finalmente, foi possível traçar um esboço da atuação do STF no que tange ao uso da Teoria do Dever de

Proteção como critério em suas decisões para a garantia dos direitos fundamentais, além da análise comparativa e crítica de ambas as atuações. Ante o exposto, ao final deste trabalho, pode-se afirmar que a Corte Interamericana assume sua função jurisdicional atuando, assim como o Supremo Tribunal Federal, no controle das políticas públicas, trabalhando com a noção de dever de prevenção como critério para analisar a responsabilidade do Estado. Dessa forma, a CorteIDH aplica, de forma semelhante ao critério do dever de proteção adotado pelo STF, critérios para exigir do Estado sua responsabilidade na prevenção às violações dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: Dimoulis, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Org.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales. *Revista Ius et Praxis: derecho en la región*, Talca, n. 2, año 11, p. 15-64, 2005.

_____. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales: derechos sociales fundamentales*. Tomo 3. Santiago: Librotecnia, 2009.

_____. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. *Revista Estudios Constitucionales*. v. 10. n. 2. Santiago, 2012.

_____. El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos por el Tribunal Constitucional chileno en el periodo 2006-2010. In: ALCALÁ, H. N.; ZELADA, L. G. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extrajero*. Santiago: Librotecnia, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Flávia de; CURY, Paula Maria Nasser. Os princípios jurídicos e a efetividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. *Revista Meritum*. Belo Horizonte, v. 4, n. 02, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: Sarlet, Ingo W.; TIMM, Luciano B. (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Salvador: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 9, mar./abr./maio 2007.

_____. Retrospectiva 2008: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 18, 2009.

BOLESINA, Iuri. *O mínimo existencial enquanto critério para o controle jurisdicional de políticas públicas: análise teórica e crítica de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Dissertação (Mestrado): Universidade de Santa Cruz do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Santa Cruz do Sul, 2012.

BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tamiris Alessandra. *O dever (constitucional) de*

proteção aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional de políticas públicas. Santa Cruz do Sul: Essere nem Mondo, 2014.

BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *O mínimo existencial e o controle jurisdicional de Políticas Públicas: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.* Curitiba: Multideia, 2012. v. 1.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Crise do Estado, Constituição e Democracia Política: a “realização” da ordem constitucional! E o povo... In: COPETTI, André. et al. (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em direito da Unisinos.* Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 91-111.

BITENCOURT, Caroline Müller. *Controle jurisdicional de políticas públicas.* Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.* Rio de Janeiro, RJ, 1891.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.* Rio de Janeiro, RJ, 1934.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF, 1967.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF, 1988.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil.* Rio de Janeiro, RJ, 1937.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil.* Rio de Janeiro, RJ, 1946.

_____. *Decreto n. 848.* Rio de Janeiro, RJ: Governo Provisório, 1890.

_____. *Decreto-Lei n. 2.848.* Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1940.

_____. *Lei n. 221.* Rio de Janeiro, RJ: Congresso Nacional, 1894.

_____. *Lei n. 1.060.* Brasília, DF: Congresso Nacional 1950.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277.* Julgado em 05 maio 2011. Min. Rel. Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650.* Julgado em 26 mar. 2013. Min. Rel. Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45.* Julgada em 29 abr. 2004. Min. Rel. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54*. Julgada em 12 abr. 2012. Min. Rel. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 94.265*. Julgado em 24 maio 2013. Min. Rel. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 102.087*. Julgado em 28 fev. 2012. Min. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 104.410*. Julgado em 06 mar. 2012. Min. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo n. 657*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 349.703*. Julgado em 03 dez. 2008. Min. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 680.868*. Julgado em 24 ago. 2012. Min. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 686.182*. Julgado em 22 out. 2012. Min. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 760.463*. Julgado em 25 jul. 2013. Min. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 349.703*. Julgado em 03 dez. 2008. Min. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 418.376*. Julgado em 09 fev. 2006. Min. Rel. Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 121.222*. Julgado em 11 jun. 2014. Min. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 123.553*. Julgado em 11 nov. 2014. Min. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Liminar n. 228*. Julgado em 14 out. 2008. Min. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Liminar n. 235*. Julgado em 08 jul. 2008. Min. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Liminar n. 263*. Julgado em 14 out. 2008. Min. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Segurança n. 3.690*. Julgado em 20 abr. 2009. Min. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Segurança n. 3.741*. Julgado em 27 maio 2009. Min. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Segurança n. 3.751*. Julgado em 20 abr. 2009. Min. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada n. 198*. Julgado em 22 dez. 2008. Min. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada n. 238*. Julgado em 21 out. 2008. Min. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada n. 241*. Julgado em 10 out. 2008. Min. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada n. 245*. Julgado em 22 out. 2008. Min. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada n. 277*. Julgado em 01 dez. 2008. Min. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada n. 318*. Julgado em 20 abr. 2009. Min. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada n. 419*. Julgado em 06 abr. 2009. Min. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

CEIA, Eleonora Mesquita. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 113-152, jan./fev./mar. 2013.

CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Santiago, 1980. Disponível em: <http://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e Outros versus Chile*: sentença de 26 de setembro de 2006 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 2006a. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

_____. *Caso Cabrera García y Montiel Flores versus México*: sentença de 26 de novembro de 2010 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 2010a. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

_____. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa versus Paraguai*: sentença de 17 de junho de 2005 (mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 2005. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 01 out. 2015.

_____. *Caso Escher e Outros versus Brasil*: sentença de 06 de julho de 2009 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 2009a. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 01 out. 2015.

_____. *Caso Garibaldi versus Brasil*: sentença de 23 de setembro de 2009 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 2009b. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 01 out. 2015.

_____. *Caso Gelman versus Uruguai*: sentença de 24 de fevereiro de 2011 (mérito e reparações). São José da Costa Rica, 2011. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

_____. *Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) versus Brasil*: sentença de 24 de novembro de 2010 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 2010b. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 01 out. 2015.

_____. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) versus México*: sentença de 16 de novembro de 2009 (exceção preliminar, mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 2009c. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 01 out. 2015.

_____. *Caso Massacre de Pueblo Bello versus Colômbia*: sentença de 31 de janeiro de 2006 (mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 2006b. Disponível

em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 01 out. 2015.

_____. *Caso Nogueira de Carvalho e Outro versus Brasil*: sentença de 28 de novembro de 2006 (mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 2006c. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 01 out. 2015.

_____. *Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras*: sentença de 29 de julho de 1988 (mérito). São José da Costa Rica, 1988. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

_____. *Caso Ximenes Lopes versus Brasil*: sentença de 04 de julho de 2006 (mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 2006d. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 01 out. 2015.

_____. *Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São José da Costa Rica, 2009d. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. *Lüth-Urteil*. BVerfGE 7. Julgado em 15 jan. 1958. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Homepage/homepage_node.html>. Acesso em: 14 ago. 2015.

_____. Bundesverfassungsgericht. *Schwangerschaftsabbruch I*. BVerfGE 39, 1. Julgado em 25 fev. 1975. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Homepage/homepage_node.html>. Acesso em: 14 ago. 2015.

_____. Bundesverfassungsgericht. *Schwangerschaftsabbruch II*. BVerfGE 88, 203. Julgado em 28 maio 1993. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Homepage/homepage_node.html>. Acesso em: 14 ago. 2015.

DIXON, Rosalind. Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles. In: GARGARELLA, Roberto. (Org.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GORCZEWSKI, Clóvis. As condenações do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos e as políticas públicas decorrentes. In: LEAL, M. C. H.; COSTA, M. M. M. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 15. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2015.

_____. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

GUERRA, Sidney. A proteção internacional dos direitos humanos no âmbito da Corte Interamericana e o controle de convencionalidade. *Nomos - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. v. 32.2, jul./dez. 2012.

GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Estudio preliminar de Antonio López Pina. Tradução de Raúl Sanz Burgos e José Luis Muños de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton and Company, 1999.

JOBIM, Marco Felix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

JUÁREZ, Karlos A. Castilla. El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco. In: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. XI, 2011, p. 593-624.

KIRSTE, Stephan. *Introdução à filosofia do direito*. Tradução de Paula Nasser. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

KISCHEL, Uwe. *O dever de proteção derivado dos direitos fundamentais*. Professor convidado na disciplina Controle Jurisdicional de Políticas Públicas do Programa de Pós-Graduação em Direito – Doutorado, na Universidade de Santa Cruz do Sul, 11 maio 2015.

LARANJEIRA, Márcio Fernando Bouças. Separação de Poderes, supremacia do Parlamento e controle de constitucionalidade. *Revista Virtual da AGU*, [S.l.], ano XIII, n. 141, 2013. Disponível em <www.agu.gov.br/page/download/index/id/19791328>. Acesso em: 24 jul. 2015.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A dignidade humana como critério para o controle jurisdicional de políticas públicas: análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal. In: LEAL, M. C. H.; COSTA, M. M. M. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 14. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014a.

_____. A jurisdição constitucional entre judicialização e ativismo judicial. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 13. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

_____. Ativismo judicial e participação democrática: a audiência pública como espécie de *amicus curiae* e de abertura da jurisdição constitucional: a experiência do supremo tribunal federal brasileiro na audiência pública da saúde. In: LEAL, R. G.; LEAL, M. C. H. *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências Latino-Americanas e Européias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. El Supremo Tribunal Federal y el rango supralegal de los tratados internacionales de derechos humanos: ¿Constitución o Pacto de San José de Costa

Rica?. In: ALCALÁ, Humberto Nogueira. (Org.). *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos*. 1. ed. Santiago: Librotecnía, 2014b, v. 1, p. 95-104.

_____. *Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿existe realmente “un activismo” o “el” activismo? In: *Estudios Constitucionales: revista semestral del centro de estudios constitucionales de Chile*. Santiago, v. 10, n. 2, 2012.

_____. Princípio da proporcionalidade e controle jurisdicional de políticas públicas: uma análise da utilização da noção de “proibição de proteção insuficiente” pelo Supremo Tribunal Federal. In: LEAL, M. C. H.; COSTA, M. M. M. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 15. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2015.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. *Judicialização e Ativismo Judicial: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; GERVASONI, Tássia Aparecida. Neoconstitucionalismo e nova hermenêutica: novas perspectivas acerca da (i)legitimidade da jurisdição constitucional na concretização de direitos à luz da teoria da separação dos Poderes. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 5, n. 17, out./dez. 2011.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; GORCZEVSKI, Clóvis. Para uma nova cidadania: introdução ao estudo da Ciência Política, da Teoria do Estado e da Constituição. 1ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 11. ed. Madri: Tecnos, 2013.

MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias. A interpretação judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MÖLLER, Carlos María Pelayo. La obligación de “respetar” y “garantizar” los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana: análisis del artículo 1º del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano. *Revista Estudios Constitucionales*. v. 10. n. 2. Santiago, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. rev. atual. e ampl. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*. Brasília, vol. 2, n. 13, jun. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 15 ago. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática: fundamentação/aplicação da norma jurídica na contemporaneidade. *Revista Direito GV*. v. 5. n. 1. São Paulo, jan./jun. 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Pacto de São José) (1969). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2015.

_____. *Protocolo adicional da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, Protocolo de San Salvador* (1988). Disponível em <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm>. Acesso em: 05 ago. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta Internacional dos Direitos Humanos* (1948). Disponível em <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2014.

_____. *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher* (1979). Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

_____. *Convenção sobre os Direitos da Criança* (1989). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 05 ago. 2015.

_____. *Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos* (1966). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 05 ago. 2015.

PIOVESAN, F.; VIEIRA, R. S. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades*. Araucária, n. 15, 2006. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id491.htm>>. Acesso em 25 jul. 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RECK, Janriê Rodrigues. Observação paradigmático-sistêmica das políticas públicas e sua relação com os serviços públicos. In: ALEXY, Robert. et al (Org.). *Níveis de efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Unoesc, 2013.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROJAS, Claudio Nash. Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Año XIX, Bogotá, 2013, p. 489-509.

ROJAS, Marcela Peredo. El margen de apreciación del legislador y el control del error manifiesto. Algunas consideraciones constitucionais a partir de la jurisprudência del consejo constitucional francés y del Tribunal Constitucional Alemán. In: *Revista Estudios Constitucionales*, año 11, n. 2. Santiago, 2013.

SANTOS, Boaventura S. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, n. 98, jun. 2005.

_____. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHLINK, Bernhard. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In: BADURA, Peter; DREIER, Horst (Org.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Band II, Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, Tübingen, 2001, p. 445-465.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, J. R.; LEAL, R. G. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 2307-2333.

SCHWABE, Jürgen (Org.). *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Direito para América do Sul, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. [S.l.: s.n.], 2004. Disponível em: <<https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/bem-jurc3addico-e-constituic3a7c3a3o-da-proibic3a7c3a3o-de-excesso-lenio.pdf>>. Acesso em 24 jul. 2015.

SILVA, Christian L. et al. Indicadores, políticas públicas e a sustentabilidade. In: SILVA, Christian L.; SOUZA-LIMA, José E. *Políticas públicas e indicadores para o desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUNSTEIN, Cass R.; *A Constituição parcial*. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

WOODARD, David. et al. *Supreme Court Stories: Marbury v. Madison*. Vídeo Série da Soomo's American Government Webtext, Central Ideas in American Government, 2013. Disponível em: <<http://soomolearning.com/blogs/posts/supreme-court-stories-marbury-v-madison>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

ZELADA, Liliana Galdámez. Comentario jurisprudencial sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Rol 2273-12-INA sobre inaplicabilidad de normas del DL 10.094 que establece normas sobre los extrajeros en Chile y las matizaciones de Rol 2257-12-INA. In: ALCALÁ, H. N.; ZELADA, L. G. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero*. Santiago: Librotecnia, 2014a.

_____. Los derechos asegurados por tratados ratificados y vigentes como parámetro del control de constitucionalidad en los votos concurrentes y disidentes del Tribunal Constitucional de Chile. In: ALCALÁ, H. N.; ZELADA, L. G. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero*. Santiago: Librotecnia, 2014b.

_____. Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones. *Revista Chilena de Derecho*. v. 34. n. 3. Santiago, 2007.

APÊNDICE I – Tabela comparativa entre as cortes

	STF	CorteIDH
Decisões analisadas	3 Acórdãos 7 Decisões Monocráticas 13 Decisões da Presidência 1 Informativo TOTAL: 24	1) Caso Ximenes Lopes <i>versus</i> Brasil (2006); 2) Caso Nogueira de Carvalho e outro <i>versus</i> Brasil (2006); 3) Caso Escher e outros <i>versus</i> Brasil (2009); 4) Caso Garibaldi <i>versus</i> Brasil (2009); e 5) Caso Gomes Lund e outros <i>versus</i> Brasil (2010).
Paradigma	Constituição	Tratados Internacionais que versam sobre Direitos Humanos
Direitos tutelados	Direitos Fundamentais	Direitos Humanos
Controle	Constitucionalidade	Convencionalidade
Modalidade	Difuso e concentrado	Por juízes (de todas as instâncias) nacionais e pela Corte
Entrave	Princípio da separação de Poderes	Princípio da soberania nacional
Trabalha com a noção	De Dever de Proteção	De Dever de Prevenção
Citação à teoria alemã	Expresso na fundamentação	Implícito na análise de prevenção
Impacto nas Políticas Públicas	Geralmente reconhece a omissão ou excesso	Realiza correções na atuação, ou na omissão, estatal
Construção da noção	Do mínimo existencial	De parâmetros mínimos de proteção
Alcance	Restringe-se ao caso concreto, com possibilidade de efeito <i>erga omnes</i>	Busca sanar qualquer violação constatada
Jurisprudência	Consolidação do entendimento	Progressiva e evolutiva (sentenças estruturantes)

APÊNCICE II – Resumo das decisões do Supremo Tribunal Federal

1 ACÓRDÃOS EM QUE FORAM CITADOS OS TERMOS *SCHUTZGEBOTE* (POSTULADO DE PROTEÇÃO), *ÜBERMASSVERBOT* (PROIBIÇÃO DE EXCESSO) E *UNTERMASSVERBOT* (PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE)

1.1 Recurso Extraordinário (RE) n. 418.376-5/MS – julgado em 09/02/2006

O primeiro julgamento do Supremo Tribunal Federal em que se refere à teoria do dever de proteção alemã ocorreu em 2006, em sede de Recurso Extraordinário, em um processo de natureza penal de origem do Mato Grosso do Sul. A sentença de primeiro grau absolveu o réu pela prática de estupro, aduzindo a extinção da punibilidade com base no art. 107, inciso VII, do Código Penal, uma vez constatada a união estável entre ofensor e vítima (que contava com nove anos na época em que se iniciou a relação), equiparando a união estável ao casamento, uma vez que ambos viviam juntos e já possuíam inclusive prole. Em segundo grau de jurisdição, a decisão foi reformada, condenando-o pela prática de relação sexual com a vítima, absolutamente incapaz de se autodeterminar e de expressar vontade livre e autônoma.

A decisão do STF, submetida ao pleno, confirmou o acórdão do Tribunal de Justiça/MS. Mas a votação não foi unânime. O Relator Ministro Marco Aurélio abriu a votação discorrendo sobre a mudança na sociedade desde a criação da norma (embora o código seja de 1940, o texto desse dispositivo é de 1984) e as mudanças sociais que ocorreram desde então, entre elas a iniciação sexual cada vez mais cedo e o excessivo apelo sexual visível no dia-a-dia das sociedades ocidentais. Outrossim, suscitou a defesa do menor fruto da relação entre vítima e ofensor, votando pela declaração da extinção da punibilidade ante a união estável do recorrente com a vítima. Em sequência ao voto do relator, votaram de forma divergente os Ministros Joaquim Barbosa, Eros Grau e Cezar Peluso, quando foi pedido vista pelo Ministro Gilmar Mendes.

Este último votou no sentido de que a Constituição exige do Estado a proteção da família, assegurando no art. 227 à criança e ao adolescente o compromisso do Estado de colocá-los a salvo de toda forma de negligência,

discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Para o caso em comento, afirmou que se tratava de permanente coação psicológica e moral à criança, que estava sobre a tutela do marido de sua tia desde os oito anos de idade, de quem engravidou aos doze anos. Tal fato não poderia configurar união estável por se tratar de uma jovem sem idade suficiente para compreender de forma livre e consciente a relação de convivência e afetividade que exige uma relação entre homem e mulher.

Mais que isso, o ministro reconheceu que o entendimento pela absolvição causaria uma espécie de blindagem, por meio de norma penal benéfica, de situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade. Tal situação configura hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado (num plano geral) e do Judiciário (de forma mais específica). Nesse cenário, citou o trabalho de Lênio Streck e de Ingo Sarlet, que apontam pela dupla face do princípio da proporcionalidade, qual seja, a inconstitucionalidade pelo excesso de proteção do Estado e pela proteção insuficiente. No caso em concreto, não seria proporcional enquadrar a situação fática ao status de união estável, equiparável ao casamento, para os fins da extinção da punibilidade. Portanto, votou por negar o provimento ao recurso. O voto foi acolhido pelos Ministros Carlos Britto e Ellen Gracie, que votaram no mesmo sentido. Votaram juntamente com o relator os Ministros Sepúlveda Pertence e Celso de Mello, resultando no não provimento do recurso extraordinário por sete votos a dois.

1.2 Habeas Corpus (HC) n. 102.087/MG – julgado em 28/02/2012

Neste julgamento, a matéria se resume a atipicidade da conduta de porte de arma desmuniçada, ou se caberia seu enquadramento no art. 14 da Lei 10.826/03. As opiniões se dividem entre duas correntes, sendo uma em defesa do perigo em abstrato, que provoca a incidência da norma penal independentemente de estar municiada, e outra que considera sua atipicidade. O *habeas corpus* foi analisado primeiramente pelo Ministro Relator Celso de Mello, que entendeu por não existir configuração típica de comportamento daquele que não dispõe de acesso imediato à munição, pois não cria e nem provoca situação caracterizadora de risco proibido e relevante. Assim, entendeu ser o comportamento desprovido de periculosidade e ofensividade do tipo penal analisado. Com isso, o relator votou por dar provimento

ao *writ*.

Ato seguinte, o Ministro Joaquim Barbosa votou a favor dos precedentes da Corte, denegando a ordem. Após, foi dado vista ao Ministro Gilmar Mendes. Este, ao proferir seu voto, apontou que é possível encontrar nos princípios constitucionais mandatos de criminalização expressos, diante dos bens e valores envolvidos. Outrossim, tais disposições carregam consigo uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o que obriga o Estado não só a observar os direitos do indivíduo em face das investidas do Poder Público, mas de garantir esses contra agressões de terceiros. Nesse cenário, cita o entendimento da Corte Constitucional alemã que consolidou o entendimento de que o significado objetivo dos direitos fundamentais acarreta no dever de proteção do Estado, não sendo suficiente apenas a sua abstenção de intervenção.

Diante disso, o Estado não é mais um adversário do indivíduo, mas um guardião, o que irradia sobre toda a ordem jurídica. Portanto, não caracterizam apenas uma proibição de excesso, mas também de proibição de proteção insuficiente. Exposto isso, afirmou que o dever de proteção se caracteriza pelo dever de proibição (*Verbotspflicht*) consistente no dever de proibir uma determinada conduta; no dever de segurança (*Sicherheitspflicht*) que impõe ao Estado a tarefa de proteger o indivíduo contra ataque de terceiros por meio de medidas diversas; e o dever de evitar riscos (*Risikopflicht*) que autoriza a atuação mediante adoção de medidas de proteção ou prevenção em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico. Com isso conclui-se que as normas constitucionais explicitam o dever de proteção identificado pelo constituinte, que implica em mandatos de criminalização expressos dirigidos ao legislador, a quem compete cumprir com essa função. O legislador possui limites à sua liberdade de configuração, que o obriga a instituir um sistema de proteção capaz de garantir esses direitos.

Para o Ministro, a dogática alemã diferencia a proibição de excesso (*Übermassverbot*) – quando o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções dos direitos fundamentais como proibição de intervenção – e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) – quando os direitos fundamentais, em razão de seus imperativos de tutela, imprimem ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. Assim:

“O ato não será adequado caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.”

Segundo Gilmar Mendes, a reserva de lei penal configura-se como reserva legal proporcional, sendo a proibição de excesso o limite máximo e a proibição de proteção insuficiente o limite mínimo da intervenção legislativa penal. Isso permite a abertura de um controle de constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal. Ou seja, ainda que a atuação do legislador se caracterize pela margem de discricionariedade de avaliação, valoração e conformação, para as medidas eficazes e suficientes de proteção dos bens jurídicos tutelados pela Constituição, é importante ressaltar que sua margem de atuação está limitada pelo princípio da proporcionalidade, o que permite a fiscalização judicial de sua atividade legiferante. O Tribunal possui a incumbência de examinar se o legislador examinou de forma suficiente os fatos e prognoses, assim como se sua margem de ação está adequada para a proteção que requer o texto constitucional.

Esse controle desempenhado pelo Tribunal Constitucional, segundo a teoria alemã, abrangeria três graus de intensidade de controle da política criminal: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*) – reconhecimento da margem de avaliação, valoração e conformação do legislador para as medidas de proteção; b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*) – verificação se a decisão legislativa apreciou de forma objetiva e justificável fontes de conhecimento disponíveis para a elaboração da lei; c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*) – onde se aplica às intervenções legislativas o controle mais rígido por parte do Tribunal, com base no princípio da proporcionalidade, uma vez afetado bem jurídico de extraordinária importância.

Discorrido isso, refere que considerando que o legislador formula uma presunção absoluta no que diz respeito à periculosidade da conduta analisada, em relação ao bem jurídico que visa proteger, o perigo não é concreto, mas abstrato. Assim, não seria necessário lesão ou perigo de lesão para caracterizar o delito. Este estaria consumado com a mera conduta descrita no tipo. Para considerar legítima a sua criminalização, o julgador submete o caso ao critério da proporcionalidade, alegando o inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta, diante de

sua lesividade (possíveis e prováveis resultados lesivos), votando assim pelo indeferimento da ordem.

Tendo em vista que acompanharam o voto do Ministro Gilmar Mendes os Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto, somado o voto já computado do Ministro Joaquim Barbosa, o julgamento do *habeas corpus* teve como resultado a ordem denegada, por quatro votos contra um, vencido o relator.

1.3 Habeas Corpus (HC) n. 104.410/RS – julgado em 06/03/2012

Trata-se de um paciente denunciado pela prática de contravenção (art. 21 da Lei de Contravenções Penais – praticar vias de fato contra alguém) e crime (art. 10, *caput*, da Lei 9.437/97 – posse ilegal de arma de fogo). Em primeiro grau, houve condenação a 15 dias de prisão simples, pela contravenção, e 01 ano de detenção pelo crime, cumulada à pena de dez dias-multa. O Tribunal de Justiça gaúcho reformou a sentença, declarando extinta a punibilidade quanto à contravenção e deu provimento ao recurso da defesa para absolver o delito praticado pela posse de arma de fogo, tendo em vista que desmuniada.

O acórdão do TJRS foi reformado com o provimento do Recurso Especial, que reestabeleceu a pena da sentença. A defesa apresentou Agravo Regimental, que foi desprovido. Diante desse histórico, a Defensoria Pública apresentou o presente *writ* constitucional.

Julgado logo depois do HC 102087-MG de 28.02.2012, reiterou o voto do Ministro Gilmar Mendes daquele processo. Porém, desta vez, a ordem foi denegada por decisão unânime dos mesmos Ministros: Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Joaquim Barbosa e Ayres Britto.

2 DECISÕES MONOCRÁTICAS EM QUE FORAM CITADOS OS TERMOS *SCHUTZGEBOTE* (POSTULADO DE PROTEÇÃO), *ÜBERMASSVERBOT* (PROIBIÇÃO DE EXCESSO) E *UNTERMASSVERBOT* (PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE)

2.1 Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n. 680.868/MG – julgado em 24/08/2012

Trata-se de agravo contra decisão do Tribunal de Justiça mineiro que indeferiu o seguimento ao Recurso Extraordinário, após manter a condenação pelo crime tipificado no art. 15 da Lei Federal 10.826/2003, por efetuar disparo de arma de fogo em local habitado (dentro da Cia. de Polícia Militar). A defesa alegava inexistência de infração penal em razão do tipo penal ser aberto, que a presunção do perigo atenta contra o princípio da ofensividade e que os crimes de perigo em abstrato violam os princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito. A decisão negou provimento ao recurso, em razão da modalidade da conduta (disparar em local habitado) estar expressamente previsto na lei, independente do destino do tiro. Para responder a tese defensiva, esclareceu que o tema quanto ao perigo em abstrato e a constitucionalidade da decisão já foram esclarecidas no julgamento dos *habeas corpus* HC 102087-MG de 28.02.2012 e HC 104410-RS de 06.03.2012, assim os termos referentes ao dever de proteção são encontrados justamente na ementa citada na fundamentação.

2.2 Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n. 686.182/MG – julgado em 22/10/2012

Trata-se de agravo contra decisão que negou a admissibilidade de Recurso Extraordinário após decisão do Tribunal de Justiça mineiro conceder a segurança no Mandado de Segurança que buscava anular o limite de idade para concurso público da Polícia Militar. O Estado sustentou que o STF já havia se posicionado pela legalidade da fixação de critérios ou requisitos diferenciados para o acesso ao cargo público. Ocorre que o julgado apontou que no presente caso deve ser observado a razoabilidade dos critérios adotados, mencionando que a garantia da proporcionalidade apresenta-se numa perspectiva de proteção positiva e outra de proteção de omissões estatais (citando o artigo de Streck, que trabalha com a dupla face do princípio, seja pela proibição do excesso, seja pela proibição da proteção deficiente). Assim, considerou que no presente caso se constatou excesso por parte do Estado, uma vez que o requisito da faixa etária era dezarrazoado para o resultado que se visava alcançar. Como o autor contaria com 33 anos na data do ingresso no curso de formação, sendo que o edital previa no máximo 30 anos, com base no princípio da razoabilidade e considerando a dupla face do princípio da proporcionalidade, negou-se provimento ao recurso.

2.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.650/DF – julgada em 26/03/2013

Trata-se de despacho na Ação Direta de Inconstitucionalidade que determinou à Secretaria que providenciasse a elaboração de Edital de Convocação para Audiência Pública, com a finalidade de buscar valiosas e necessárias informações sobre os temas controvertidos, para futuro pronunciamento judicial. Ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, contra diversas disposições da Lei n.º 9.504/97 (Lei das Eleições) e da Lei n.º 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), que possibilitam doações financeiras por pessoas naturais e jurídicas a campanhas eleitorais e a partidos políticos, a ação refere que essas disposições contrariam os princípios da isonomia (CRFB/88, art. 5º, caput, e art. 14), democrático, republicano e da proporcionalidade, na sua dimensão de vedação à proteção insuficiente (“*Untermassverbot*”). Tal violação, segundo sustenta a parte autora, decorre dos vícios da atual dinâmica do processo eleitoral, que gera uma dependência da política ao poder econômico. Recentemente, em setembro de 2015, a ação foi julgada procedente em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, aplicando-se o referido entendimento já para as eleições de 2016.

2.4 Habeas Corpus (HC) n. 94.265/ES – julgado em 24/05/2013

Trata-se de outro caso em que foi impetrado *habeas corpus* após condenação pelo crime tipificado no art. 14 da Lei Federal 10.826/2003, por porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, ainda que desmuniada. A defesa alegava inexistência de infração penal em razão do tipo penal ser aberto, que a presunção do perigo atenta contra o princípio da ofensividade e que os crimes de perigo em abstrato violam os princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito. A decisão negou provimento à ordem, esclarecendo que o tema já resta pacificado pela jurisprudência do STF, ainda que o entendimento do julgador monocrático seja diverso das ementas citadas. Assim, quanto ao perigo em abstrato e a constitucionalidade da decisão, reiterou os mesmos fundamentos dos *habeas corpus*

HC 102087-MG de 28.02.2012 e HC 104410-RS de 06.03.2012, assim os termos referentes ao dever de proteção são encontrados justamente na ementa citada na fundamentação.

2.5 Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n. 760.463/DF – julgado em 25/07/2013

Trata-se de agravo interposto contra decisão que negou seguimento a Recurso Extraordinário, este interposto contra acórdão do STJ, que condenou a parte recorrente pelo delito de porte de arma de fogo, alegando em suas razões a atipicidade da conduta pela incapacidade funcional da arma em questão. A decisão conheceu o agravo e negou seguimento ao Recurso Extraordinário, esclarecendo que o tema já resta pacificado pela jurisprudência do STF. Assim, quanto ao perigo em abstrato e a constitucionalidade da decisão, reiterou os mesmos fundamentos dos *habeas corpus* HC 102087-MG de 28.02.2012 e HC 104410-RS de 06.03.2012. Os termos referentes ao dever de proteção são encontrados justamente na ementa citada na fundamentação.

2.6 Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) n. 121.222/DF – julgado em 11/06/2014

A decisão trata de recurso ordinário em *habeas corpus*, após decisão proferida pela Quinta Turma do STJ, que concedeu em parte a ordem. Inicialmente, o paciente foi condenado por crime de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito à pena de 03 anos, 08 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicialmente fechado. A condenação foi reformada pelo TRF4, que absolveu o mesmo da acusação do segundo crime citado, reduzindo a pena para 03 anos e 23 dias de reclusão. Porém, manteve o regime inicial fechado. Diante disso, foi impetrado o remédio para aplicação da substituição da pena privativa de liberdade para restritiva de direitos (uma vez que a pena restou abaixo de quatro anos), ou ainda para estabelecer como regime inicial o aberto. O STJ acolheu em parte o pedido, concedendo a ordem para tão somente estabelecer o regime semi-aberto, uma vez que as circunstâncias judiciais eram desfavoráveis ao réu, sendo que estas sequer foram impugnadas pelo *writ*.

Considerando que a droga apreendida transportada alcançava 212,6kg de cocaína, caracterizando tráfico de grandes proporções, não havendo outras agravantes, a pena estabelecida ficou pouco acima do mínimo legal. Contudo, ainda que inferior a quatro anos, o regime semi-aberto foi apontado como cabível em razão da singularidade do caso concreto. Isso porque, a quantidade de circunstâncias favoráveis ou desfavoráveis não deve determinar o regime prisional a ser aplicado, pois há circunstâncias preponderantes. Nesse sentido, ressaltou-se que a culpabilidade é circunstância primordial na determinação do regime de cumprimento de pena, por servir de parâmetro maior de aferição da intensidade do dolo.

Assim, o julgador entendeu que a avaliação negativa das circunstâncias judiciais, que justificaram a exasperação da pena-base, são mais do que suficientes para a recusa de regime mais benéfico. Outrossim, a pretendida substituição por penas alternativas seria, no caso, insuficiente à prevenção e reprovação do delito. Portanto, com o objetivo de consagrar o princípio da lesividade, intrinsecamente conectado com o princípio da proporcionalidade, como limite não apenas à atividade judicial de interpretação/aplicação das normas penais, mas também à própria atividade legislativa de criação/conformação dos tipos legais incriminadores, seria possível o exercício da fiscalização, por parte da jurisdição constitucional, estabelecer os limites da margem de atuação do legislador para garantir a proteção da norma constitucional.

Quanto a esse último ponto, citou-se a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Para o primeiro parâmetro, caberia uma aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais, como vedação da atuação do Estado, já o segundo parâmetro se caracteriza pelos imperativos de tutela, que implica na obrigação de proteção de maneira suficiente ao atingimento da finalidade da norma.

Portanto, segundo a decisão os mandados constitucionais de criminalização impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A reserva de lei penal configura-se como reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*): a proibição de excesso (*Übermassverbote*) funciona como limite máximo, e a

proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbote*) como limite mínimo da intervenção legislativa penal. Abre-se, com isso, a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal. O que restringe a margem discricionária de avaliação, valoração e conformação do legislador para apurar as medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal aos limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, concluindo o julgador pela viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa.

O julgador entendeu que a fixação do regime inicial aberto, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, representaria uma situação de proteção judicial insuficiente. Isso porque a situação do caso em concreto, em especial a análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente e seus motivos, bem como as circunstâncias do crime (quantidade de droga apreendida) e suas consequências (sociais), são peculiaridades que devem ser observadas para estabelecer a pena necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Diante disso, negou provimento ao recurso ordinário.

2.7 Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (RHC) n. 123.553/DF – julgado em 11/09/2014

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto pela defensoria pública, após decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em Agravo Regimental no *habeas corpus*, que manteve condenação do paciente pela prática de crime de porte de arma de fogo, alegando em suas razões a atipicidade da conduta pela inaptidão da arma em questão. A decisão conheceu o recurso e negou provimento ao recurso ordinário, esclarecendo que o tema já resta pacificado pela jurisprudência do STF. Assim, quanto à tipicidade da conduta, o perigo em abstrato e a constitucionalidade da decisão, reiterou os mesmos fundamentos dos *habeas corpus* HC 102087-MG de 28.02.2012 e HC 104410-RS de 06.03.2012. Verifica-se que os termos referentes ao dever de proteção são mencionados no decorrer da decisão justamente por integrarem o conteúdo da ementa da decisão citada na fundamentação.

3 DECISÕES DA PRESIDÊNCIA EM QUE FORAM CITADOS OS TERMOS *SCHUTZGEBOTE* (POSTULADO DE PROTEÇÃO), *ÜBERMASSVERBOT* (PROIBIÇÃO DE EXCESSO) E *UNTERMALSSVERBOT* (PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE)

3.1 Suspensão de Liminar (SL) n. 235/TO – julgada em 08/07/2008

Trata-se de agravo regimental interposto diante de decisão que deferiu liminar em ação civil pública no Estado do Tocantins. A liminar no caso determinava ao ente federado estadual que implantasse na cidade de Araguaína/TO, no prazo de 12 meses, uma unidade especializada para cumprimento das medidas sócio-educativas de internação e semiliberdade aplicadas a adolescentes infratores. Como penalidade para o descumprimento, a liminar previa multa diária fixada em R\$3.000,00, revertida em favor do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

A decisão julgada dia 08/07/2008 analisou pontos como o princípio da separação dos Poderes (capacidade do Estado de Tocantins de definir discricionariamente a formulação de políticas públicas voltadas aos adolescentes infratores) e a proteção dos direitos constitucionais dos mesmos (art. 227, §1º e §3º inciso V, entre outros da Constituição), reforçados pelos direitos infraconstitucionais (art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo).

Diante do caso concreto, o STF entendeu que os comandos constitucionais, somados a lei infraconstitucional supracitada, o Estado está obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo desses direitos, pois o Estado não estaria restrito a observar a proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), mas também o seu dever de proteção (*Schutzgebote*). Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o Estado está limitado tanto pela proibição de excesso (*Übermassverbot*), como também a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*).

Dessa forma, entendeu pela possibilidade jurídica da determinação judicial, através da decisão liminar, de obrigar o Poder Executivo a concretizar a política pública (construção de uma unidade especializada para abrigar os infratores) já definida pelos dispositivos citados, reconhecendo que os direitos estavam sendo protegidos de forma insuficiente. Isso porque num primeiro momento os infratores

estavam sendo encaminhados para a Cadeia Pública de Ananás/TO (distante 160 km de Araguaína/TO), onde tinham contato com presidiários, e posteriormente para a CASE de Palmas/TO (distante 375 km de Araguaína/TO), o que prejudicava o seu contato com os seus familiares. Portanto, confirmou a liminar, apenas exigindo a redução do valor da multa diária, referindo que não poderia essa ser fixada pelo juízo cognitivo, uma vez que constituiria ônus excessivo ao Poder Público e à coletividade, pois acarretaria no remanejamento financeiro das contas estaduais, em detrimento de outras políticas públicas estaduais de alta prioridade.

3.2 Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 241/RJ – julgada em 10/10/2008

Trata-se de pedido de suspensão de tutela antecipada, formulado pelo Estado do Rio de Janeiro, contra acórdão da 2ª Câmara Cível do TJ-RJ, que deu provimento ao agravo de instrumento interposto em ação civil pública. O pleito deferido em caráter antecipatório determinou que o ente estadual preenchesse o quadro de professores da rede estadual de ensino do Município de Queimados, para suprir a carência apresentada, ante o número insuficiente de professores lotados nas escolas da rede estadual, estipulando multa diária de R\$20.000,00. A decisão do agravo de instrumento deu parcial provimento ao prorrogar o início do cumprimento da liminar para o ano letivo de 2008.

Veja-se que o caso aborda a atuação do Judiciário na implementação de políticas públicas, sendo mais um caso em que o ente alegou a teoria da reserva do possível e a violação do princípio da separação dos Poderes para eximir-se de sua responsabilidade. Em contrapartida, o *parquet* sustentou a defesa do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, além da violação aos art. 6º e 205 a 214 da Constituição, além de dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

O julgado em comento reforçou a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a absoluta prioridade na concretização dos mesmos, reconhecendo a importância da proteção desses direitos. No tocante ao dever de proteção, repetiu o texto utilizado no julgado SL 235/TO de 08/07/2008 já citado. Cabe ressaltar ainda que novamente se trata de um caso onde foi reconhecida a proteção insuficiente pela política pública adotada até então, bem como a citação do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1992) e a Declaração Mundial sobre

Educação para Todos (1990), nos quais consta o compromisso assumido pelos Estados signatários em assegurar o exercício do direito à educação. Portanto, confirmou a liminar, sendo que apenas afastou a multa diária, sob o mesmo fundamento do referido caso SL 235/TO de 08/07/2008.

3.3 Suspensão de Liminar (SL) n. 263/RJ – julgada em 14/10/2008

Trata-se de pedido de suspensão de liminar formulado pelo Estado do Rio de Janeiro contra acórdão da 12ª Câmara Cível que manteve em decisão de agravo de instrumento a liminar em ação civil pública determinando que o Estado do Rio de Janeiro reestabelecesse em dez dias o pleno funcionamento das escolas da rede estadual no Município de São João de Meriti, diante do número insuficiente de professores. A multa estipulada inicialmente foi prevista em R\$10.000,00, sendo reduzida para R\$1.000,00 na apreciação do agravo de instrumento pelo segundo grau de jurisdição.

A fundamentação da decisão foi muito similar ao caso STA 241/RS de 10/10/2008, pois ambas as ações tratam do mesmo proplema enfrentado pela rede estadual de ensino do Rio de Janeiro, diferenciando-se em razão do Município afetado pela insuficiência da política pública estadual. Portanto, confirmou a liminar, sendo que apenas afastou a multa diária, sob o mesmo fundamento do referido caso STA 241-RJ de 10/10/2008 e SL 235/TO de 08/07/2008.

3.4 Suspensão de Liminar (SL) n. 228/CE – julgada em 14/10/2008

Tata-se de pedido da União de suspensão de liminar deferida pela 18ª Vara Federal de Sobral em ação civil pública, mantida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região em sede de agravo de instrumento. A liminar determinou ao Município, ao Estado e à União a transferência de todos os pacientes necessitados de atendimento intensivo para hospitais públicos ou particulares que possuam em Unidades de Tratamento Intensivo, além de exigir ações tendentes à instalação e funcionamento de dez leitos de UTIs adultas, dez leitos de UTIs neonatais e dez leitos de UTIs pediátricas, estipulando tal compromisso para um prazo máximo de noventa dias. A ação civil pública buscava garantir à população que compõe a Macro-Região Administrativa do SUS de Sobral (composta por sessenta e um

Municípios) acesso aos serviços médicos de urgência quando as condições de grave risco exigem tratamento intensivo.

Em primeiro grau foi deferida a liminar prevendo inclusive uma multa diária de R\$10.000,00 para cada réu. O TRF5, em sequência, não só manteve a decisão como negou o efeito suspensivo ao recurso. Já no Supremo Tribunal Federal, a decisão analisou se o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, sendo possível o ajuizamento de demanda judicial para sua garantia. Nesse sentido, o julgado esclareceu que os direitos fundamentais não exigem apenas um comando de proibição de intervenção como também contêm o postulado de proteção, que se subdivide na proibição de excesso e de proibição de proteção insuficiente. Essa dimensão objetiva afeta também a organização e o procedimento da concretização desses direitos, uma vez que dependentes, na sua realização, de providências estatais para sua efetivação, citando a ADPF 45 para acentuar o encargo estatal de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais respeitando o binômio razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira. Abordou, igualmente, o tema da reserva do possível, diante da escassez de recursos e da necessidade de se fazer escolhas alocativas, mas ressaltou que não só a dimensão social dos direitos fundamentais geram custos para o orçamento, concordando com Cass Sunstein e Stephen Holmes que “levar a sério os direitos significa levar à sério a escassez”.

Não obstante isso, reconheceu que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal, no que tange à construção satisfatória das políticas públicas que garantem a efetivação dos direitos fundamentais, não viola o princípio da separação dos Poderes, nem o princípio da reserva do possível. Mas ressalva que a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise do contexto constitucional e suas particularidades, sendo necessária a ponderação na análise do caso, pois as circunstâncias específicas são determinantes para a solução da controvérsia.

Ressaltados esses pontos, sobre a dimensão individual do direito à saúde, esboçou que este é reconhecidamente (AgR-RE 271.286-8/RS) um direito subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Ou seja, a norma não é uma promessa constitucional inconsequente, pois impõe aos entes federados um dever de prestação positiva, assegurando o direito mediante políticas sociais e econômicas (não se trata portanto

de um direito absoluto). Ocorre que o problema constatado na concretização desses direitos não é a inexistência de políticas públicas, mas de execução (administrativa) pelos entes federados. Ressaltou que na maioria dos casos essa “[...] intervenção judicial não ocorre tendo em vista uma omissão (legislativa) absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas em razão de uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas”. Com isso, o caso não apresenta qualquer problema em função de uma interferência judicial na livre apreciação ou na ampla discricionariedade dos outros Poderes, uma vez que o Judiciário apenas determina o cumprimento do já está previsto para ser realizado.

Após uma análise detalhada da situação da política pública naquele Estado, onde apontou as razões fáticas que demonstram a insuficiência na proteção do direito à saúde para a população daquela região, que contava com um número extremamente pequeno de UTIs para o atendimento de um contingente expressivo, sendo que sequer havia UTIs neonatais e pediátricas para a população. Assim, manteve a liminar, afastando apenas a multa diária, sob o mesmo fundamento dos casos anteriores: SL 263-RJ de 14/10/2008, STA 241-RJ de 10/10/2008 e SL 235/TO de 08/07/2008.

3.5 Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 238/TO – julgada em 21/10/2008

Diferente dos quatro casos anteriores, que tiveram início de uma ação civil pública, este é o caso de um pedido liminar para suspensão de tutela antecipada contra decisão em ação de reparação por danos materiais e morais, ajuizada na 2ª Vara dos Feitos das Fazendas e Registros Públicos de Palmas, contra o Estado e o Município. A tutela antecipada deferiu a prestação de tratamento odontológico com anestesia geral para portador de distúrbios mentais. A decisão em segundo grau de jurisdição confirmou a antecipação da tutela.

Nesta decisão o STF reiterou o seu entendimento, apontando que o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, sendo possível o ajuizamento de demanda judicial para sua garantia. Nesse sentido, o julgado esclareceu que os direitos fundamentais não exigem apenas um comando de proibição de intervenção como também contêm o postulado de proteção, que se subdivide na proibição de excesso e de proibição de

proteção insuficiente. Essa dimensão objetiva afeta também a organização e o procedimento da concretização desses direitos, uma vez que dependentes, na sua realização, de providências estatais para sua efetivação. Abordou, igualmente, o tema da reserva do possível, diante da escassez de recursos e da necessidade de se fazer escolhas alocativas (abordando a ideia de justiça distributiva), mas ressaltou que a atuação do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, em especial no caso da saúde, é indispensável para a realização da dignidade da pessoa humana, determinando ao menos o dever prestacional de se garantir o “mínimo existencial” de cada um desses direitos.

Isso porque considerar o direito social à saúde tão somente como norma programática, incapaz de produzir efeitos, implicaria em negar a força normativa da Constituição. A decisão reiterou a constatação do STF de que o problema na concretização dos direitos sociais fundamentais não é a inexistência de políticas públicas, mas de execução (administrativa) pelos entes federados, o que afasta o argumento da interferência do Judiciário nos demais Poderes como uma violação ao princípio da separação de Poderes.

Após uma análise das circunstâncias fáticas que envolvem o caso em concreto, para a concessão do tratamento odontológico com anestesia geral pretendido pela parte demandante, entendeu-se não só pela necessidade urgente da medida como também reconheceu que a legislação ampara o referido pleito. Verificou-se que não só há previsão de implantação de Centros de Especialidades Odontológicas (CEO) e laboratórios Regionais de Próteses Dentárias (LRPD), como a Lei 10.216/2001 garante o direito da pessoa portadora de transtornos mentais o acesso “ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades”. Diante desses fundamentos (sendo a matéria de direito muito similar a proferida no SL 228-CE de 14/10/2008), negou a suspensão da antecipação de tutela.

3.6 Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 245/RS – julgada em 22/10/2008

Mais um caso em que o ente federativo, no caso o Município de Pelotas, requer a suspensão de tutela antecipada. A demanda teve origem em ação ordinária onde o autor pleiteia o fornecimento do medicamento denominado MABTHERA 500mg (Rituximabe). Indeferida a tutela antecipada pelo Juízo da 2ª Vara Federal de

Pelotas em razão do alto custo e conseqüente comprometimento do orçamento para a garantia do direito à saúde dos demais usuários, em sede de agravo o demandante teve seu pedido atendido, para que União, Estado e Município arcassem com o tratamento de linfoma não-hodgkin folicular.

Quanto aos fundamentos jurídicos para o caso, o julgado abordou os mesmos pontos trabalhados pelas decisões SL 228-CE de 14/10/2008 e STA 238-TO de 21/10/2008. Já no que tange à matéria dos fatos do caso concreto, referiu que o orçamento do tratamento completo (8 doses) supera R\$100.000,00, bem como que o medicamento não consta no protocolo do Sistema Único de Saúde, mas consta na Relação de Medicamentos Especiais da Secretaria Estadual de Saúde e é registrado na ANVISA. Observou-se a existência da Política Nacional de Medicamentos (Portaria 3.916/98) que estabelece diretrizes para a instituição de relação de medicamentos essenciais, bem como a previsão da Resolução 338/2004 do Conselho Nacional de Saúde que divide os medicamentos prestados por tabela de preço entre medicamentos básicos, estratégicos e excepcionais, além da Política Nacional de Atenção Oncológica (Portaria 2.439/GM/2005) que organiza as diretrizes para a política implantada pelos órgãos do SUS para o combate ao câncer, entre outras normas.

Em que pese o alto custo do medicamento, tendo em vista se tratar de doença rara e todas os nuances fáticos e de direito suscitados, entendeu-se pela manutenção da antecipação de tutela, indeferindo o pedido de suspensão interposto pelo Município de Pelotas.

3.7 Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 277/AL – julgada em 01/12/2008

A demanda teve origem em ação ordinária onde a autora pleiteia o fornecimento do medicamento denominado REBIF 44mg (Betainterferoma 1ª Recombinante) contra o Estado de Alagoas para o tratamento de esclerose múltipla. A 17ª Vara Cível da Comarca de Maceió deferiu a antecipação de tutela, decisão mantida no segundo grau de jurisdição, contra a qual o Estado interpos pedido de suspensão da tutela antecipada. Quanto aos fundamentos jurídicos para o caso, o julgado abordou os mesmos pontos trabalhados pelas decisões SL 228-CE de 14/10/2008, STA 238-TO de 21/10/2008 e STA 245-RS de 22/10/2008.

Outrossim, analisando as peculiaridades do caso, constatou-se a

necessidade do tratamento por no mínimo um ano, além do seu custo ser orçado em R\$115.010,28. Observou-se a existência da Política Nacional de Medicamentos (Portaria 3.916/98) que estabelece diretrizes para a instituição de relação de medicamentos essenciais, bem como a previsão da Resolução 338/2004 do Conselho Nacional de Saúde que divide os medicamentos prestados por tabela de preço entre medicamentos básicos, estratégicos e excepcionais, entre outras normas. Além disso, o medicamento consta na lista dos fármacos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (Portaria 1.869/GM) e está registrado na ANVISA, mas está indisponível no Estado de Alagoas. Por essas razões, foi indeferido o pedido de suspensão da tutela antecipada.

3.8 Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 198/MG – julgada em 22/12/2008

Novamente um pedido de suspensão de antecipação de tutela recursal, por parte do Estado de Minas Gerais, após decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região reformar a decisão da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado mineiro, que indeferiu num primeiro momento o pedido. Trata-se de outro caso de concessão de medicamento, ELAPRASE (Idursulfase) a menor portador da Síndrome de Hunter, requerendo a inclusão do medicamento na lista de medicamentos excepcionais fornecidos pelo Estado. Em segundo grau de jurisdição foi parcialmente atendido o pleito, impondo o fornecimento do fármaco na quantia prescrita sob pena de sequestro de importância equivalente nos cofres públicos. Os fundamentos jurídicos para o caso, em mais uma oportunidade, foram os mesmos pontos trabalhados pelas decisões SL 228-CE de 14/10/2008, STA 238-TO de 21/10/2008, STA 245-RS de 22/10/2008 e STA 277-AL de 01/12/2008.

Quanto aos fatos, evidenciou-se o quadro clínico do autor, sua necessidade de receber o medicamento atestada por especialistas, o fato do tratamento pleiteado ser o único específico para o seu caso, sendo que a droga é nova e apenas proporcionaria algum conforto em sua capacidade de locomoção, não sendo suficiente para a cura ou afastar o perigo de morte. Ou seja, o medicamento que foi registrado na ANVISA pouco antes da análise do STF do pleito, que impacta em R\$1.316.510,00 aos cofres públicos, apenas proporcionaria melhora na qualidade de vida. Citando novamente as Portarias e Resoluções já mencionadas, ressaltou-se também que o enquadramento no Programa de Medicamentos de Dispensação

Excepcional iniciado em 1982, responsável pela política adotada para o fornecimento de fármacos e tratamentos prolongados, para número limitado de pacientes (em razão de se tratar de doenças raras), e de alto custo, bem como por atender a exigência do registro na ANVISA da Portaria GM 152/2006, permite o reconhecimento do dever do Estado em garantir o direito do demandante. Assim, o recurso foi indeferido.

3.9 Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 318/RS – julgada em 20/04/2009

Trata-se de outro pedido de suspensão de tutela antecipada, realizado pelo Estado do Rio Grande do Sul, contra decisão da 7ª Câmara Cível que negou seguimento ao agravo de instrumento, interposto contra decisão interlocutória em ação civil pública no Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Lajeado, que deferiu a antecipação de tutela. A referida decisão determinava que, dentro de trinta dias, o Estado fornecesse transporte escolar para os alunos da rede estadual, menores de dezoito anos, que residissem mais de 3km da escola, diante da ausência de convênio com o Município. Assim, a ação civil pública buscou proteger o direito de acesso à educação de 627 alunos de ensino médio, que cursavam na época o ensino noturno e necessitavam (por sua condição financeira precária) do transporte para comparecerem às aulas.

Além da previsão constitucional do dever do Estado (art. 23, 205, e 208, inciso VI da Constituição Federal e art. 198 da Constituição Estadual), a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/1996, em especial art. 10, incisos VI e VII) expressamente atribui ao Estado Membro assumir o transporte escolar dos alunos da rede estadual. Ressaltou-se a absoluta prioridade na concretização desses comandos normativos, pois se tratam de normas que visam à proteção dos direitos da criança e do adolescente, em específico o direito à educação.

Nesse sentido, o julgado esclareceu a relevância da dimensão objetiva do direito fundamental à educação e à proteção da criança e do adolescente, determinação constitucional que exige apenas um comando de proibição de intervenção como também contém o postulado de proteção, que se subdivide na proibição de excesso e de proibição de proteção insuficiente. Essa dimensão objetiva garante a efetividade do direito ao ensino, não prescindindo de ação estatal

positiva, pois do contrário restaria restringido o direito fundamental pelo amplo espaço de discricionariedade estatal, o que configuraria hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano geral, e do Judiciário, num plano mais específico.

Abordou, igualmente, o tema da reserva do possível, diante da escassez de recursos e da necessidade de se fazer escolhas alocativas, bem como ressaltou que a referida escassez não pode ser utilizada indiscriminadamente para justificar a omissão estatal. Isso porque não se vislumbrou para o caso em comento a ocorrência de grave lesão à economia pública, diante da absoluta prioridade determinada na Constituição da primazia dessa política pública.

Outrossim, reforçou-se que a matéria encontra-se prevista também no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto 591/1992), que estabelece o compromisso dos Estados signatários de assegurar o pleno exercício à educação, além da Declaração Mundial sobre Educação para Todos (1990) que determina a elaboração de Plano Nacional de Educação, prevendo o dever estatal de garantir o referido direito, criando condições objetivas que possibilitem de maneira concreta a efetiva proteção do mesmo.

Portanto, como a decisão recorrida apenas determina o cumprimento de política pública constitucionalmente definida, especificada pelo ECA e pela LDB, inclusive no que se refere à forma de sua execução, foi mantida a decisão que concedeu a tutela antecipada para o caso. Entretanto, com o intuito de não causar lesão à economia pública, o Poder Público e a coletividade, o bloqueio de verbas pelo o seu descumprimento foi afastado. Diante do exposto, a decisão deferiu parcialmente o pedido de suspensão, afastando apenas a determinação de bloqueio de valores dos cofres públicos, mantendo a determinação para que o Estado do Rio Grande do Sul assegure o transporte escolar dos alunos especificados na ação civil pública.

3.10 Suspensão de Segurança (SS) n. 3.751/SP – julgada em 20/04/2009

Neste julgado, o Município de Tatuí formulou pedido de suspensão de segurança, após a Terceira Câmara de Direito Público do TJSP determinar em sede de apelação o fornecimento dos medicamentos “Roxetim-20mg”, “Clonotril-2mg”, “Depakot-500mg”, “Lamitor-100mg” e “Akineton-2mg” ao demandante com

problemas psiquiátricos. O orçamento mensal desses fármacos alcançava na época R\$522,62, sendo o seu fornecimento deferido liminarmente pela 1ª Vara Judicial daquele Município, porém o feito foi sentenciado improcedente, sendo esta decisão reformada no segundo grau de jurisdição.

Os fundamentos jurídicos para o caso, em mais uma oportunidade, foram os mesmos pontos trabalhados pelas decisões SL 228-CE de 14/10/2008, STA 238-TO de 21/10/2008, STA 245-RS de 22/10/2008, STA 277-AL de 01/12/2008 e STA 198-MG de 22/12/2008. Já sobre os fatos, ressaltou-se a necessidade do demandante da medicação, bem como restou esclarecido que a suspensão da decisão requerida pelo Município estava limitada aos medicamentos Lamitor e Akineton, tendo em vista que não constam na política de saúde do Município.

O julgador, em consulta ao *site* do Ministério da Saúde, constatou que o princípio ativo “biperideno” do Akineton está previsto na Portaria GM/MS 3.237/2007 entre os fármacos financiados pelo programa Assistência Farmacêutica na Atenção Básica em Saúde. Apenas o Lamitor (cujo princípio ativo é “lamotrigina”) não é fornecido pelo SUS, que oferece como alternativa o “carbonato de lítio” para o tratamento de transtorno bipolar.

Como ambos medicamentos constam na lista da ANVISA, bem como que o medicamento supracitado que não consta na lista dos medicamentos fornecidos pelo SUS foi receitado por médico integrante do Sistema Único de Saúde, concluindo pela ausência da demonstração do comprometimento à economia pública, julgou que o simples fato de não constarem ambos os medicamentos na lista da política adotada pelo Município não é motivo suficiente para o seu não fornecimento. Portanto, o julgado indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da decisão concessiva da liminar, inclusive quanto ao medicamento Lamitor, pois o paciente portador de problemas psiquiátricos demonstrou ser necessário, adequado e proporcional o seu fornecimento.

3.11 Suspensão de Segurança (SS) n. 3.690/CE – jugada em 20/04/2009

Trata-se de pedido de suspensão de segurança do Município de Fortaleza contra decisão do TJCE que concedeu liminar em mandado de segurança. Este teve origem na impetração do remédio constitucional pelo Ministério Público contra ato omissivo ilegal do Secretário de Saúde do Estado do Ceará e do Secretário de

Saúde do Município de Fortaleza, pelo não fornecimento dos medicamentos necessários para tratamento de patologias diversas que acometiam seis pessoas, que necessitavam de insumos de suplementação alimentar.

Os fundamentos jurídicos foram os mesmos pontos trabalhados pelas decisões SL 228-CE de 14/10/2008, STA 238-TO de 21/10/2008, STA 245-RS de 22/10/2008, SL 277-AL de 01/12/2008, STA 198-MG de 22/12/2008 e SS 3751-SP de 20/04/2009. Com relação a necessidade fática, constatou-se:

Um portador da doença de Alzheimer, que contava com 78 anos, restrito ao leito há dez anos e apresentando sequelas graves (espasticidade generalizada, alimentação por sonda de gastrotomia, com disfagia e risco de bronco aspiração) – necessitava de alimentação enteral; Uma jovem de 21 anos, portadora de câncer de pâncreas em estado avançado, necessitando submeter-se a tratamento quimioterápico e apresentando como sintomas da doença Síndrome da Anorexia-Caquexia e distúrbio disabsortivo intestinal – precisava de Alimentação Especial com FortiCare, Nutren 1.0 e Glutamim; Um senhor de 68 anos, portador de carcinoma hepatocelular metastático para glândulas supra-renais bilaterais, apresentando progressão da doença após a realização de transplante hepático em 2007 – apresentava desnutrição moderada, e tendo sido detectado dois tumores malignos nas glândulas supra renais, necessitava de suplemento nutricional específico (Forty Care da Support ou Prosure da Aboot); outra, de 86 anos, portadora da Doença de Alzheimer, encontrando-se em estado comatoso e alimentando-se por sonda, via gastrostomia – precisava fazer uso de dieta especial enteral; outro de 79 anos, portador de câncer de próstata e DPOC – necessitava de apoio nutricional (Fort Care e saches de lactofos), em razão do tratamento radioterápico; por fim, um bebê, de 2 anos, que sofria de intolerância à lactose – necessitava alimentar-se com Leite Suprasoy.

Como nos demais casos, ante o regular registro dos medicamentos na lista da ANVISA, bem como pela ausência de fundamentos que demonstrassem o prejuízo para a economia pública ou lesão aos cofres municipais, constatada a necessidade e urgência do seu fornecimento, foi indeferido o pedido pela suspensão da liminar.

3.12 Suspensão de Segurança (SS) n. 3.741/CE – julgada em 27/05/2009

Trata-se de pedido de suspensão de segurança do Município de Fortaleza contra decisão do TJCE que concedeu liminar em mandado de segurança. Este teve origem na impetração do remédio constitucional pelo Ministério Público contra ato omissivo ilegal do Secretário de Saúde do Estado do Ceará e do Secretário de Saúde do Município de Fortaleza, pelo não fornecimento dos medicamentos necessários para tratamento de patologias diversas que acometiam cinco pessoas, que necessitavam fármacos de alto custo. O caso, muito semelhante ao anterior SS 3690-CE de 20/04/2009, teve a mesma fundamentação que os seguintes processos: SL 228-CE de 14/10/2008, STA 238-TO de 21/10/2008, STA 245-RS de 22/10/2008, STA 277-AL de 01/12/2008, STA 198-MG de 22/12/2008, SS 3751-SP de 20/04/2009 e SS 3690-CE de 20/04/2009.

Com relação às peculiaridades do presente caso, cabe referir que: uma das enfermas, com 78 anos, era portadora de Diabete Mellitus – necessitava fazer uso dos insumos constantes do receituário médico; outro, de 53 anos, submeteu-se a procedimento cirúrgico para ressecção de tumor espino celular em hipofaringe – precisava utilizar Dieta Especial conforme prescrito por nutricionista; o terceiro, de 30 anos, era portador de transtorno depressivo – necessitava de acompanhamento psicoterapêutico e de tratamento com os medicamentos Roydorm 2mg, Dormonid 15mg, Depakote 500mg e Revia 50 mg; uma criança, de 10 anos, portadora de paralisia cerebral, asma resistente, otite de repetição e refluxo gástrico esofágico e precisava fazer uso dos medicamentos Lactulona, Label e Montilium; por fim, um adolescente, de 14 anos, portador de Dermatite Crônica – necessitava fazer uso da pomada Elidel Creme.

Como nos demais casos, ante o regular registro dos medicamentos na lista da ANVISA, bem como pela ausência de fundamentos que demonstrassem o prejuízo para a economia pública ou lesão aos cofres municipais, constatada a necessidade e urgência do seu fornecimento, foi indeferido o pedido pela suspensão da liminar.

3.13 Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 419/RN – julgada em 06/04/2010

Trata-se de pedido de suspensão de tutela antecipada do Estado do Rio Grande do Norte, contra decisão do TJRN, em agravo de instrumento interposto após concessão antecipação de tutela pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de

Ceará-Mirim. O Juízo de primeiro grau de jurisdição deferiu em ação civil pública o pedido do Ministério Público que determinava que os novos presos (por prisão em flagrante ou detidos em razão de cumprimento de mandados de prisão) da Delegacia de Polícia Civil de Ceará-Mirim fossem encaminhados para estabelecimentos prisionais por ela administrados, que a COAPE disponibilizasse na internet serviço de informações que apontasse para onde os mesmos seriam encaminhados, bem como, juntamente com a SEJUC, um plano de transferência para dentro de noventa dias realocar os presos daquela época em estabelecimentos prisionais e, em caso de insuficiência de vagas, o planejamento de construção dos mesmos.

Outrossim, requeria que os policiais civis fossem desobrigados da tarefa de custódia, vigilância, escoltar presos provisórios ou condenados para audiências judiciais ou atendimento médico, devendo tal atividade ser realizada por agentes penitenciários. Por fim, determinava que o Estado se absteresse, nos exercícios financeiros dos anos de 2010 e seguintes, dos recursos orçamentários consignados à Polícia Civil para custear despesas estranhas à finalidade constitucional. Para tanto, arbitrou multa diária no valor de R\$ 5.000,00, e, especificamente, com relação à custódia dos presos em delegacia de polícia civil de Ceará-Mirim, e de cinco mil reais (R\$ 5.000,00) por cada novo preso custodiado, a serem suportados pelos Secretários de Estado da Segurança Pública e Defesa Social e da Justiça e Cidadania do Estado do Rio Grande do Norte, bem com, a Governadora do Estado do Rio Grande do Norte.

Reformada a decisão parcialmente, o TJRN determinou a suspensão da decisão acima citada, com exceção da disponibilização, na internet, das informações para onde devem ser encaminhados os novos presos, assim como que a COAPE/SEJUC apresentassem, dentro de noventa dias, um plano de transferência de todos os presos que atualmente já estão custodiados nas Delegacias de Polícia Civil de Ceará-Mirim para estabelecimentos prisionais por ela administrados, devendo constar, em caso de insuficiência de vagas, planejamento para a construção de novos estabelecimentos prisionais. Diante dessas obrigações, manteve a decisão singular também na parte que fixou multa por descumprimento.

A referida ação civil pública pleiteia a realocação dos presos mantidos em delegacias, para a garantia da segurança pública em relação à dignidade dos encarcerados, bem como para viabilizar a investigação da Polícia Civil que

apresentava seu efetivo comprometido com a custódia dos presos. Dessa forma, o julgador apontou que o Estado está obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos fundamentais, pois este não estaria restrito a observar a proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), mas também o seu dever de proteção (*Schutzgebote*). Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o Estado está limitado tanto pela proibição de excesso (*Übermassverbot*), como também a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*).

Não obstante isso, reconheceu que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal, no que tange à construção satisfatória das políticas públicas que garantem a efetivação dos direitos fundamentais, não viola o princípio da reserva do possível. Ressaltou que a suspensão parcial da antecipação de tutela deferida na segunda instância em sede de agravo de instrumento apenas exige da Administração Pública o plano para construção de novas unidades ou de alocação dos presos, conforme disponibilidade das vagas, não comprometendo assim o orçamento público, uma vez que constará no próprio planejamento o modelo para evitar tal prejuízo.

Porém, como os indivíduos citados na primeira decisão sequer eram partes da ação, o julgamento da suspensão de tutela antecipada decidiu por afastar a fixação de multa por descumprimento de decisão judicial, ante a impossibilidade de imposição de multa ao administrador público baseada em juízo cognitivo sumário, pois não há enumeração de condutas pessoais e abusivas desses agentes. Portanto, deferiu-se parcialmente o pedido de suspensão da decisão do Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Ceará-Mirim, nos autos da ação civil pública, tão somente quanto à fixação de multa diária, a ser suportada diretamente pelos agentes políticos, por descumprimento da ordem judicial, que foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande, nos autos do agravo de instrumento.

4 INFORMATIVO EM QUE FOI CITADO OS TERMOS *SCHUTZGEBOTE* (POSTULADO DE PROTEÇÃO), *ÜBERMASSVERBOT* (PROIBIÇÃO DE EXCESSO) E *UNTERMMASSVERBOT* (PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE)

4.1 Informativo n. 657 – datado de 05/03/2012

Trata-se de informativo que analisa a Lei Maria da Penha e analisa a política pública que combate a violência doméstica. Essas podem se dar por meio de políticas governamentais traduzidas em normas constitucionais e infraconstitucionais de conteúdo proibitivo ou inibitório de discriminação, assim como de normas que em vez de limitar a proibir o tratamento discriminatório, também combatem por meio de promoção, afirmação ou restauração, com a finalidade de institucionalizar na sociedade o sentimento e a compreensão da igualdade entre gêneros. As ações afirmativas cumprem com esse papel, abrangendo também medidas de caráter criminal, com uma abordagem pós-positivista que infere dos direitos fundamentais um dever de proteção (*Schutzpflichten*) imposto ao Estado. Como o Direito Penal é o guardião dos bens jurídicos mais caros ao ordenamento, a sua efetividade constitui condição para o adequado desenvolvimento da dignidade humana, enquanto a sua ausência demonstra uma proteção deficiente dos valores agasalhados na Lei Maior.

Conforme o informativo, com o avanço da criminalidade, percebeu-se, sem maior dificuldade, que à crise de efetividade dos direitos fundamentais corresponde também uma crise de segurança dos direitos, no sentido do flagrante déficit de proteção dos direitos fundamentais assegurados pelo poder público, no âmbito dos seus deveres de proteção. A impunidade dos agressores acabava por deixar ao desalento os mais básicos direitos das mulheres, submetendo-as a todo tipo de sevícias, em clara afronta ao princípio da proteção deficiente (*Untermassverbot*). Longe de afrontar o princípio da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I, da Constituição), a Lei nº 11.340/06 estabelece mecanismos de equiparação entre os sexos, em legítima discriminação positiva que busca, em última análise, corrigir um grave problema social. Por óbvio, todo *discrimen* positivo deve se basear em parâmetros razoáveis, que evitem o desvio de propósitos legítimos para opressões inconstitucionais, desbordando do estritamente necessário para a promoção da igualdade de fato.

Por isso entendeu o STF não ser possível sustentar, *in casu*, que o legislador escolheu errado ou que não adotou a melhor política para combater a endêmica situação de maus tratos domésticos contra a mulher. Vale lembrar que a Lei Maria da Penha é fruto da Convenção de Belém do Pará, por meio da qual o Brasil se comprometeu a adotar instrumentos para punir e erradicar a violência contra a mulher. Inúmeros outros compromissos internacionais foram assumidos

pelo Estado brasileiro nesse sentido, a saber, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), o Plano de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher (1995), o Protocolo Facultativo à I Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, dentre outros.

Justificou-se, dessa forma, o preceito do art. 41 da Lei nº 11.343/06, afastando-se todas as disposições da Lei nº 9.099/95 do âmbito dos crimes praticados contra a mulher no âmbito doméstico e familiar. Ao suposto ofensor, entendeu-se que não serão conferidos os institutos da suspensão condicional do processo, da transação penal e da composição civil dos danos. Do mesmo modo, os delitos de lesão corporal leve e culposa domésticos contra a mulher independem de representação da ofendida, processando-se mediante ação penal pública incondicionada.