



FUNDAÇÃO CARMELITANA MÁRIO PALMÉRIO - FUCAMP
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS - FACIHUS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

CAROLINE AVILA MORAES

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA SOB A PERSPECTIVA DO CONTROLE DE
CONVENCIONALIDADE

MONTE CARMELO/MG

2018

CAROLINE AVILA MORAES

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA SOB A PERSPECTIVA DO
CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da FUCAMP - Fundação Carmelitana Mário Palmério, como requisito para obtenção do Título de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Fernando Mundim Veloso.

Orientador:

MONTE CARMELO/MG

2018

CAROLINE AVILA MORAES

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA SOB A PERSPECTIVA DO
CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da
FUCAMP - Fundação Carmelitana Mário
Palmério, como requisito para obtenção do
Título de Bacharel em Direito, sob orientação
do Professor Fernando Mundim Veloso.

Aprovada em ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

MONTE CARMELO/MG

2018

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo analisar o instituto da audiência de custódia sob o viés da teoria do controle de convencionalidade, posto que constitui direito previsto em um tratado internacional de direitos humanos do qual o Brasil faz parte, possuindo, portanto, implementação obrigatória em âmbito interno. Neste propósito, inicialmente procurou-se entender de que forma se deu o processo de internacionalização dos direitos humanos e o conseqüente aumento no surgimento de tratados internacionais, ressaltando a relação que estes documentos possuem com o direito interno de um Estado que decide deles fazer parte. Em seu seguimento, ocupou-se de apresentar a teoria do controle de convencionalidade, ressaltando suas características, bem como demonstrando de que forma pode ser aplicada pelas Cortes internas e, também, pelas Cortes internacionais. A partir disso, trouxe exemplos de aplicação da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em condenações destinadas ao Brasil por descumprir direitos previstos no Pacto de San Jose da Costa Rica e, sobretudo, investigou possíveis prejuízos ao sistema carcerário nacional com a relutante não implementação da audiência de custódia. Por fim, defendeu a hipótese de estar incorrendo o Brasil em uma inconvenção por omissão, em virtude da não efetivação do instituto da audiência de custódia em âmbito nacional, tendo em vista ser direito previsto em um tratado internacional de direitos humanos do qual o Brasil faz parte, tendo este eficácia suprallegal frente à toda normativa infraconstitucional doméstica. Como referencial teórico, optou-se por uma pesquisa essencialmente bibliográfica, utilizando como método de pesquisa o dedutivo.

Palavras-chave: Convencionalidade. Direitos Humanos. Omissão inconvenção. Tratado Internacional.

ABSTRACT

This study aimed to analyze the institute of custody hearing under the bias of conventionality control theory, since it is right provided for in an international human rights treaty to which Brazil is a member, having therefore mandatory implementation in scope internal. In this regard, it was initially sought to understand how the process of internationalization of human rights took place and the consequent increase in the emergence of international treaties, highlighting the relationship that these documents have with the domestic law of a State that decides to be a part of them. In his follow-up, he focused on presenting the convention control theory, highlighting its characteristics, as well as demonstrating how it can be applied by the internal courts and also by the international courts. From this, brought examples of application of the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights in convictions intended to Brazil for failing rights provided for in the Pact of San Jose of Costa Rica and above investigated potential damage to the national prison system with the reluctant non-implementation of custody hearing. Finally, defended the hypothesis incurring into a offbeat default, due to the non fulfillment of the custody hearing Institute at the national level in order to be right provided for in an international human rights treaty to which Brazil is part, having this supralegal effectiveness in front of all domestic infraconstitutional regulations. As a theoretical reference, we opted for an essentially bibliographical research, using as deductive research method.

Keywords: Conventionality. Human rights. Unconventional omission. International treaty.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
2 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO.....	10
2.1 Direito Internacional Público e conceitos introdutórios.....	10
2.2 Relação entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno: teorias dualista e monista.....	13
2.3 Processo de Internacionalização dos Direitos Humanos.....	16
2.4 O status normativo dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil.....	21
3 TEORIA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	29
3.1 Controle de convencionalidade vs. controle de constitucionalidade.....	31
3.2 Controle de convencionalidade na Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	35
3.3 Controle de convencionalidade nas Cortes internas.....	41
4 O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	47
4.1 Breves considerações sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos.....	47
4.2 Condenações do Brasil perante a Corte Interamericana e a imposição de medidas provisórias referentes ao sistema carcerário brasileiro.....	50
4.2.1 Presídio de “Urso Branco”	53
4.2.2 Presídio de Araraquara.....	55
4.2.3 Complexo Penitenciário de Curado.....	57
4.2.4 Complexo Penitenciário de Pedrinhas.....	60
4.3 A ADPF 347 e o Estado de Coisas Inconstitucional.....	64
5 A NÃO EXECUÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL COMO HIPÓTESE DE INCONVENCIONALIDADE POR OMISSÃO.....	68
5.1 Audiência de Custódia: definição, fundamento e objetivos.....	69
5.2 Modelo de audiência de custódia previsto no CPP x Modelo previsto no Pacto de San Jose.....	73
5.3 Resolução nº 213 do CNJ.....	77
5.4 A inconvencionalidade por omissão frente à não execução da audiência de custódia no Brasil.....	81
CONCLUSÃO.....	90
REFERENCIAS	94

INTRODUÇÃO

O presente trabalho terá como objetivo a análise do instituto da audiência de custódia a partir do que preleciona a teoria do controle de convencionalidade, a fim de identificar a possibilidade de ter o Estado brasileiro incorrido em uma inconvenção por omissão no caso da não efetivação da audiência de custódia em seu território.

Isto, porque, em 25 de setembro de 1992 o Brasil ratificou o Pacto de San Jose da Costa Rica e, então, a partir desta data este tratado passou a fazer parte do ordenamento jurídico interno e suas normas passam a ser exigíveis por todos os brasileiros. Ademais, por ter sido incorporado antes da EC n.45/04, o Pacto de San Jose ou Convenção Americana de Direitos Humanos, por se tratar de tratado internacional que versa sobre direitos humanos, possui internamente status supralegal, conforme entendimento atual do Supremo Tribunal Federal. Com isso, na pirâmide kelseniana, estaria posicionado abaixo da Constituição, devendo-lhe observação, mas acima das demais leis, tendo sobre estas, portanto, um efeito paralisante.

Um dos direitos previstos no Pacto é a audiência de custódia, que consiste no direito que possui o indivíduo preso de ser conduzido sem demora à presença da autoridade judicial para que esta examine a legalidade e demais circunstâncias de sua prisão. Nesta oportunidade, será analisada a possibilidade de concessão de liberdade provisória ou de aplicação de alguma medida diversa da privação de liberdade; tendo, além disso, o escopo de verificar a ocorrência de abusos, caracterizados por atos de violência, como tortura, agressão ou algum outro ultraje que só seria percebido com a entrevista pessoal do preso com a autoridade judicial.

No plano interno há a previsão no art. 306, §1º do CPP, do envio do auto de prisão em flagrante no prazo de 24 horas à autoridade judicial, sendo este o modelo que até 2015 era aplicado no Brasil. Ocorre que o referido modelo quedava demonstrando-se falho, à medida que não era suficiente para garantir efetividade aos direitos humanos da pessoa presa, tendo em vista que apenas a partir da análise dos autos de prisão não era possível ao magistrado detectar a ocorrência de violação à integridade física do indivíduo, por exemplo, frustrando a proteção de sua dignidade.

É por este panorama que a presente pesquisa encontra justificativa, visto que busca colaborar na verificação, por meio da teoria do controle de convencionalidade, da efetiva observância do direito que o indivíduo preso possui de ter sua audiência pessoal com a autoridade judicial, com a oportunidade de ver sua situação analisada com todas as peculiaridades que possui e, à vista disso, ter sua dignidade respeitada.

Portanto, o modelo convencionado no Pacto se demonstra valoroso à medida que se acrescenta aos esforços tendentes a diminuir os graves problemas enfrentados pelo sistema prisional brasileiro, uma vez que, ao ser observado, possibilitaria melhor análise quanto à necessidade de se manter alguém preso e, conseqüentemente, auxiliaria na diminuição do número de presos provisórios, minimizando o problema da superlotação nos presídios do Brasil.

Com a incorporação do Pacto de San Jose ao direito pátrio, o Brasil estava comprometendo-se a efetivar os direitos nele contidos e, também, a não editar normas ou aplicar as já existentes que vão de encontro ao que preleciona o Pacto. No entanto, como dito, malgrado ter o Brasil internalizado o mencionado tratado ainda no ano de 1992, apenas em 2015 iniciou a implementação de um dos direitos trazidos pela Convenção. Por isso, a presente pesquisa determina-se a analisar se neste lapso temporal teria o Brasil incorrido em uma inconvenionalidade por deixar de agir como ordena o Pacto.

Dessa forma, a situação problema é identificar se a não realização da audiência de custódia no Brasil como prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San Jose, configura uma inconvenionalidade por omissão.

Neste sentido, para um melhor entendimento do tema proposto, o primeiro capítulo trará a forma como o direito internacional se relaciona com o direito interno. Nesta demonstração, a intenção é entender a evolução dos instrumentos que embasarão este trabalho, como o processo de internacionalização dos direitos humanos e os tratados internacionais responsáveis pela veiculação desses direitos, ressaltando, quanto a estes, o conceito, finalidades e, sobretudo, o grau hierárquico que possuirão frente ao direito pátrio.

Posteriormente, o segundo capítulo adentrará na teoria do controle de convencionalidade, momento em que demonstrará de que forma o sistema interamericano fiscaliza a persecução, por parte dos Estados-membros, dos objetivos estipulados em tratados internacionais, principalmente, no Pacto de San Jose. Exaltando, também, o procedimento que percorre o Brasil com vistas a adequar sua normativa infraconstitucional aos ditames dos tratados dos quais manifesta adesão.

O terceiro capítulo trará uma análise dos casos de condenações do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobretudo em relação a situação dos presídios, por ser onde mais se percebe os impactos da não efetivação da audiência de custódia. Outro objetivo desta etapa da pesquisa, será demonstrar de que forma poderá agir a Corte quando identifica casos de violação a seus preceitos desprendidos em Estados-membros da Convenção, bem como suas conseqüências.

Por fim, o quarto e último capítulo se ocupará de estudar o instituto da audiência de custódia e confrontá-lo com o modelo trazido pelo Código de Processo Penal, tendente a observar qual se demonstra mais protetivo aos direitos do indivíduo preso. A partir desta consolidação, aplicar-se-á o conhecimento construído no decorrer da pesquisa na análise da possibilidade de ter o Brasil corrido o risco de ser responsabilizado em âmbito internacional por conta da não efetivação da audiência de custódia ao procedimento criminal interno.

No que tange ao objetivo a ser alcançado, refere-se ao exame do instituto da audiência de custódia como direito previsto no Pacto San Jose da Costa Rica e sua não realização no Brasil como uma hipótese de inconveniência por omissão

Para o alcance dos resultados pretendidos, este estudo utilizará como metodologia de pesquisa a bibliográfica, já que analisará informações já disponíveis na persecução da resposta ao problema inicialmente apresentado, e, como método de abordagem, será utilizado o dedutivo, pois se partirá de uma premissa geral, para a análise de um caso particular.

2 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO

Antes de analisar a teoria do controle de convencionalidade, aplicando-a ao caso específico da implementação da audiência de custódia no ordenamento jurídico pátrio, faz-se necessário alguns apontamentos e elucidações quanto a institutos que serão utilizados no entendimento do tema.

Então, nessa oportunidade serão trazidos os conceitos e principais tópicos sobre os tratados internacionais, bem como a relação entre o direito internacional veiculado pelos tratados e o direito interno, atingindo o processo de internacionalização dos direitos humanos a fim de se chegar ao status normativo que os tratados internacionais de direitos humanos ostentam no ordenamento jurídico interno, uma vez que reconhece em si ponto fulcral para o entendimento do tema ora apresentado.

2.1 Direito Internacional Público e conceitos introdutórios

O Direito, por possuir uma extensa abrangência, apresenta diversas subdivisões, sendo cada uma responsável por estudar um ramo próprio. Tal fato se demonstra fundamental, considerando que dessa forma permite aos estudiosos de cada área maior aprofundamento e especialização. De antemão, é útil destacar que essa divisão não abrange somente o plano interno, mas também inclui a seara internacional, que possui sua respectiva parcela, a qual se ocupa dos estudos e regulação de normas que atingirão, além das relações internacionais, também uma pluralidade de Estados soberanos.

Neste estudo, o ramo do Direito em que se consagra o Direito Internacional Público será em demasia importante, então, necessário se faz elucidar alguns conceitos e características básicas ao seu entendimento. Neste mesmo intento, explica Portela (2016, p. 33), que o Direito Internacional Público é o ramo do Direito que “visa a regular as relações internacionais com vistas a permitir a convivência entre os membros da sociedade internacional e a realizar certos interesses e valores aos quais se confere importância em determinado momento histórico”.

Com isso, nota-se que um dos objetivos do Direito Internacional Público é ditar regras que viabilizarão a convivência pacífica entre os Estados, além disto, possui como função precípua a solidificação e difusão de ambições identificadas como uníssonas entre eles; sendo que, para tanto, necessita de um instrumento que veicule os mencionados interesses comuns e valores que visa fomentar.

No mesmo plano de conceituar o direito internacional público, Mazzuoli (2016, p. 84) diz que este consiste num conjunto de princípios e regras jurídicas que disciplinam e regem a atuação e a conduta da sociedade internacional, visando alcançar as metas comuns da humanidade e, em última análise, a paz, a segurança e a estabilidade das relações internacionais.

A partir do que lecionam ambos doutrinadores acima citados, percebe-se a importância que ostenta esse ramo do Direito, sobretudo diante do atual contexto internacional, o qual tornou evidente a necessidade de que os entes estatais e os organismos internacionais atuem conjuntamente no tocante a temas que têm impacto direto sobre a vida das pessoas, como a manutenção da paz, a promoção dos direitos humanos e a proteção do meio ambiente.

E, ainda, diante do que doutrina Portela (2016, p. 37), nota-se que o direito internacional não tutela apenas os vínculos estabelecidos entre os Estados e organizações internacionais, mas também se preocupa com questões de interesse direto de outros atores sociais, como os indivíduos.

Deste modo, importante salientar que hodiernamente a doutrina vem reconhecendo também a pessoa natural como sujeito do direito internacional. Antes desse reconhecimento, consoante expõe Portela (2016, p. 160), entendia-se que a sociedade internacional era meramente interestatal e, com isso, apenas os Estados poderiam criar normas que fariam referências somente a eles. Neste cenário, a pessoa natural era apenas objeto das normas do direito internacional e da ação estatal no plano externo e, por isso, apenas poderia atuar no âmbito internacional dentro do marco estabelecido pelos Estados.

Todavia, a doutrina atual já vem se posicionando no sentido de ser evidente a ação do indivíduo na sociedade internacional, como também aceita Portela (2016, p. 160). Sendo que esta ação, muitas vezes, ocorre independentemente do Estado, então, conseqüentemente se observa a pessoa natural também como sujeito internacional.

Apesar de ainda haver divergência quanto à personalidade internacional do ser humano, destaca Portela (2016, p. 160), que é impossível negar a existência de inúmeras regras internacionais que fazem menção, justamente, a direitos e obrigações específicas dos indivíduos, como se percebe nos tratados internacionais de direitos humanos, que visam, sobretudo, a proteção da dignidade da pessoa humana.

Para exemplificar, Portela (2016, p. 160) traz o fato de ser possível o próprio indivíduo exigir em foros internacionais a observância de certos direitos que pela ordem constitucional lhes foram conferidos, e isto de forma direta e independente de anuência do Estado em que vive ou do qual seja nacional.

Então, para Portela (2016, p. 155), o direito internacional não mais vê apenas os entes estatais e os organismos internacionais como seus únicos atores, como quer a doutrina tradicional. A doutrina mais recente, à vista disso, já vem admitindo outros sujeitos de direito internacional, além dos já indicados, que são o indivíduo, as empresas e as organizações não governamentais, ou seja, todos estes devem cumprir as normas internacionais, podem exigir os direitos nelas contidos, assim como podem recorrer a certos foros internacionais buscando a observância desses direitos.

Assentando-se o conceito de direito internacional público, igualmente após anotar a mudança paradigmática no que diz respeito aos seus sujeitos, imprescindível relembrar que é por intermédio, principalmente, de tratados internacionais que este ramo do direito veicula as normas que visam a proteção dos interesses da sociedade internacional.

E, por tratado internacional, de acordo com Rezek (2013, p. 38), entende-se como sendo “todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”. O entendimento de Piovesan (2013, p. 105) acrescenta que, além de constituírem acordos internacionais, os tratados internacionais constituem caráter obrigatório e vinculante, sendo hoje a principal fonte de obrigação do Direito Internacional. É o que também se depreende do ensinamento de Mazzuoli (2016, p. 137):

Os tratados internacionais são, incontestavelmente, a principal e mais concreta fonte do Direito Internacional Público na atualidade, não apenas em relação à segurança e estabilidade que trazem nas relações internacionais, mas também porque tornam o direito das gentes mais representativo e autêntico, na medida em que se consubstanciam na vontade livre e conjugada dos Estados e das organizações internacionais, sem a qual não subsistiriam.

Portanto, retira-se do que acima expôs os referidos autores, que tratados internacionais são acordos formais feitos entre pessoas jurídicas de direito internacional, que possuem caráter vinculante àqueles que optam por dele fazer parte, ou seja, a adesão ao tratado é discricionária, mas, se decidir dele fazer parte, o Estado torna-se obrigado a observar os seus ditames. Além do que, destinam-se a assentar interesses contrastantes entre os Estados e cooperar para a satisfação das necessidades e finalidades que todos os envolvidos desejam ter em comum.

2.2 Relação entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno: teorias dualista e monista

A partir do momento em que um Estado decide fazer parte de um acordo internacional, há a possibilidade do surgimento de conflitos entre normas coexistentes, isto pois, ao fazer parte

da sociedade internacional, cada Estado, no gozo de sua soberania, já possui seu próprio ordenamento jurídico, composto por normas que se demonstraram relevantes para os cidadãos daquele Estado. E, como o direito internacional pode regular qualquer matéria, podem surgir questões no plano internacional que se demonstram idênticas às já reguladas no plano interno, surgindo, portanto, um conflito.

Com o aparente conflito, diverge a doutrina no que tange a relação que deve manter o Direito Internacional Público e o Direito interno de cada Estado. E, com o passar dos tempos, diversas teorias foram surgindo na busca por uma solução efetiva ao problema, dentre as quais se destacam duas: a dualista e a monista. Nessas teorias, de acordo com Mazzuoli (2016, p. 95), se discute se o Direito Internacional e o Direito interno são duas ordens jurídicas distintas e independentes, como quer a teoria dualista, ou, ao contrário, se são dois sistemas que derivam um do outro, como percebe a teoria monista.

A teoria do dualismo, consoante ensina Portela (2016, p. 50), defende que o Direito Internacional e o Direito interno são dois ordenamentos jurídicos distintos e totalmente independentes entre si, não podendo as normas entrar em conflito umas com as outras. Isso, pois, para esta teoria, o Direito Internacional atua na convivência entre os Estados, ao passo que o Direito interno disciplina as relações entre os indivíduos e entre estes e o ente estatal. Dessa forma, os tratados seriam apenas compromissos assumidos na esfera externa, mas que não possuiriam capacidade de gerar efeitos no interior dos Estados. Para tanto, deveriam passar por um processo de internalização, tornando-se vinculantes também internamente, mas por fazerem parte do Direito nacional.

E, então, de acordo com a teoria dualista, por possuírem diferentes fontes e por regularem matérias diferentes entre eles (Direito Internacional e Direito interno), não poderia haver conflito, ou seja, uma norma internacional não poderia regular questão interna sem antes ter sido incorporada tornando-se norma interna. Da mesma forma, por se tratar de sistemas distintos, em que cada um regula relações jurídicas diversas, não haveria que se falar em supremacia de um sobre o outro. É deste modo que entende Mazzuoli (2016, p. 97).

De acordo com Binenbojm (2014, p. 15), o dualismo pode ser subdividido em dualismo radical e dualismo moderado. O dualismo radical prevê a edição de uma lei para a incorporação do tratado à ordem jurídica interna, ao passo que o dualismo moderado prescinde da edição de uma lei, mas pode observar outro procedimento mais simplificado previsto na ordem jurídica interna; no caso do Brasil há a aprovação do Parlamento e a promulgação presidencial.

O monismo, que possui como principal expoente Kelsen, como esclarece Portela (2016, p. 51), fundamenta-se na premissa de que existe apenas uma ordem jurídica, com normas

internacionais e internas, independentes entre si. Isto posto, para que possuam eficácia, as normas internacionais estão condicionadas à harmonia de seu conteúdo com o Direito interno, ao mesmo tempo que a aplicação das normas nacionais limitam-se aos preceitos do tratado internacional ao qual o Estado encontra-se vinculado. Além do mais, no monismo não seria necessária a elaboração de um novo diploma legal tendente a transformar o Direito Internacional em Direito interno.

Por esta teoria, fica evidente a possibilidade de haver conflito entre normas internas e internacionais e, a partir do que ensina Portela (2016, p. 51-52), para definir qual norma deverá prevalecer, foram desenvolvidas duas vertentes teóricas dentro da teoria monista: o monismo internacionalista e o monismo nacionalista. Para o monismo internacionalista, o Direito Internacional seria hierarquicamente superior ao ordenamento interno, então, se uma norma interna contrariasse uma norma internacional, deveria ser reputada inválida. Já o monismo nacionalista prega a primazia do Direito interno de cada Estado, fundamentando no valor superior da soberania estatal, sendo que as normas internas seriam superiores às internacionais, devendo prevalecer em caso de conflito.

Ocorre que o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, consagrou o monismo internacionalista como sendo a teoria adotada pelo Direito Internacional. No entanto, salienta Portela (2016, p. 52) que muitos Estados acabam adotando entendimentos próprios sobre o tema dos conflitos entre Direito Internacional e Direito interno, em observação à manutenção da soberania como um dos fatores determinantes das relações internacionais.

Nada obstante, observa Portela (2016, p. 53) que o modelo de celebração de tratados adotado pelo Brasil herdou uma característica do monismo nacionalista, pois o ordenamento jurídico brasileiro, na própria Constituição Federal de 1988, comanda a celebração de tratados pelo Brasil e ainda define a norma que deve prevalecer em caso de conflito. Ainda assim, conforme o mesmo autor, percebe-se que a ordem jurídica pátria vem atribuindo crescente importância à norma internacional, que em diversas hipóteses prevalecerá frente à lei ordinária brasileira, tendo a possibilidade, inclusive, de equiparar-se à própria norma constitucional, como se verá a frente.

Na mesma leitura, Portela (2016, p. 51) também ressalta que o modelo de celebração de tratados adotado pelo Brasil guarda semelhança com o que defende a teoria do dualismo moderado, uma vez que o Estado brasileiro incorpora a norma internacional por ele ratificada ao ordenamento interno por intermédio de um decreto presidencial.

A respeito disso, assegura Guerra (2013, p. 189) que a melhor solução para eventual conflito entre normas internas e internacionais não reside na discussão de qual teoria deve ser

aplicada, mas, sim, em um diálogo das fontes. Isto porque, no atual contexto onde a pessoa humana é o centro das normativas gerais, é possível que se utilize mais de uma norma de modo que haja diálogo entre estas, com o intuito de encontrar o melhor resultado em benefício do indivíduo. Se dessa forma ocorrer, não seria necessário escolher uma norma em detrimento de outra, mas poderia haver uma complementariedade entre elas a fim de se obter interesse mais favorável à pessoa humana.

Apesar das observações feitas por Portela e por Guerra, as quais foram citadas acima, o STF na ADI-MC 1480/DF (Relator: Celso de Mello, Brasília/DF, DJ: 18.05.2001) sustenta que é na Constituição que se deve buscar a solução normativa para dúvidas referentes à incorporação dos atos internacionais ao direito positivo interno brasileiro, e não em controvérsias doutrinárias que antagonizam as teorias aqui apresentadas.

Portanto, é certo que quanto à adoção de uma das teorias por parte do Brasil ainda restam divergências, não sendo possível definir com exatidão qual seria a oficialmente adotada. Todavia, há de se considerar que a melhor possibilidade de solução seria, de fato, o diálogo das fontes, uma vez que inviabilizaria um engessamento da decisão, se demonstrando mais razoável à proteção da pessoa humana.

2.3 Processo de Internacionalização dos Direitos Humanos

Consoante ao que foi até o momento explicitado, temas que são relevantes à sociedade internacional como um todo acabam por ser objeto de tratados internacionais que visam a tutela da questão perante todos os Estados.

Então, por sua inquestionável importância, tem-se notado que os Direitos Humanos vêm, já há algum tempo, demonstrando-se como uma das maiores preocupações na seara internacional, e, conseqüentemente, vêm sendo objeto de constantes tratados internacionais que visam sua proteção,

Dessa forma, a partir de agora faz-se necessário entender de que forma se deu o processo de internacionalização dos Direitos Humanos, uma vez que estes serão, para o presente estudo, pontos centrais na análise do controle de convencionalidade, notadamente, pois, o parâmetro a ser considerado será justamente os tratados internacionais que veiculam os chamados Direitos Humanos.

Ademais, ao tratar da internacionalização dos Direitos Humanos, cumpre-nos nesse instante destacar o que doutrinariamente se entende por “direitos humanos”, que para Ramos (2017, p. 29) “[...] consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma

vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna”. Para Comparato (2013, p. 20), “[...] são direitos próprios de todos os homens, enquanto homens, à diferença dos demais direitos, que só existem e são reconhecidos em função de particularidades individuais ou sociais do sujeito”.

Com base nos conceitos supracitados, é possível compreender que a relevância dos direitos humanos se fundamenta simplesmente na existência do homem, ou seja, os direitos humanos são direitos que pertencem a todos os seres humanos independente de qualquer circunstância fática, sendo tarefa do Direito Internacional dos Direitos Humanos estabelecer obrigações que promovam e protejam os direitos humanos em sua essência, que é o indivíduo.

Assentando-se a importância do tema, destaca-se, conforme fez Castilho (2017, p. 117) que, ainda com sua magnitude, os Direitos Humanos nem sempre foram universalmente discutidos ou reconhecidos como o bem de valor máximo que hoje se demonstra, porquanto a noção de proteção internacional desses direitos ainda não estava na consciência das nações.

No que tange ao processo de internacionalização dos Direitos Humanos, há atualmente um verdadeiro consenso doutrinário quanto ao que marca seu início. Dentre os doutrinadores, podemos citar Piovesan (2013 p. 65), a qual identifica o referido processo como um fenômeno pós-guerra, pois, fora diante das atrocidades sabidamente praticadas no período nazista que o mundo viu a necessidade de se ter normas que devessem ser observadas por todos, com o intuito de se preservar bens que transcendem a ideia da soberania ou da nacionalidade, que são os direitos humanos. Com o que concorda Castilho (2017, p. 122) ao defender que:

De todo modo, a Segunda Guerra Mundial constitui um marco na história dos direitos humanos. Ela deu início à formação do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, com a criação dos mecanismos e instituições, em âmbito internacional, para proteger e assegurar tais direitos contra violações promovidas pelos Estados.

A partir da Segunda Guerra Mundial, como expõe Castilho (2017, p. 125), percebeu-se que a proteção aos direitos humanos não poderia ser reduzida ao domínio nacional e ainda que o entendimento de soberania, desenvolvido ao longo do tempo, não poderia ser pretexto para a prática de barbáries inqualificáveis. Então, a proteção aos direitos humanos deveria ultrapassar as fronteiras dos Estados e ganhar dimensão internacional.

Isso, pois, conforme enumera Vaz (2016, p. 6), “as atrocidades praticadas apresentavam uma peculiaridade: era o próprio Estado o violador de direitos humanos, acobertado por sua soberania nacional e pela jurisdição doméstica”. Dessa forma, à medida em que o direito interno de um país não estava se demonstrando eficaz para a proteção dos indivíduos, bem como o fato

de que a soberania de um Estado estava sendo utilizada em demérito de seus nacionais é que nasce a necessidade de criação de mecanismos supraestatais que visassem a proteção do ser humano, tema este de legítimo interesse internacional.

É neste panorama que surge como um ramo autônomo da ciência jurídica contemporânea o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que em sua essência, pela visão de Guerra (2013, p. 3), está voltado à salvaguarda dos direitos humanos e não dos Estados. Do conceito de Trindade (2006, p. 06), retira-se a mesma conclusão:

Entendo o Direito Internacional dos Direitos Humanos como o *corpus juris* de salvaguarda do ser humano, conformado, no plano substantivo, por normas, princípios e conceitos elaborados e definidos em tratados e convenções, e resoluções de organismos internacionais, consagrando direitos e garantias que têm por propósito comum a proteção do ser humano em todas e quaisquer circunstâncias, sobretudo em suas relações com o poder público, e, no plano processual, por mecanismos de proteção dotados de base convencional ou extraconvencional, que operam essencialmente mediante os sistemas de petições, relatórios e investigações, nos planos tanto global como regional. Emanado do Direito Internacional, este *corpus juris* de proteção adquire autonomia, na medida em que regula relações jurídicas dotadas de especificidade, imbuído de hermenêutica e metodologia próprias.

Como mencionado, ocorreu que os excessos consumados durante a Segunda Guerra Mundial despertaram a atenção internacional, o que desencadeou discussões sobre a necessidade da existência de normas que estivessem acima da normativa doméstica, como já registrado, para que a soberania de um Estado não fosse mais escudo frente aos desrespeitos a direitos que os indivíduos possuem por serem seres humanos, mais do que por serem nacionais de qualquer país.

Por conseguinte, foi a contar disto que internacionalmente passou-se a positivizar direitos que deveriam ser observados por todos os Estados, bem como que gerassem maior proteção ao indivíduo e fossem capazes de responsabilizar aqueles Estados que os violassem. É o que contemporaneamente se chama de internacionalização dos direitos humanos.

Nesse novo ramo do direito, ensina Castilho (2017, p. 113) que a posição central é ocupada pela pessoa, tendo a sua dignidade como valor máximo a ser assegurado. O indivíduo passa a ter personalidade na seara internacional, onde surge também como sujeito de direitos. Nesse contexto, a soberania já não mais poderia ser tida como absoluta, no sentido de que os Estados não mais poderiam invocar a sujeição apenas à normativa interna, mas, ao ratificarem um tratado internacional de direitos humanos, poderiam ser internacionalmente responsabilizados por eventuais descumprimentos, sem que isso significasse um desprezo a sua soberania que, nesses termos, suportaria uma relativização.

Antes da Segunda Guerra Mundial já havia alguns diplomas internacionais que objetivavam a proteção dos direitos humanos, como a Liga das Nações, por exemplo, que buscava a paz mundial, conforme lembra Castilho (2017, p. 134). No entanto, o próprio advento da Segunda Guerra Mundial demonstrou que o referido instituto normativo não foi capaz de cumprir seu papel. Apesar disso, já se demonstrou um esboço da criação de um órgão de monitoramento acima de todos os Estados.

Com efeito, foi a partir da criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, que esse novo movimento de internacionalização dos direitos humanos se concretizou. Como informa Guerra (2013, p. 2):

O sistema de proteção internacional dos direitos humanos no âmbito da Organização das Nações Unidas caracteriza-se como um sistema de cooperação intergovernamental que tem por objetivo a proteção dos direitos inerentes à pessoa humana. Com esse sistema, além de ter consagrado a proteção internacional dos direitos humanos como princípios fundamentais de seu texto normativo, a Carta da ONU também deixou explícito que a proteção dos direitos humanos é um meio importante para assegurar a paz.

Ainda na mesma leitura, observa Guerra (2013, p. 2) que a vida e a dignidade da pessoa humana passam a ocupar lugar privilegiado e de destaque, fazendo com que ocorresse uma “grande codificação” em matéria de direitos humanos, no que pode-se destacar a Carta Internacional de Direitos Humanos (1948) e os dois Pactos, um sobre Direitos Civis e Políticos e outro sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Como se fora um prelúdio, desde de então surgiram diversos diplomas que buscavam positivar e veicular o novo sentimento de proteção aos direitos humanos que havia surgido. No âmbito internacional, os referidos direitos eram difundidos, em regra, por intermédio de tratados internacionais, cujo conceito e características encontram respaldo nas palavras de Portela (2016, p. 84):

Os tratados não são meras declarações de caráter político e não vinculante. Como fontes de Direito que são, visam a gerar efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo direitos e obrigações e ensejando a possibilidade de sanções por seu descumprimento, revestindo-se portanto de caráter obrigatório para as partes que entraram em consenso acerca de seu conteúdo e para os destinatários de suas normas. Cabe ressaltar que, uma vez em vigor, o tratado vinculará as partes não só no âmbito internacional, mas também no doméstico, já que ou serão incorporados ao ordenamento jurídico interno dos Estados que o celebram ou, no mínimo, gerarão obrigações a serem executadas dentro dos territórios dos entes estatais.

Do conceito sobredito conclui-se que, ao veicular determinado direito, os tratados internacionais o fazem de maneira vinculante, ou seja, as normas ali difundidas possuem caráter

obrigatório àqueles que optaram por assinar aquele acordo. Isto posto, as partes que ratificarem ao tratado estarão vinculadas a ele tanto no plano internacional, quanto no interno, e, a partir disso, devem promover ações que visem a correta observância do que foi nele conciliado.

Isto, porque, como bem evidencia o autor no trecho trazido acima, os tratados internacionais são fontes de Direito e, por conseguinte, plenamente capazes de criar direitos e obrigações cuja observação se remonta a todos que manifestaram a ele adesão. Seu poder de criar direitos é tamanho, que a não contemplação deles por parte de Estado signatário ensejaria sanções na seara internacional.

Ademais, como observa Piovesan (2013, p. 442):

Ao acolher o aparato internacional de proteção, bem como as obrigações internacionais dele decorrentes, o Estado passa a aceitar o monitoramento internacional, no que se refere ao modo pelo qual os direitos fundamentais são respeitados em seu território. O Estado passa, assim, a consentir no controle e na fiscalização da comunidade internacional, quando, em casos de violação a direitos fundamentais, a resposta das instituições nacionais se mostra insuficiente e falha, ou, por vezes, inexistente. Enfatize-se, contudo, que a ação internacional é sempre uma ação suplementar, constituindo uma garantia adicional de proteção dos direitos humanos.

O trecho revalida o que já foi disposto sobre a relativização da soberania do Estado, pois, no mesmo instante em que este decide se vincular às normas de um tratado, estará sujeito também à fiscalização da comunidade internacional quanto à observação destas normas.

Conforme entendimento já estabelecido, o tratado internacional quando internalizado não vincula as partes apenas no âmbito externo, regulando tão somente as questões entre os Estados e as organizações internacionais, mas também cria obrigações internas. Diante disso, salienta Portela (2016, p. 122) que o estabelecimento de compromissos internacionais necessariamente impõe conformidades dentro dos Estados, que precisam efetivar o acordo por intermédio de ações desempenhadas em seus territórios.

Essa execução das normas internacionais dentro dos Estados, ainda de acordo com Portela (2016, p. 123), é favorecida com a sua incorporação ao Direito interno, o que se denomina “internalização”, que é o “processo pelo qual os tratados passam a fazer parte do ordenamento jurídico nacional dos entes estatais, adquirindo status semelhante ao das demais espécies normativas da ordem estatal”. E a facilitação ocorre, sobretudo, pois, a partir do momento que são internalizadas, as normas podem contar com o aparato de órgãos internos, como o Judiciário, por meio do qual pode haver a imposição das normas internacionais como se internas fossem.

A aludida internalização é regulada de acordo com cada ordenamento jurídico interno dos entes estatais, o que quer dizer que cada Estado disporá de que forma irá incorporar os tratados internacionais em seu direito pátrio. Alguns Estados, porém, possuem rito diferenciado de acordo com o assunto versado pelo tratado, como é o caso do Brasil, que possui hoje um procedimento mais complexo quando o tema do tratado é direitos humanos.

Por conta disso, com a internalização de um tratado, a discussão que surge na seara brasileira é referente ao status que esse tratado irá ostentar no plano interno, uma vez que no Brasil há uma pluralidade de tipos normativos, conforme explicita o art. 59 da Constituição Federal brasileira.

2.4 O status normativo dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil

Historicamente, o Brasil apresenta episódios representativos em que não se observou a proteção aos direitos humanos como superior preocupação estatal. Isso se deve, sobretudo, pois o País enfrentou períodos nos quais mais se constatou a retirada de direitos do que a concessão deles. Períodos estes em que até mesmo a democracia fora afastada em prol de um governo ditador que, para ter seu comando perpetuado, necessitava restringir direitos e liberdades individuais.

O estabelecimento do caminho com destino ao rompimento desta fase intrincada se deu com a promulgação da Constituição de 1988, pois foi quando se iniciou o processo de redemocratização do Estado brasileiro, bem como o de institucionalização dos direitos humanos no país. É o que recorda Mazzuoli (2016, p. 80), destacando que:

Se é certo que a promulgação do texto constitucional significou a abertura do nosso sistema jurídico para essa chamada *nova ordem* estabelecida a partir de então, também não é menos certo que todo esse processo desenvolveu-se concomitantemente à cada vez mais intensa ratificação, pelo Brasil, de inúmeros tratados internacionais globais e regionais protetivos dos direitos da pessoa humana, os quais perfazem uma imensa gama de normas diretamente aplicáveis pelo Judiciário e que agregam vários novos direitos e garantias àqueles já constantes do nosso ordenamento jurídico interno.

Continua Mazzuoli (2016, p. 82) enfatizando que a Constituição Federal de 1988, ao seguir a nova ótica internacional de proteção humanizante, elevou a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, CF/88) a princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Fazendo com que, dessa forma, surgissem novos princípios jurídicos conferidores de elevada carga axiológica, que deveriam ser levados

em consideração sempre ao se aplicar ou interpretar quaisquer normas do ordenamento jurídico pátrio.

Dessa forma, a contar do processo de redemocratização e do conseqüente novo embasamento principiológico do Brasil, o país passa a dar maior abertura a documentos internacionais que veiculavam essas mesmas preocupações (proteção à dignidade e prevalência dos direitos humanos). E então, como a Constituição Federal trabalha de forma hierarquizada, inicia-se internamente, na doutrina e na jurisprudência, intensa discussão no que se refere ao status normativo que caberia a um tratado internacional de direitos humanos que fosse internalizado pelo direito brasileiro.

Isto, porque, o art. 59 da Constituição Federal traz um rol de espécies normativas existentes no ordenamento jurídico brasileiro e, como destaca Bester (2005, p. 59), há uma hierarquia existente entre as normas jurídicas, pois a Constituição encontra-se no topo deste sistema escalonado e às demais diretrizes irradia validade.

Por conta deste fator, surgiu internamente o impasse quanto à localização neste quadro dos tratados internacionais de direitos humanos, pois, se fossem considerados normas constitucionais, as demais normas do ordenamento deveriam a eles observância, ao passo que se fossem norma infraconstitucional, não poderiam ir de encontro ao que manda a Constituição.

De acordo com Castilho (2017, p. 168), a controvérsia era dada, sobretudo, pelo que dispunha a própria Constituição em seu art. 5º, §2º, o qual diz que “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”. A partir disto, defende o mesmo autor que:

O dispositivo constitucional afirma categoricamente que: não é por não terem sido previstos na Constituição Federal que direitos e garantias consagrados em tratados internacionais firmados pelo Brasil deixam de ser protegidos. Pelo contrário: nos termos do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, eles integram o catálogo de direitos fundamentais do texto constitucional.

Desta maneira, orienta Castilho (2017, p. 168) que a discussão reside na dúvida quanto à forma que as normas de direitos humanos trazidas por tratados internacionais irão integrar o catálogo de direitos fundamentais contidos na CF/88. Isso dado que a norma não traz nenhuma ressalva, então, como os direitos fundamentais possuem natureza materialmente constitucional, há de se concluir que os tratados internacionais de direitos humanos, conforme leitura do dispositivo em comento, também possuem hierarquia constitucional.

Esse também é o entendimento defendido por Piovesan (2013, p. 113), quando diz que a Carta de 1988, estaria a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Por conseguinte, tais direitos foram incorporados pelo Texto Constitucional, possuindo mesmo status que os demais direitos ali contidos. É o que a autora explica no trecho abaixo:

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

Na sequência, Piovesan (2013, p. 115) traz o entendimento de que no corpo do §2º do art. 5º, a Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ademais, a despeito do fato de as normas serem enunciadas na forma de tratados internacionais, a Carta Constitucional lhes confere um valor jurídico de norma constitucional, uma vez que fazem parte do catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional.

Por último, com o intuito de embasar tal posicionamento, Piovesan (2013, p. 115) cita o que doutrina o professor Canotilho, quando diz que “o programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao ‘texto’ da Constituição”, mas deve-se acrescentar ao “bloco de constitucionalidade” também os princípios não escritos. Assim, os direitos internacionais integrariam o referido “bloco de constitucionalidade”, abarcando a regra constitucional positivada no §2º do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta.

Outro autor que também defende o status constitucional das normas de direitos humanos trazidas por tratados internacionais ratificados pelo Brasil é Mazzuoli (2016, p. 82), o qual baseia sua interpretação também na simples leitura do §2º do art. 5º da CF/88, ressaltando que:

Se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais “em que a República Federativa do Brasil seja parte”, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil “se incluam” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem.

No mesmo sentido, Mazzuoli (2016, p. 83) destaca que da análise do dispositivo exposto retira-se três vertentes dos direitos e garantias fundamentais no texto constitucional brasileiro:

a) direitos e garantias expressos na Constituição; b) direitos e garantias implícitos, que são aqueles subentendidos nas regras de garantias e ainda os decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados, e c) direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Em sequência, extrai-se do entendimento de Mazzuoli (2016, p. 85) que a cláusula aberta do §2º do art. 5º da CF/88, por si só, já admite o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa, como quer outra parte da doutrina.

A abundante discussão doutrinária acerca do assunto ganhava embalo, sobretudo, conforme lembra Ramos (2017, p. 475), pois, até o ano de 2008 o posicionamento do STF, a despeito do que versava o §2º do art. 5º, era o de que os tratados de direitos humanos possuíam hierarquia equivalente à lei ordinária federal, como todos os demais tratados incorporados pelo direito pátrio.

Diante do que foi verificado até o momento, percebe-se que doutrinariamente o entendimento não se demonstrava análogo ao então posicionamento do STF. Mas, conforme enumera Ramos (2017, p. 475), também não havia somente aqueles que acreditavam ser devido o status constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, como também as divergências poderiam ser organizadas em quatro vertentes de maior repercussão: i) natureza supraconstitucional, em face de sua origem internacional; ii) natureza constitucional; iii) natureza equiparada à lei ordinária federal e iv) natureza supralegal.

Como consequência da divergência na doutrina e ainda da resistência do Supremo Tribunal Federal em reconhecer a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, informa Ramos (2017, p. 475) que o movimento de direitos humanos buscou convencer o Congresso a aprovar uma emenda constitucional contendo tal reconhecimento. E, então, visando resolver o impasse que cercava a determinação do status dos tratados internacionais de direitos humanos, foi aprovada a Emenda Constitucional n. 45/2004, que introduziu o §3º ao art. 5º da CF/88.

Assim, no desígnio de levar a termo a controvérsia, a citada Emenda Constitucional trouxe na redação do parágrafo por ela acrescentado que os tratados internacionais de direitos humanos teriam posição equivalente à de uma Emenda Constitucional, isto é, disporem do status constitucional tão clamado por boa parte da doutrina. Todavia, condicionou tal hierarquia ao seu procedimento de internalização, isto é, apenas os tratados internacionais que forem internalizados (no futuro, portanto essa regra não abarcava os anteriores à Emenda) sob o mesmo rito de Emenda é que desfrutariam do status constitucional.

Apesar da tentativa, no entanto, lembra Ramos (2017, p. 475), que a redação final aprovada do dispositivo não levou contento aos defensores dos direitos humanos, pois a) condicionou a hierarquia constitucional ao rito idêntico ao das emendas constitucionais, tornando-a mais dificultoso; b) ao usar a expressão “que forem”, sugeriu a existência de dois tipos de tratados de direitos humanos no pós-Emenda: os aprovados pelo rito equivalente ao da emenda constitucional e os aprovados pelo rito comum e c) nada mencionou quanto aos tratados anteriores à Emenda.

Na doutrina de Ramos (2017, p. 476), pode-se encontrar um contundente e relevante voto em separado no Caso *Damião Ximenes*, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no qual Cançado Trindade expressou duras críticas ao citado parágrafo, o enquadrando como “[...] mal concebido, mal redigido e mal formulado”, acrescentando que “representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo parágrafo 2º do art. 5º da CF/88”, por fim, o reputando de “aberração jurídica”.

Apesar do advento da EC n. 45/04, que em sua essência visava dar encerramento às discussões sobre o nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos, o sentimento por parte da doutrina se manteve como expõe Mazzuoli (2016, p. 89):

Não obstante ter tido o art. 5º, §3º, da Constituição um aparente bom propósito, o certo é que se trata de dispositivo incongruente. Se a sua intenção foi colocar termo às controvérsias (doutrinárias e jurisprudências) sobre o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos no Brasil, parece que a tal desiderato não conseguiu chegar. Nós também sempre entendemos inevitável a mudança do texto constitucional, a fim de se eliminar as controvérsias a respeito do grau hierárquico conferido pela Constituição aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Mas a nossa ideia era outra, em nada semelhante à da Emenda Constitucional n. 45. Entendíamos ser premente, mais do que nunca, incluir em nossa Carta Magna não um dispositivo hierarquizando os tratados de direitos humanos, como fez a EC 45, mas sim um dispositivo que reforçasse o significado do §2º do artigo 5º, dando-lhe verdadeira interpretação autêntica.

Dessa forma, conforme Ramos (2017, p. 476), parte da doutrina entendeu que a batalha pela natureza constitucional de todos os tratados internacionais fora perdida, pois, pela redação trazida na EC n. 45, apenas alguns seriam equivalentes à emenda constitucional, notadamente aqueles que fossem aprovados pelo rito especial recém-criado.

Não obstante ao fato de que nova a Emenda Constitucional não fora capaz de liquidar todas as questões controversas já existentes, destaca Ramos (2017, p. 476) que esta trouxe ainda uma nova indagação retirada da expressão “que forem” nela contida, pois, os tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados pelo rito de emenda constitucional,

será a ela equivalente, mas nada mencionou sobre o mesmo tipo de tratado que houver sido aprovado pelo Congresso pelo rito simples. A solução apresentada pelo autor é baseada no entendimento de Piovesan (2017, p. 477):

Todos os tratados de direitos humanos – incorporados antes ou depois da EC n. 45, teriam estatuto constitucional, com base no art. 5º, §2º. [...] Todos seriam *materialmente constitucionais*. Porém, os tratados aprovados sob a forma do rito do art. 5º, §3º, seriam materialmente e formalmente constitucionais.

É certo que a redação do §3º do art. 5º da Constituição Federal ocasionou uma revisão do posicionamento do STF sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil, apesar de esta não ter sido a par do que defendia a doutrina. Entretanto, a nova interpretação divulgada por Piovesan e exposta acima não encontrou apoio na Suprema Corte, pois, como observa Ramos (2017, p. 477), esta optou por filiar-se ao entendimento que consagra a “teoria do duplo estatuto”.

Tendo em vista toda essa disparidade doutrinária e ainda diante do advento da EC n. 45/04, o STF foi incitado a discutir novamente a questão do status normativo que deveriam os tratados internacionais de direitos humanos obter no plano interno, o que fez na oportunidade do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343 (STF – RE 433343/SP, Relator: Min. Cezar Peluso, DJ: 04.06.2008) que, em sua essência, discutia a situação do depositário infiel.

Ocorreu, pois, que baseada no texto inserido pela EC n. 45, a maioria dos votos dos Ministros sustentou novo patamar normativo para os tratados internacionais de direitos humanos. O novo entendimento que passaria, então, a ser prevaiente, foi conduzido pelo Ministro Gilmar Mendes que, após expor em seu voto as quatro vertentes já mencionadas, sustentou que “os tratados internacionais de direitos humanos, que não forem aprovados pelo Congresso Nacional pelo rito especial do art. 5º, §3º, da CF/88, têm natureza supralegal: abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei”.

Foi neste contexto, consoante Ramos (2017, p. 479), que se firmou na jurisprudência a teoria do duplo estatuto: natureza constitucional, para os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo rito do art. 5º, §3º; natureza supralegal, para os demais tratados internacionais de direitos humanos, tanto aos anteriores quanto aos posteriores à EC n. 45, que tenham sido aprovados pelo rito comum.

No final, como bem evidencia Castilho (2017, p. 182), a principal consequência de serem normas supraleais é que possuem a chamada “eficácia paralisante” em face de todo o ordenamento infraconstitucional. Por conta disto, as normas com eles incompatíveis deixam de

ser aplicadas e, conseqüentemente, de produzir efeitos. Desse modo, então, resta que as normas supralegais não integram a Constituição, mas inegavelmente serão fundamentos de validade, considerada sua posição hierárquica, a todas as demais normas. Em suma, submetem-se aos preceitos constitucionais, não podendo contrariá-los, mas servem de parâmetro às normas infraconstitucionais, não podendo por estas, por sua vez, serem contrariados.

Contudo, mesmo após o STF manifestar-se a respeito e ditar o entendimento quanto ao grau hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos internalizados, houve ainda quem não concordasse com a solução apresentada. É o caso, por exemplo, de Mazzuoli (2016, p. 415), que julgou a tese da supralegalidade imprópria, visto que esta estabelece patamares diferenciados a tratados que possuem o mesmo fundamento ético, baseando tal fato, meramente, na forma como seriam internalizados, se por maioria qualificada ou maioria simples.

Prossegue o mesmo autor (2016, p. 416) defendendo que essa “duplicidade de regimes jurídicos” adotada pelo Brasil, acaba por regular documentos iguais de maneira totalmente diferente, contrariando, claramente, o próprio princípio constitucional da isonomia. Fazendo dessa forma, ou seja, separando tratados internacionais de direitos humanos que estarão abaixo da Constituição e outros que estarão no mesmo nível dela, finda por desconsiderar a lógica convencional de proteção a tais direitos.

Isto, porque, entende Mazzuoli (2016, p. 416) que apenas os tratados internacionais que versam de temas alheios aos direitos humanos é que deveriam possuir status intermediário no ordenamento pátrio. No defender do autor, a posição do STF é insuficiente, e, por isso, mantém sua posição de que tratados de direitos humanos possuem status constitucional, independentemente do quórum de sua aprovação.

A discordância de Marmelstein (2017, p. 43), por sua vez, reside no procedimento adotado para decidir o grau hierárquico de um tratado, à medida em que defende que esta análise deveria considerar a conformidade do tratado com os princípios fundamentais ao invés de se pautar na sua origem ou fonte de produção.

Na defesa de seu entendimento, destaca Marmelstein (2017, p. 48) que a manutenção de grau hierárquico supralegal a um tratado internacional de direitos humanos acarreta, pelo menos, duas conseqüências: uma em caso de antinomia e outra referente aos instrumentos do controle de constitucionalidade na proteção dos direitos humanos.

Quanto à primeira conseqüência, explica o autor (2017, p. 48) que ao admitir a hierarquia supralegal aos mencionados tratados, em um eventual conflito destes com a Constituição, esta prevaleceria em qualquer hipótese, mesmo que apresentasse norma menos protetiva aos direitos humanos, devido ao fato de estar em posição hierarquicamente superior.

Já ao reconhecer status constitucional aos tratados de direitos humanos, o conflito com a Constituição deveria ser solucionado por meio de uma ponderação, fazendo com que prevalecesse aquele que se demonstrasse mais protetivo à dignidade humana.

Quanto à segunda consequência, advoga Marmelstein (2017, p. 48) no sentido de que apenas ao considerar o status constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos é que poderiam ser utilizadas as ferramentas de proteção empregadas quando diante de uma inconstitucionalidade; ficando prejudicada a proteção daqueles tratados com status apenas supralegal.

Ademais, apesar de ainda persistirem discordâncias doutrinárias concernentes ao grau hierárquico que devem possuir os tratados internacionais de direitos humanos internamente, a posição do STF se solidificou no sentido da mencionada teoria do duplo estatuto. Ocorre, por conseguinte, que com a decisão do STF de estabelecer grau hierárquico superior aos tratados internacionais de direitos humanos e concordar que a normativa interna deverá observar o que neles contém, surge a necessidade de se estabelecer um instrumento jurídico capaz de fiscalizar o cumprimento desse preceito e, sobretudo, garantir essa supremacia estrutural.

Internamente, para manter a supremacia da Constituição Federal diante de toda a normativa doméstica, há o controle de constitucionalidade, que é responsável pela aferição de compatibilidade das normas infraconstitucionais com o que dita a Constituição, sendo, portanto, uma garantia à sua prevalência. Com este mesmo entendimento, percebe-se a carência de um instrumento próprio e congênera a ser aplicado na garantia da superioridade dos tratados internacionais de direitos humanos com estatura supralegal. Por sua vital importância no entendimento desta análise, o próximo capítulo foi reservado ao estudo do mecanismo responsável por tal preservação.

3 TEORIA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Conforme entendimento ajustado no primeiro capítulo do presente estudo, os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito pátrio possuem uma hierarquia superior às normas infraconstitucionais, devido ao reconhecimento de sua importância. Dessa maneira, ficou definido que os tratados internacionais de direitos humanos incorporados antes do advento da EC n. 45/04 possuem status supralegal, ou seja, encontram-se abaixo da Constituição e acima das demais normas. Os tratados internacionais de direitos humanos incorporados após o advento da mencionada emenda, desde que aprovados com o quórum estabelecido no art. 5º, §3º da CF, assumirão status de emenda constitucional ou também de norma supralegal, se aprovados pelo rito simples.

Ainda de acordo com entendimento já firmado neste estudo, quando um Estado manifesta adesão a um tratado internacional, estará vinculado ao que nele consta e, conseqüentemente, fica obrigado a promover no plano interno as ações previstas no tratado, bem como a não praticar o que o tratado veda. Então, a intenção desta etapa da pesquisa é entender como a sociedade internacional fará a observação do cumprimento dos tratados internalizados por tantos países.

Assim sendo, a partir do momento em que o processo de internacionalização dos direitos humanos ganha força, fazendo com que mais Estados manifestem interesse em fazer parte de tratados internacionais que veiculem normas de direitos humanos, torna-se necessária a existência de um mecanismo de fiscalização da sociedade internacional quanto ao cumprimento dessas normas. Até porque, como anuncia Figueiredo (2016, p. 83), o sistema careceria de sentido se as decisões tomadas a nível internacional não fossem atendidas e acatadas pelos Estados, o que força a existência de mencionado mecanismo apto a aferir esta atenção.

É nesse ínterim, conforme Vaz (2016, p. 1), que a teoria do controle de convencionalidade das leis surge como esse necessário instrumento de adequação da legislação doméstica dos Estados com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e, por conseguinte, como instrumento de promoção e de proteção dos direitos humanos. Assim, de acordo com o mesmo autor (2016, p. 65):

O controle de convencionalidade seria o método a impedir que o Poder Legislativo crie normas que violem, ainda que abstratamente, direitos humanos previstos em Tratados Internacionais já ratificados pelo Brasil. Lado outro, também é mecanismo para invalidar as normas que, porventura, tenham sido criadas em desconformidade com o conteúdo dos Tratados e Convenções sobre Direitos Humanos.

Então, diante do trecho acima colacionado, entende-se que a internalização de um tratado internacional atinge o direito interno de maneiras diversas, seja impedindo que novas normas sejam criadas em desacordo com o que estipula o tratado, seja paralisando a aplicação de normas já existentes, mas que não apresentam uniformidade com o tratado.

O fato é que de nada adiantariam os esforços internacionais na promoção dos Direitos Humanos se não houvesse, somado a isso, um dispositivo jurídico que visasse a fiscalização dos novos acordos firmados em âmbito internacional. Portanto, consoante Vaz (2016, p. 66), o controle de convencionalidade se perfaz nessa análise de compatibilidade do conteúdo das normas infraconstitucionais, sobretudo material, com o texto dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos de que o Brasil seja parte.

Assim sendo, de tudo o que se explanou até o momento, a conclusão que se retira é esta apresentada por Sarlet (2015, p. 139):

É possível afirmar que tanto os tratados incorporados pelo rito previsto no §3º do art. 5º, quanto aos demais tratados ratificados por maioria simples e aprovados até o advento da Emenda Constitucional n. 45/04, os quais de acordo com a atual orientação adotada pelo STF, possuem hierarquia supralegal, ensejam, por força de sua superior hierarquia em relação ao restante da normativa interna, notadamente todo e qualquer ato normativo de matriz legal ou infralegal, a possibilidade de aferição da compatibilidade entre tais atos normativos e os tratados que lhes são agora superiores.

Desta feita, tem-se que todo e qualquer ato normativo interno infraconstitucional estará sujeito à aferição de compatibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos, sejam eles incorporados antes da EC n. 45/04 ou após esta pelo rito simples, tratando-se do que a doutrina e a jurisprudência passaram a chamar de controle de convencionalidade.

De acordo com o que ensina Figueiredo (2016, p. 88-89), há dois tipos de controle de convencionalidade: o primário e o secundário. O controle de convencionalidade primário seria aquele exercido no campo doméstico, o qual deve ser o primeiro a ocorrer. É este tipo de controle que ocorre, sobretudo, por juízes, integrantes do Poder Judiciário, que verificam a compatibilidade entre as normas internacionais e supranacionais com as normas domésticas. Trata-se de um controle difuso, feito no plano interno por cada Estado integrante do sistema regional de direitos humanos. Já o controle de convencionalidade secundário, ou concentrado, é aquele exercido pelo Tribunal regional competente em cada continente, no caso do Brasil a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Há, no entanto, entendimento diverso trazido por Jales (2014, n.p), a qual também divide o controle de convencionalidade em difuso e concentrado, mas o difuso seria aquele realizado

por qualquer juiz ou tribunal local, inclusive o STF e teria como parâmetro todos os tratados internacionais de direitos humanos que não tiverem status de emenda constitucional. Já o controle de convencionalidade concentrado teria como parâmetro aqueles tratados internacionais incorporados pelo rito do §3º do art. 5º da CF/88, ou seja, por serem equivalente a emendas constitucionais sua propositura deveria se dar perante o STF, através das ações existentes para garantir a estabilidade da Constituição e das normas a esta equiparadas, tais como os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo referido rito.

À frente se perceberá que ambos os doutrinadores possuem seu grau de correção, apesar de utilizarem nomenclaturas semelhantes a conceitos distintos. De fato, há o controle difuso de convencionalidade, que caberá a quaisquer juízes e tribunais nos casos de tratados internacionais de direitos humanos com status supralegal; e também há o controle concentrado de convencionalidade, que no plano internacional será exercido pela Corte responsável pela salvaguarda do tratado em questão e, neste caso, independará da hierarquia interna do tratado de direitos humanos (status de Emenda ou supralegal); já no plano interno o controle concentrado caberá ao Supremo Tribunal Federal, desde que se esteja diante de um tratado internacional de direitos humanos com status de Emenda, como se fundamentará adiante.

Ressalvado isto, traz, ainda, Figueiredo (2016, p. 91), que o controle de convencionalidade em seu caráter estrito deve ser exercido pelo Poder Judiciário, pois somente este possui a capacidade de declarar a invalidade de uma norma jurídica inconvencional. Ainda assim, tanto o Poder Legislativo como o Poder Executivo e seus agentes estão sujeitos ao controle de convencionalidade em sentido lato, ou seja, devem estar atentos à jurisprudência internacional a fim de evitar atos que infrinjam os tratados e convenções internacionais.

Destaca-se, por conseguinte, a existência e aplicação do princípio da subsidiariedade, segundo o qual, de acordo com Figueiredo (2016, p. 90), repousa no Estado a primordial competência de proteção dos direitos humanos, ou seja, havendo violação a estes, é o Estado quem deve resolver o assunto ainda no plano doméstico antes de responder nas esferas internacionais. A exceção a este princípio ocorreria quando, internamente, a título de exemplo, não se observasse o devido processo legal, ou quando não permitisse ao indivíduo o acesso aos canais domésticos ou quando se impeça o esgotamento das instâncias domésticas, conforme prevê o art. 46 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Então, os tratados internacionais de direitos humanos possuem seu próprio mecanismo garantidor de sua superior estatura, haja vista ser esta a função precípua do controle de convencionalidade. Ademais, frisa-se, por oportuno, que sua ocorrência não se limita ao plano interno de um Estado signatário, como destacado, mas as cortes internacionais também estarão

aptas a medirem a consecução dos preceitos veiculados pelos tratados que se encontram sob sua proteção. Dessa forma, caberá ao Estado, primeiramente, atentar pelo cumprimento do tratado e, apenas se este falhar ou não for sua ação eficaz na solução da controvérsia é que poderá agir as cortes internacionais, com as exceções já aqui ressaltadas.

3.1 Controle de convencionalidade vs. controle de constitucionalidade

Por ser o controle de convencionalidade um conceito relativamente novo no Brasil, e no intento de se obter dele melhor compreensão, é conveniente que se faça a comparação, assinalando os pontos similares tal como acentuando as diferenças, quanto a um instituto jurídico melhor conhecido nacionalmente que é o controle de constitucionalidade.

Ambos os institutos jurídicos encontram embasamento na hierarquia das normas, isto, pois, como se sabe, pelo Princípio da Supremacia da Constituição, bem evidenciado na famigerada pirâmide de Kelsen, tem-se que a Constituição Federal encontra-se no topo do ordenamento jurídico, irradiando validade a todas as demais normas que a este compõem.

E, ainda, conforme explicitado no primeiro capítulo do presente estudo, há o entendimento de que possui o tratado internacional de direitos humanos status superior às demais normas internas, seja ele incorporado antes do advento da EC n. 45/04 ou após este pelo rito simples, quando ostentará o status supralegal, ou incorporado após a EC n. 45/04 pelo rito estabelecido no §3º do art. 5º da CF/88, quando assumirá status de emenda constitucional. Percebe-se que em ambas as hipóteses o tratado internacional de direitos humanos terá status superior às normas infraconstitucionais e, portanto, também irradiarão validade a estas.

Isto de sustenta, pois, consiste o controle de constitucionalidade na obrigatoriedade de as normas infraconstitucionais estarem formalmente e materialmente compatíveis com a Constituição, ou seja, o objeto desse controle são todas as demais normas presentes no ordenamento jurídico brasileiro e seu parâmetro será o bloco de constitucionalidade. Como evidencia Silva (2016, p. 47), “significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade. [...] Todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal”.

O controle de convencionalidade, por sua vez, trata-se da necessidade de as normas infraconstitucionais estarem de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil tenha manifestado adesão, ou seja, as referidas normas também serão objetos desta espécie de controle, mas seu parâmetro será um tratado internacional de direitos humanos.

O que acima foi exposto, encontra fundamento no que ensina Barroso (2009, p. 1), quando este afirma ser o ordenamento jurídico um sistema que pressupõe ordem e unidade, sendo que a quebra dessa harmonia exige mecanismos de correção para restabelecê-la. O controle de constitucionalidade, portanto, se apresenta como um desses mecanismos e consiste na aferição de compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e o bloco de constitucionalidade, conforme ensina o mesmo autor.

É certo que de nada adiantaria estar a Constituição situada no topo do ordenamento jurídico se ela mesma não trouxesse a previsão de um procedimento que a mantenha nesta posição, conforme assevera Bester (2005, p. 325):

O controle de constitucionalidade fundamenta-se, em última instância, na autogarantia da Constituição para que, assim garantida, possa ela assegurar as garantias que veicula a uma sociedade. Assim, não basta que a Constituição institua garantias; é preciso que ela própria seja garantida. E esta sua preservação se dá pela expedita e adequada posta em marcha dos mecanismos de controle de convencionalidade.

Ainda de acordo com Bester (2005, p. 326), é o controle de constitucionalidade que instrumentaliza e garante a supremacia da Constituição, e fundamenta-se na necessidade de preservar a soberania do poder constituinte originário diante de qualquer outro poder por ele constituído, inclusive em face do poder de reforma, o qual insere as normas secundárias ao texto constitucional.

A mesma argumentação serve para fundamentar o controle de convencionalidade, pois, diante do atual entendimento do STF quanto ao status superior do tratado internacional de direitos humanos, faz-se necessária a existência de instrumento que garanta a manutenção dessa superioridade hierárquica e, este, se perfaz no controle de convencionalidade, meio eficaz a garantir, sobretudo, a prevalência dos direitos humanos advindos de tratados internacionais.

Diante disso, como bem observa Glasenapp (2018, p. 3), ambos os institutos possuem aplicação paralela e simultânea em um mesmo ordenamento jurídico. Da mesma forma percebe Mazzuoli (2013, p. 21), quando defende que a produção normativa doméstica dependerá para que seja válida e, conseqüentemente, ter eficácia de estar de acordo tanto com a Constituição quanto com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo. É o que o referido autor denomina de dupla compatibilidade vertical material, que encontra melhor ilustração no trecho abaixo:

A primeira ideia a fixar-se é a de que a compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais lhe garante *validade* no plano do direito interno. Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição *e com* os tratados

internacionais ratificados pelo governo. Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada *vigente*, mas não poderá ser tida como *válida*, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno. Ou seja, a incompatibilidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais em vigor no plano interno torna *inválidas* as normas jurídicas de direito interno (MAZZUOLI, 2013, p. 7, grifo do autor).

No trecho trazido de Mazzuoli, identifica-se que o autor considera válida a norma desde que esta esteja de acordo com o que preleciona a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos internalizados pelo direito pátrio. Contudo, apesar de o controle de constitucionalidade atacar a norma em seu campo da validade, como concorda Barroso (2009, p. 14), tem-se que o controle de convencionalidade, por sua vez, abarcará a norma em seu campo da eficácia, que consiste na possibilidade de produzir seu efeito típico. Isto, porque, a norma que está conflitando com o tratado internacional de direitos humanos terá, tão somente, sua eficácia suspensa, não podendo operar as situações nela indicadas. Dessa forma, aceitando-se a possibilidade de o Brasil não mais fazer parte do tratado em questão, a norma paralisada voltaria a produzir seus normais efeitos.

Assim sendo, em respeito ao instituto do controle de convencionalidade, toda a normativa interna de determinado Estado deve estar de acordo com o que comanda o tratado internacional de direitos humanos por ele internalizado, sob pena de incorrer em uma inconvenção e, conseqüentemente, ter a norma sua eficácia paralisada, não podendo mais operar efeitos no mundo fático e jurídico. A norma, porém, como assume Mazzuoli (2013, p. 31), continuaria vigente, por não ter sido expressamente revogada por outro diploma legal de direito interno.

No mais, conforme visto, o controle de convencionalidade pode ocorrer tanto na forma difusa, na qual qualquer juiz ou tribunal poderia auferir a compatibilidade da norma com os tratados internacionais de direitos humanos, quanto na modalidade concentrada, que para alguns doutrinadores ocorreria a cargo do STF e para outros por conta da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme elencado.

A mesma divisão é possível observar no que tange ao controle de constitucionalidade, pois, quanto ao órgão que exercerá o referido controle, pode ser dividido em difuso e concentrado. O difuso, como esclarece Barroso (2009, p. 47), permitiria a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, em vista disso, a sua não aplicação no caso concreto levado à análise da corte. Por conseguinte, o controle

concentrado, de acordo com Silva (2016, p. 52) se configura quando a mencionada análise só se for deferida ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial.

A título de prosseguimento, resta agora assentar a compreensão quanto a como se qualificam aquelas normas simplesmente não previstas no plano interno de um País, mesmo estando contidas em um tratado internacional de direitos humanos por ele incorporado. Isto porque, até o momento vimos que as ações de um Estado, sejam elas legislativas, executivas ou jurídicas, podem ensejar uma inconveniência e esta, reprise-se, seria decorrente de uma *ação* estatal. O que se deseja discutir, nesta oportunidade, é quanto às inações de um Estado frente ao que estabelece um tratado internacional, ou seja, uma omissão interna configurada na não normatização de algum direito previsto em tratado internacional de direitos humanos.

Neste cenário, traz Marmelstein (2017, p. 35), o entendimento de que:

Quando a eficácia de um tratado internacional de direitos humanos é frustrada por uma inação das autoridades nacionais, que deixam de adotar as medidas oportunas e satisfatórias para garantir o pleno cumprimento do compromisso internacional, tem-se uma omissão inconveniente.

Portanto, há, nesta leitura, duas formas de se incorrer em uma inconveniência: esta pode se dar diante de uma *ação*, bem como de uma *omissão* por parte do Estado que manifestou aderência ao tratado internacional de direitos humanos. Isto de forma ainda a comparar com o instituto do controle de constitucionalidade, pois, como enumera Bester (2005, p. 363), pode haver violação do direito tanto ao fazer o que ele proíbe quanto não fazendo o que ele ordena.

Na mesma intenção, Marmelstein (2017, p. 35) também parte do que ocorre em âmbito nacional quanto ao que prevê a Constituição de cada país, ou seja, quando a Constituição de um Estado traz deveres de ação, seja para edição de lei ou apenas a adoção de medidas tanto no plano administrativo quanto no judicial, e estas não são efetivadas, ocorreria a chamada *inconstitucionalidade por omissão*. Paralelamente a isto, a omissão que também pode ocorrer no plano interno de um Estado, diz respeito ao que dispõe um tratado internacional de direitos humanos por ele internalizado, ou seja, decorreria da não implementação de medidas humanitárias previstas nestes. Dessa forma, consoante Marmelstein (2017, p. 42):

A responsabilidade internacional do Estado, por violação de um tratado, ocorre não apenas quando os agentes estatais praticam arbitrariedades ou abusos que violam os direitos das pessoas sob sua jurisdição, mas também quando o Estado não adota as medidas necessárias para proteger os direitos humanos.

Continua Marmelstein (2017, p. 36) ensinando que o mencionado fenômeno pode ser chamado de *inconveniência por omissão*, e sua superação se desenvolveria mediante um

controle de convencionalidade por omissão, o qual poderia se desenrolar tanto diante das autoridades nacionais quanto perante autoridades internacionais, em especial pelas cortes internacionais de direitos humanos. Isso decorreria, conforme Marmelstein (2017, p. 40):

Em razão do caráter híbrido dos tratados internacionais de direitos humanos, que podem funcionar tanto como norma interna, a vincular as autoridades nacionais após serem internalizados no ordenamento jurídico, quanto como norma internacional, servindo como parâmetro normativo para a verificação do grau de comprometimento do Estado com os valores humanitários reconhecidos pela comunidade internacional

Sabe-se que ao internalizar um tratado internacional de direitos humanos, o Estado se compromete a promover mecanismos internos que visem a total observância do que fora acordado internacionalmente. Sendo que esta observância deve se dar tanto na análise de compatibilidade das normas já existentes com o tratado internacional em questão, quanto das normas que ainda virão a existir, não esquecendo-se, contudo, da possibilidade de se incorrer na já tratada inconveniência por omissão, ou seja, o Estado tem o dever de também promover ações que implantem no plano interno o que ordena o tratado internacional convencionalizado e por ele livremente internalizado.

3.2 Controle de convencionalidade na Corte Interamericana de Direitos Humanos

O mundo assistiu estarrecido às barbáries praticadas durante o período da Segunda Guerra Mundial, momento em que a pessoa humana teve seu valor negado à medida em que foi considerada descartável e inútil. De toda forma, diante dessa indiscutível rachadura na história da humanidade, verificou-se a necessidade de se reconstruir o paradigma dos direitos humanos como um referencial a ser seguido por todos, com a disposição da dignidade da pessoa humana sobre qualquer outro aspecto que julgassem relevante, até mesmo a relativizar a soberania estatal, que não mais poderia respaldar o cometimento de atrocidades, a exemplo do que ocorreu no mencionado evento histórico.

Foi, porém, a ocorrência desses fatos que, de acordo com Piovesan (2013, p. 198), contribuíram para o fortalecimento do processo de internacionalização dos direitos humanos, dado o surgimento de um grande número de organizações internacionais respaldadas no intento de cooperação internacional e proteção da dignidade humana.

Em âmbito mundial, a resposta veio com a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, notadamente com o advento da Carta das Nações Unidas, seu principal documento, que, conforme aduz Piovesan (2013, p. 203), consolida a ideia de que a relação de um Estado

com seus nacionais passa a ser uma problemática internacional, objeto de instituições internacionais e do Direito Internacional. Nas palavras de Portela (2016, p. 259):

A ONU é consequência direta da II Guerra Mundial e do interesse dos Estados que venceram o conflito em reorganizar o mundo em bases que evitassem novos conflitos armados, que incluíam: a promoção da dignidade humana e o respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos; a igualdade entre as pessoas, os povos e os Estados; a promoção do progresso econômico e social; e a proibição do uso da força nas relações internacionais, a não ser no interesse comum da sociedade internacional.

Continua Portela (2016, p. 260-261), ressaltando que um dos principais objetivos da ONU é a manutenção da paz e da segurança internacionais, assim como perseguir uma cooperação internacional no sentido de promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, de modo a não distinguir raça, sexo, língua ou religião.

Desta maneira, afirma Portela (2016, p. 262) que a ONU se demonstra como uma das principais referências da emergência de um Direito comum a todos os indivíduos, que tende a disciplinar tudo aquilo que deve transcender as fronteiras dos entes estatais, abrangendo o comportamento dos Estados, dos indivíduos, assim como das organizações internacionais.

É certo, no entanto, que a cooperação internacional não necessariamente deve organizar-se em nível mundial, tendo em vista que as particularidades de certos temas exigiriam iniciativas limitadas ao plano regional. Assim sendo, nota-se que a ONU não impede a criação de outros acordos ou de entidades regionais cuja intenção se remonta à manutenção da paz e da segurança, como lembra Portela (2016, p. 261), mas desde que suas atividades estejam de acordo com os propósitos e princípios das Nações Unidas.

Deste modo, conforme anuncia Ramos (2017, p. 289), integrando o sistema interamericano de direitos humanos, em 1948 foram aprovadas a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Sendo que a Carta da OEA consagrou o dever de respeito aos direitos humanos por parte de todo Estado-membro da organização e a Declaração Americana, por sua vez, enumerou quais são os direitos fundamentais que deveriam ser observados e garantidos pelos Estados.

Dentre os tratados na seara do sistema interamericano é possível citar, como um dos mais importantes, a Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de San José da Costa Rica, datado de 22 de novembro de 1969, tendo entrado em vigor em julho de 1978. Este documento, já em seu preâmbulo, conforme alude Ramos (2017, p. 294), salienta que o reconhecimento dos direitos da pessoa humana deriva não de sua nacionalidade, mas sim de sua condição humana, fato que ensejaria a proteção internacional, tendo esta natureza

convencional, atuando de forma coadjuvante ou complementar à proteção já oferecida em âmbito interno.

Conforme avisa Piovesan (2013, p. 332-333), a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) assegura um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. A mesma autora adverte, contudo, que cabe a cada Estado signatário do tratado a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício de todos os direitos ali elencados, sem qualquer discriminação. Dessa forma, infere-se que é dever do Estado signatário a adoção de medidas que confirmam efetividade aos direitos e liberdades pelo tratado anunciados.

Assim sendo, assevera Piovesan (2013, p. 334-342) que a CADH traz consigo um aparato de monitoramento e implementação dos direitos que anuncia, que é integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A função da Comissão é promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América, bem como examinar as comunicações encaminhadas referentes à denúncia de violação a direitos consagrados pela Convenção. A Corte Interamericana, por sua vez, é órgão jurisdicional do sistema regional, sendo composta por sete juízes nacionais de Estados-membros da OEA, eleitos pelos próprios membros da Convenção.

Conforme arrola Coelho (2008, p. 69), a Corte Interamericana possui as funções consultiva e jurisdicional. Sendo que a função consultiva abrange a interpretação de todos os tratados internacionais aplicáveis aos Estados-membros da OEA, ao passo que a função jurisdicional ou contenciosa faz menção à exclusiva aplicação dos preceitos da CADH. Acrescenta, ainda, Piovesan (2013, p. 343), que:

No plano consultivo, qualquer membro da OEA pode solicitar o parecer da Corte em relação à interpretação da Convenção ou de qualquer outro tratado relativo à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. A Corte ainda pode opinar sobre a compatibilidade de preceitos da legislação doméstica em face dos instrumentos internacionais, efetuando, assim, o controle de convencionalidade das leis.

O que acima expõe a autora apoia o que até o momento tem buscado demonstrar a presente pesquisa, à medida em que se afirmou não bastar que um tratado internacional de direitos humanos reúna Estados no intento de alinhar direitos que sujeitam a todos, se, somado a isso, não dispor de um mecanismo que fiscalize a real persecução dos objetivos convencionados. A ideia que se traz, e que encontra acalento no que se colacionou acima, é que esse monitoramento se dá por intermédio do controle de convencionalidade, cujo conceito e amplitude é possível retirar das palavras de Mazzuoli (2016, p. 40):

O controle de convencionalidade das leis – isto é, a compatibilidade vertical das normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos (mais benéfico) em vigor no Estado – é uma obrigação convencional que provém, em nosso entorno geográfico, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que dispõe, nos arts. 1º e 2º, que os Estados-partes na Convenção têm o dever (a) de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e de garantir o seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição, devendo (b) tomar as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades ali estabelecidos.

A partir das funções de ambos os órgãos da CADH, então, é possível delinear o procedimento que o mencionado controle de convencionalidade deverá seguir em âmbito regional na busca pela efetivação dos direitos elencados na Convenção.

Isto porque, conforme demonstra Marinoni (2013, p. 71), a própria Convenção, em seu art. 33, prevê que são competentes para conhecer das questões relacionadas ao cumprimento de suas normas pelos Estados partes, tanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sendo assim, continua o mesmo autor informando que qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente constituída em Estado membro da Organização, poderão apresentar denúncias diante da Comissão referentes a queixas de violação à Convenção por Estado parte. Então, caberá à Comissão analisar se a denúncia procede, solicitando informações ao Estado envolvido e tentando solucionar o conflito de maneira amistosa.

Caso não seja possível uma solução consensual entre os envolvidos, de acordo com Marinoni (2013, p. 72), a Comissão deverá redigir um relatório referente às suas investigações no qual poderá formular proposições e recomendações que julgar necessárias à solução da questão. Após a emissão das referidas recomendações, a Comissão estipulará um prazo dentro do qual o Estado deverá tomar as medidas que lhe caibam a fim de sanar a situação conflituosa. Findo o prazo, a Comissão analisará se as precauções foram adotadas e, caso não tenham sido, poderá denunciar o Estado perante a Corte Interamericana.

No que tange à função da Corte Interamericana no controle de convencionalidade, lembra Marinoni (2013, p. 72) que sua provocação apenas poderá se dar pela Comissão ou por Estados partes, sendo que somente poderá ser chamada ao caso após a falha da Comissão na tentativa de solução amistosa e, sobretudo, após esgotadas as instâncias internas do país, se seu acesso não houver sido negado no caso em análise.

Dessa forma chega-se ao controle de convencionalidade que será exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Importante destacar, porém, a observação feita por

Mazzuoli (2016, p. 58) quanto às competências da Corte, pois, conforme visto, esta possui tanto a competência consultiva quanto a contenciosa ou jurisdicional. De acordo com o mencionado autor, no tocando à função consultiva, a Corte não realizaria um controle de convencionalidade, mas sua ação se perfaria em uma aferição da compatibilidade da norma ou ato administrativo interno tendo como parâmetro a Convenção Americana ou outro tratado de direitos humanos em vigor no Estado.

A diferença restaria no fato de que o controle significaria retirar a validade da norma que fosse contrária a um tratado de direitos humanos mais benéfico, ao passo que a consulta apenas faria a sugestão de que a norma deve ser tida como inconveniente, mas caberia ao próprio Poder Judiciário do Estado declarar a inconveniência. Desse modo, como aduz Mazzuoli (2016, p. 59), na competência consultiva, a Corte apenas afere a convencionalidade das leis, sem, contudo, controlá-la.

Após a Comissão emitir sua recomendação ao Estado que esteja violando norma presente em tratado internacional de direitos humanos no intento de solucionar pacificamente a controvérsia, se este não cumprir o acordo, será necessária a denúncia perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Lembra Coelho (2008, p. 79), no entanto, que esta denúncia apenas será possível caso o Estado em questão tenha admitido a competência contenciosa da Corte; se não for o caso, o Estado pode ser convidado a aceitar a jurisdição da Corte e, não o aceitando, a Comissão poderá somente encaminhar seu relatório junto ao relatório anual à Assembleia Geral da OEA, que será responsável pela solução em última instância.

Considerando-se, todavia, que o descumprimento das recomendações da Comissão tenha ocorrido por um Estado que já tenha reconhecido a competência contenciosa da Corte, a denúncia perante esta poderá ser efetivada dando ensejo a sua competência contenciosa. Imperioso destacar, que a Comissão, no exercício de sua função pode solicitar aos Estados que adotem medidas cautelares a fim de restaurar situação de desrespeito a direitos protegidos pela Comissão, conforme previsão do art. 25 de seu regulamento, e ainda do art. 41.b da Convenção. O regulamento deixa claro, porém, que se tratam de recomendações, não possuindo, consequentemente, força vinculante.

Conforme traz Coelho (2008, p. 79), o trâmite contencioso tem início com o recebimento da denúncia pela Corte de um caso de violação dos direitos humanos apresentado pela Comissão Interamericana ou por algum Estado signatário da Convenção. Lembra o mesmo autor que, uma vez instaurado o processo, o mesmo não poderá ser paralisado, suspenso ou interrompido por ausência ou inércia das partes.

De acordo com Coelho (2008, p. 80-85), o processo diante da Corte ocorre observando três fases: a fase postulatória, a fase probatória e a fase deliberatória. Nas mencionadas fases verifica-se a admissão da denúncia, quando são analisados os requisitos, seguindo para a produção das provas, etapa em que ambas as partes poderão defender-se e serem ouvidas e, por fim, a Corte dará uma sentença.

Para analisar se a denúncia de fato corresponde a um caso de violação a determinado direito previsto em tratado internacional de direitos humanos, a Corte, como evidencia Marinoni (2013, p. 79) levará em consideração o “bloco de convencionalidade”, que se compõe não só da Convenção, mas, também, pelos demais tratados ou convenções de direitos humanos sob a tutela da Corte, bem como pelos seus precedentes.

Caso a Corte reconheça que efetivamente ocorreu violação a algum direito, de acordo com Piovesan (2013, p. 150), determinará a adoção de providências pertinentes à restauração do direito em questão; podendo, ainda, condenar o Estado a pagar uma justa compensação à vítima. Salienta-se, ademais, que, como dispõe o art. 63.2 da Convenção, cabe à Corte, ainda, a tarefa de emitir medidas provisórias em casos que esteja conhecendo e sejam considerados de extrema gravidade e urgência, na intenção de evitar danos irreparáveis à pessoa. Tratando-se, ainda assim, de casos que ainda não estão sob sua jurisdição, poderá também emitir as medidas a pedido da Comissão. No mais, ao contrário das medidas cautelares emitidas pela Comissão, as quais não possuem caráter vinculante, as medidas provisórias proferidas pela Corte são determinantes e seu descumprimento gera responsabilidade internacional do Estado.

Se, contudo, o caso que tiver sido levado ao conhecimento da Corte disser respeito à análise de compatibilidade entre norma de direito interno de algum Estado signatário e o bloco de convencionalidade e restar configurada a incompatibilidade entre ambos, como resultado da sentença, conforme expõe Mazzuoli (2016, p. 70), a referida norma será reputada inconvenção. Continua o mesmo autor realçando que, uma vez considerada inconvenção, será norma inválida, não podendo mais ser aplicada a relações jurídicas. No entendimento de Marinoni (2013, p. 79):

A decisão da Corte determina ao Estado parte a modificação de sua ordem jurídica, a fim de compatibilizá-la com a Convenção Americana. [...] A Corte Interamericana vem afirmando a força obrigatória dos seus precedentes, isto é, a eficácia vinculante dos fundamentos determinantes das suas decisões.

Resta reconhecer, como o fez Piovesan (2013, p. 163), que no desempenho das funções de seus órgãos, o sistema interamericano vem se consolidando como importante e eficaz meio de proteção dos direitos humanos, sendo mais uma chance ao indivíduo quando as instituições

nacionais se demonstram omissas ou falhas. Isto porque, frisa-se, por ser relevante seu entendimento, que o controle que ambos os órgãos farão, deve ser encarado como secundário, ou seja, apenas deverá ocorrer após esgotadas as instâncias internas sem que tenha havido uma restauração do direito e solução do caso concreto.

Isto posto, tem-se que se perfaz nas funções da Comissão e da Corte Interamericana a análise de compatibilidade das ações estatais, bem como das normas de direito interno dos Estados-parte com o sistema interamericano de direitos humanos. Destaca-se, ainda, o caráter vinculante da decisão da Corte perante aos Estados-membros que aderiram à sua competência contenciosa e, então, ao se obter a sentença de norma inconvenicional, o Estado deve modificar a lei a fim de compatibilizá-la com a Convenção.

Por fim, conforme já assinalado, o controle exercido pela Corte é dito concentrado e, no resultado do processo, caso se observe a inconvenicionalidade da norma analisada em confronto com o bloco de convencionalidade, a mesma será tida como inválida e não poderá mais ser aplicada pelo Estado. Trata-se da aplicação do que anteriormente se chamou de “eficácia paralisante”.

3.3 Controle de convencionalidade nas Cortes internas

A partir da redemocratização do país, o que, notadamente, ocorreu com o advento da Constituição Federal de 1988, os mais importantes tratados internacionais de direitos humanos foram internalizados ao direito pátrio. Com isso, o Brasil entra no processo que já há tempos movia o mundo, que é o de proteção internacional dos direitos humanos, figurada, sobretudo, com a disposição da dignidade da pessoa humana no vértice do sistema jurídico.

Ocorreu, pois, que com o crescente processo de internalização de tratados, surgiram dúvidas quanto à posição que estes deveriam ocupar diante da Constituição e de toda a normativa infraconstitucional interna, o que, após intenso debate doutrinário e jurisprudencial, apenas foi solucionado no julgamento do RE 466343 em 2008, conforme exposto anteriormente.

Na oportunidade, o STF pacificou o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos, de fato, deveriam ostentar status normativo superior a normas infraconstitucionais. Para tanto, decidiu que os tratados internacionais de direitos humanos que fossem incorporados com o quórum trazido pela EC 45/04 teriam status também de emenda e aqueles que fossem aprovados pelo rito comum, teriam status supralegal. Restou, ainda, que,

independente da forma que houvessem sido internalizados, os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à EC 45/04 ostentariam status de norma supralegal.

Como consequência da decisão do STF, tem-se que todo e qualquer tratado internacional de direitos humanos do qual o Brasil seja parte possui hierarquia superior frente a toda normativa infraconstitucional doméstica. Sendo assim, é perfeitamente possível concluir que, para que as normas internas sejam válidas, é necessário que estejam de acordo não mais apenas com a Constituição Federal ou, mais precisamente, com o bloco de constitucionalidade, mas, também, com todos os tratados internacionais de direitos humanos já internalizados.

Neste cenário, internamente, juízes e tribunais se viram na necessidade de proceder com o exercício de uma dupla compatibilidade vertical, conforme explicitada por Mazzuoli (2013, p. 21); uma compatibilidade seria feita por meio do já conhecido controle de constitucionalidade e, para a outra, deveriam lançar mão de um instituto ainda pouco conhecido no Brasil, que é o controle de convencionalidade.

O controle de convencionalidade é um instituto relativamente novo também no âmbito do sistema interamericano. Ocorre, pois, que desde a entrada em vigor da Convenção já existe a obrigatoriedade de se observar os direitos nela contidos, mas, de acordo com Mazzuoli (2016, p. 45), foi somente a partir de 2006 que a Corte Interamericana passou a conter em sua jurisprudência a obrigatoriedade dos juízes e tribunais internos proceder com a análise de compatibilidade das leis domésticas com a Convenção Americana e, principalmente, com a interpretação que dela faz a Corte Interamericana. Sendo que a análise feita pelo próprio Estado signatário deverá ser tida como primária e ainda:

O controle nacional de convencionalidade das leis há de ser tido como principal e mais importante a ser levado a efeito, sendo que apenas no caso da falta de sua realização interna (ou de seu exercício suficiente) é que deverá a justiça internacional atuar, trazendo para si a competência de controle em último grau (decisão da qual tem o Estado dever de cumprir). Daí se compreender ser a jurisdição internacional complementar ou coadjuvante das jurisdições domésticas (MAZZUOLI, 2016, p. 50).

Consequentemente, sustenta Mazzuoli (2016, p. 50) que a negativa do Poder Judiciário estatal em controlar a convencionalidade de suas leis pela via difusa, por si só, é motivo suficiente para acarretar a responsabilização internacional do Estado por violação dos direitos humanos. Isto posto, o controle de convencionalidade surge como um instituto importante no novo cenário mundial, e sua aplicação no plano interno de cada Estado signatário assume um caráter vinculante.

No Brasil, o estudo do controle de convencionalidade ainda se demonstra recente, tendo sido primeiramente discutido por Valerio de Oliveira Mazzuoli em 2008. E, desde então, diversos autores passaram a dissertar sobre o assunto, o que possibilita que hoje seja traçado o modelo de controle que percorre o Brasil, a fim de compatibilizar as leis domésticas a tratados internacionais de direitos humanos que sejam mais benéficos à proteção da pessoa humana.

Destaca Mazzuoli (2016, p. 65) que já pelo princípio secular do *Pacta Sunt Servanda*, segundo o qual todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé, haveria a obrigatoriedade do cumprimento das normas advindas de tratados internacionais. Por conseguinte, como explica Mazzuoli (2013, p. 33-34):

Para realizar o controle de convencionalidade ou de supralegalidade das normas infraconstitucionais os tribunais locais não requerem qualquer autorização internacional. Tal controle passa, doravante, a ter também caráter difuso de constitucionalidade, no qual qualquer juiz ou tribunal pode se manifestar a respeito. À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio os tribunais locais podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados vigentes no país. Em outras palavras, os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ter eficácia paralisante das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes e escutar o que elas dizem. Mas, também, pode ainda existir o controle de convencionalidade concentrado no STF, na hipótese dos tratados de direitos humanos aprovados pelo rito do art. 5º, §3º, da CF/88. Tal demonstra que, de agora em diante, os parâmetros de controle concentrado no Brasil são a Constituição e os *tratados internacionais de direitos humanos* ratificados pelo governo e em vigor no país.

Prossegue o mesmo autor (2013, p. 34) ressaltando que o controle de convencionalidade *difuso*, aquele exercido por qualquer tribunal, existe desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, e desde a entrada em vigor dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil após esse período. Já o controle de convencionalidade concentrado, que é exercido somente pelo STF, nasceu apenas com a promulgação da EC 45/2004. Perfazendo, dessa forma, as duas maneiras em que poderá se dar, internamente, o controle de convencionalidade.

De antemão, imperioso destacar que não será apenas a Convenção Americana de Direitos Humanos o paradigma para o controle de convencionalidade, mas, como sustenta Mazzuoli (2016, p. 67), todo e qualquer tratado internacional de direitos humanos em vigor no Estado, bem como as jurisprudências da Corte, deverão servir como parâmetro de adaptação das normas internas. Isto porque, juntos formarão o que o autor denominou de “bloco de convencionalidade”, devendo ser a referência para a aferição do controle da legislação doméstica, seja ele difuso e, também, no caso brasileiro, do controle abstrato perante o Supremo

Tribunal Federal, se for tratado com equivalência à Emenda Constitucional, nos termos no art. 5º, §3º.

Destarte, remanesce configurada as duas formas de controle que poderá se desenrolar no Brasil: a forma difusa e a forma concentrada. Pela via difusa, caberá a todo e qualquer juiz ou Tribunal a análise de compatibilidade da normativa doméstica com o tratado internacional de direitos humanos que caiba no caso concreto, devendo fazer prevalecer o que for mais benéfico à proteção dos direitos humanos. A via concentrada, conforme afirma Mazzuoli (2016, p. 67), ocorreria a cargo do STF e diria respeito àqueles tratados internacionais de direitos humanos que foram internalizados ao direito pátrio pelo rito da EC 45/04.

Quanto aos efeitos produzidos, alerta Mazzuoli (2016, p. 70) que se a norma não passar imune ao crivo do controle de convencionalidade, sendo considerada menos protetiva que um tratado internacional de direitos humanos em vigor no Estado, será tratada como inconvencional e, como consequência, será também inválida. Alerta o mesmo autor que, se a declaração de inconvencionalidade se der em sede de controle abstrato perante o STF, a decisão terá efeito erga omnes, vinculando todo o Poder Judiciário e a Administração Pública.

Neste momento é essencial destacar o entendimento trazido por Mazzuoli (2016, p. 125-127) quanto ao tipo de controle a ser exercido tendo como parâmetro tratados internacionais de direitos humanos incorporados com o quórum do art. 5º, §3º da CF, pois, malgrado terem status de Emenda Constitucional, conforme entendimento já pacificado pelo STF, no entendimento do autor ainda serão parâmetro para o dito controle de convencionalidade.

Fato é que o autor defende, tão somente, a ocorrência do controle de constitucionalidade quando estiver diante e uma afronta ao texto da própria Constituição Federal. O que seria uníssono, no entanto, é que de qualquer forma o controle ocorreria a cargo do Supremo Tribunal Federal, diante do controle abstrato, ou concentrado, de convencionalidade. Por fim, trata o autor do controle de convencionalidade como sendo a medição de compatibilidade de toda a normativa interna com os tratados internacionais de direitos humanos, mais benéficos, internalizados e em vigor no país.

O controle de convencionalidade no Brasil, diante do que ensina Mazzuoli (2016, p. 135), não se limita apenas à tarefa que tem o legislativo de compatibilizar o texto das novas leis ou atos estatais ao que dispõe os tratados internacionais de direitos humanos incorporados e em vigor no país, mas, diz respeito também, a um meio judicial interno de declaração de invalidez de leis que se demonstrem incompatíveis com referidos tratados, que poderá se dar tanto pela via de exceção (controle concreto ou difuso) como por meio de ação direta (controle concentrado ou abstrato).

Dessa maneira, diz-se que o tratado internacional de direitos humanos será paradigma de controle difuso de convencionalidade, se for incorporado com status supralegal ou de Emenda e será paradigma ao controle concentrado, apenas se internalizados com quórum de Emenda Constitucional. Frise-se, destarte, que o controle nacional de convencionalidade deve ser o primeiro a ser realizado e, apenas se este falhar é que deverá haver manifestação de tribunal internacional.

No âmbito interno, tem-se que o julgamento do RE 466343 (STF – RE 433343/SP, Relator: Min. Cezar Peluso, DJ: 04.06.2008) trouxe consigo o primeiro caso de controle de convencionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Conforme consta do relatório, tratava-se de recurso interposto pelo Banco Bradesco S/A contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que deixou de aplicar prisão civil a um devedor fiduciante que descumpriu a obrigação de entrega do bem. O recurso estava baseado no art. 5º, inc. LXVII, da CF/88 e na sua, até então, aplicação pelo STF.

Dessa forma, o julgamento do Recurso Extraordinário se desenrolaria em um verdadeiro controle de convencionalidade, uma vez que objetivava decidir qual norma deveria prevalecer, se o Código Civil, em seu art. 652, que aceitava a possibilidade da prisão civil do depositário infiel, ou se o art. 7.7 do Pacto de San Jose da Costa Rica, tratado internacional de direitos humanos, que vedava tal possibilidade.

Para decidir o assunto, contudo, foi necessário adentrar na discussão do nível hierárquico que um tratado internacional de direitos humanos deveria ostentar no Brasil, sendo na oportunidade deste mesmo Recurso que se assentou o entendimento quanto ao assunto, conforme visto anteriormente.

A partir do voto do Min. Gilmar Mendes, estabeleceu-se o entendimento de que o tratado internacional de direitos humanos possuía hierarquia superior frente a normativa infraconstitucional doméstica, com a ressalva, porém, de que o ato de adesão ao Pacto não fez com que a normativa referente ao depositário infiel fosse revogada, mas esta apenas deixa de ter eficácia devido ao efeito paralisante dos tratados internacionais de direitos humanos.

O resumo do que fora decidido pode ser observado no que expôs o Ministro Gilmar Mendes em sua conclusão:

Entendo que, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos -Pacto de San José da Costa Rica (art. 7.7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da

Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

A partir dessa decisão do Supremo Tribunal Federal, pacificou-se a jurisprudência no sentido de não mais ser admitida a prisão civil do depositário infiel, tendo, inclusive, gerado a edição de uma súmula vinculante neste sentido (SV nº 25).

O controle de convencionalidade no âmbito interno, conforme o que foi dito previamente, se perfaz numa análise de compatibilidade da normativa doméstica com os ditames de um tratado internacional de direitos humanos. Deste modo, ao julgar o RE 466343 o STF executou o referido instituto, visto que precisou analisar a normativa interna à luz do que dispõe o Pacto de San Jose e, por entender que este possui uma hierarquia superior frente às normas infraconstitucionais, bem como por representar uma proteção maior, decidiu pela sua prevalência e a consequente paralisação da eficácia das normas que com ele sejam conflitantes.

Assim, reitera-se que, pelo controle de convencionalidade, toda a normativa e atos estatais internos, preexistentes e hodiernos, deverão estar de acordo com o que dispõem os tratados internacionais de direitos humanos internalizados pelo direito pátrio. E que o controle deve primordialmente ocorrer no âmbito interno do Estado signatário, sendo apenas em caso de omissão ou falha deste que uma Corte internacional estará apta a agir.

4 O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

No processo de internacionalização de direitos humanos, foi possível observar o crescente surgimento de tratados internacionais tendenciosos a resguardar, de maneira global, a dignidade da pessoa humana em suas mais variadas formas. O indivíduo, que, como visto, nem sempre fora ator no direito internacional público, surge não somente como tal, mas também como principal objetivo de proteção dos diversos instrumentos internacionais contemporâneos.

Nunca antes observou-se a existência de tantos aparatos e documentos jurídicos inclinados a salvaguardar a vida e a dignidade humana como no período após a Segunda Guerra Mundial. Então, se o referido período significou o mais intenso aviltamento aos direitos humanos, percebe-se que a humanidade quis romper de vez com tal desiderato em grande estilo, trazendo em sua sequência o mais significativo movimento de globalização da proteção da vida humana no qual se perfazem os tratados internacionais de direitos humanos.

A Carta das Nações Unidas, sobrevinda em 1945, demonstrou-se, notadamente, como o princípio dessa nova fase mundial. Isto, porque, a seu exemplo diversos outros dispositivos internacionais surgiram no propósito de romper com desrespeitos aos direitos humanos, não apenas com alcance mundial, mas, também instrumentos regionais que, espelhados nos princípios e objetivos da Carta da ONU, visavam majorar a proteção aos direitos humanos em determinadas regiões, observando características próprias.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, mais comumente conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, se demonstra um bom exemplo de tratado internacional surgido após a Carta da ONU tendendo a acrescentar direitos a serem protegidos no âmbito do continente americano, para além daqueles já observados em nível mundial e, sobretudo, ponderando peculiaridades exclusivas de sua região de abrangência.

4.1 Breves considerações sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos

À medida que a Carta das Nações Unidas buscava resguardar direitos em uma escala mundial, surge no continente americano a Organização dos Estados Americanos tendente a perseguir o mesmo objetivo em escala regional, fundamentada, sobretudo, na necessidade de se esclarecer e ampliar direitos e liberdades individuais tendo em vista as especificidades regionais das américas.

Malgrado o surgimento da OEA datar de 1948, conforme ensina Ramos (2017, p. 289), com a aprovação da Carta da Organização dos Estados Americanos e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, o sistema interamericano reconhece como seu instrumento de maior importância, conforme dispõe Piovesan (2013, p. 133), a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cujo surgimento se remonta ao ano de 1969, tendo, contudo, entrado em vigor apenas em 1978.

O Pacto de San Jose da Costa Rica, como é comumente chamada a Convenção Interamericana, dado que sua assinatura se deu em San Jose, na Costa Rica, é exclusividade dos membros da OEA, como esclarece Piovesan (2013, p. 133). De acordo com a mesma autora (2013, p. 134), a Convenção não enuncia direitos de forma específica, mas limita-se a determinar aos Estados que alcancem, progressivamente, a plena realização dos direitos sociais, culturais e econômicos, seja mediante a adoção de medidas legislativas ou outras que se demonstrem pertinentes. Desta maneira:

Em face desse catálogo de direitos constantes da Convenção Americana, o Estado-parte tem a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício desses direitos e liberdades, sem qualquer discriminação. Cabe ainda ao Estado-parte adotar todas as medidas legislativas e de outra natureza que sejam necessárias para conferir efetividade aos direitos e liberdades enunciados (PIOVESAN, 2013, p. 135).

O que acima disse a autora demonstra o caráter vinculante dos tratados internacionais internalizados pelos Estados-partes, os quais se comprometem a efetivar os direitos ali contidos, sob pena, conforme visto anteriormente, de serem responsabilizados internacionalmente por eventuais descumprimentos. Para tanto, diante de entendimento já assentado, há o controle de convencionalidade a ser exercido tanto pelas Cortes internacionais quanto pelo judiciário interno, a fim de fiscalizar o cumprimento dos tratados e também de compatibilizar a normativa doméstica com seus ditames.

Quanto à internalização da Convenção Interamericana pelo Brasil, de acordo com Ramos (2017, p. 294), esta atrasou-se em mais de 20 anos, pois o Pacto de San Jose da Costa Rica apenas entrou em vigor no plano interno em 25 de setembro de 1992, data em que ocorreu o depósito de seu instrumento de ratificação, consoante previa o art. 74, §2º da Convenção.

Conforme já elencados, a Convenção Interamericana possui dois órgãos ditos principais ao seu funcionamento, que são a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Quanto às funções dos mencionados órgãos, destaca Castilho (2017, p. 340) que cabe à Comissão a tarefa de promover a observância e a defesa dos direitos humanos, perfazendo-se em verdadeiro órgão monitorador dos Estados-membros; quanto à Corte, Castilho (2017, p.

342) a reconhece como órgão jurisdicional do sistema interamericano, nada contrariando o que já foi apresentado anteriormente.

Importante enfatizar, no entanto, que a Comissão Interamericana, tendo sido criada em 1959, antes, portanto, da Convenção, possui competência que alcança todos os Estados membros da OEA, em relação aos direitos consagrados na Declaração Americana de 1948 e demais tratados internacionais do sistema interamericano, como esclarece Piovesan (2013, p. 137). Fato, este, que a diferencia do caso da Corte Interamericana, pois esta, ao possuir duas competências primordiais, possui campos de alcance distintos.

Isto, porque, como explica Piovesan (2013, p. 145-149), a competência consultiva da Corte se estende a qualquer membro da OEA, parte ou não da Convenção, ao passo que a competência contenciosa é limitada aos Estados-partes que reconheçam, expressamente, tal jurisdição, conforme prevê o art. 62.3 da Convenção, o qual diz que a Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência.

Por conseguinte, no âmbito do sistema regional de direitos humanos, qualquer Estado membro da OEA pode recorrer à competência da Comissão, em contrapartida, apenas os Estados que expressamente aceitaram a competência contenciosa da Corte Interamericana é que poderão por ela serem julgados e, conseqüentemente, estarão vinculados à decisão emitida pela Corte na análise de eventual caso concreto.

Desta feita, apesar de o Brasil fazer parte do Pacto de San Jose desde de 1992, conforme antecipado, apenas em 3 de dezembro de 1998, de acordo com Piovesan (2013, p. 151), é que o país reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana e, portanto, apenas desde então aceita ser por ela julgado e sua decisão, conseqüentemente, possui internamente um caráter vinculante.

É certo que, para se manter, todo e qualquer sistema jurídico necessita de um aparato responsável por solucionar conflitos. Diante disso, apesar da boa intenção que possui um tratado internacional de direitos humanos e também do fato de que apenas adere a ele o Estado que desejar, é imprescindível que traga consigo mecanismos capazes de garantir sua estabilidade e existência. Pois, se dessa forma não fosse, nada garantiria que os direitos elencados em tratados internacionais fossem fielmente cumpridos por aqueles que a ele aderiram e, conseqüentemente, sua existência careceria de sentido.

Assim sendo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se confirma como esse necessário órgão destinado a julgar e punir os descumprimentos cometidos por Estados-

membros da Convenção, sendo indispensável ao sistema interamericano na persecução do objetivo de proteção aos direitos humanos.

4.2 Condenações do Brasil perante a Corte Interamericana e a imposição de medidas provisórias referentes ao sistema carcerário brasileiro

Um tratado internacional apenas pode ser internalizado em determinado Estado, se este próprio manifestar vontade para tanto. Isto, posto, caso decida por fazer parte daquele documento, estará, também, se comprometendo a aplicar o regramento que o tratado veicula e, como resultado, poderá ser responsabilizado internacionalmente na hipótese de descumprimento.

Ocorre que, apesar de se perceber a boa-fé de um Estado que opta por internalizar um tratado internacional de direitos humanos, não é de todo incompreensível que o mesmo não consiga efetivar a totalidade de direitos nele elencados. Fato é, que, em âmbito internacional, há um completo aparato jurisdicional tendente a zelar pelo cumprimento de seus tratados e, caso o Estado não logre êxito na observância de seus direitos há um verdadeiro julgamento, com possibilidade de condenação propende a restauração da situação, seja com compensação à eventual vítima, seja com a não aplicação de normas contrárias ou menos protetivas que os tratados internacionais de direitos humanos.

No âmbito do sistema interamericano, há a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão jurisdicional responsável pelo julgamento dos Estados (aqueles que aceitaram tal competência) que descumprirem normas previstas na Convenção. À vista disso, é possível afirmar que as possibilidades de um indivíduo que percebe direito seu sendo violado, não mais se finda nas instâncias internas de um país, mas, caso o próprio Estado não seja capaz de solucionar a questão, o indivíduo pode recorrer à Comissão e esta, não conseguindo resolver o conflito de maneira amistosa, poderá denunciar o Estado signatário à Corte, que fará o julgamento em última instância.

O Brasil, diante do que já fora exposto, não só é membro da Convenção como também já manifestou aceitação à competência contenciosa da Corte. Somado esses dois fatos, tem-se que o Brasil está obrigado a cumprir as normas contidas no Pacto de San Jose e, caso falhe, estará sujeito às sanções da Corte Interamericana.

Dessa forma, em virtude de sua sujeição à Corte Interamericana, de 1998 para cá, o Brasil já figurou em alguns casos como Estado réu por descumprir normas previstas no Pacto de San Jose. O primeiro caso de condenação propriamente dita do Brasil perante a Corte,

considerando o que leciona Guerra (2013, p. 113), foi o de Damiao Ximenes Lopes. Conforme narra o autor, tratava-se de um indivíduo que sofria de deficiência mental, tendo sido internado em um estabelecimento vinculado ao Sistema Único de Saúde para que recebesse tratamento adequado à sua condição.

Ocorreu, pois, de acordo com Guerra (2013, p. 113), que o paciente veio a falecer vítima de maus-tratos perpetrados pelos funcionários da clínica de saúde. A família de Ximenes Lopes entrou com ação judicial no intento de encontrar e punir os responsáveis por sua morte, porém, o Estado brasileiro estava prolongando demasiadamente o processo. Por conta disso, a família de Ximenes Lopes decidiu entrar com uma ação também na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, denunciando o Brasil tanto pelo ocorrido com Ximenes Lopes, como pela demora da resolução na esfera judicial.

Conforme traz Guerra (2013, p. 116), a Comissão tentou a solução amistosa com o Estado brasileiro, mas não obteve sucesso, decidindo, por isso, denunciar o caso à Corte Interamericana e esta, após julgamento, decidiu que o Brasil deveria ser responsabilizado pelo que ocorreu com Damiao Ximenes Lopes e também pela falha na resposta judicial à sua família.

Neste contexto, portanto, adveio sobre o Brasil a primeira condenação perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo ocorrido no ano de 2006. A condenação da Corte, consoante informa Guerra (2013, p. 118-119), baseou na violação aos arts. 4 e 5 da Convenção, que versam sobre o direito à vida e o direito à integridade pessoal, respectivamente; e ainda no art. 8.1, o qual resguarda o direito ao devido processo legal, do qual o Estado não pode se eximir de cumprir.

O caso de Damião Ximenes Lopes, no entanto, não se refere ao único caso de condenação do Brasil perante a Corte, mas, à vista disso, de acordo com informações disponíveis no site da Corte Interamericana, o país já experimentou oito condenações (caso Ximenes Lopes 2006, caso Nogueira de Carvalho e outros-2006, caso Escher e outros-2009, caso Setimo Garibaldi-2009, caso Gomes Lund e outros-2010, caso Trabalhadores da Fazenda Rio Verde-2017, caso Favela Nova Brasília-2018 e caso povo indígena Xucuru e seus membros-2018), todas por violações a direitos humanos previstos na Convenção Americana.

Assentado isto, tem-se que na análise dos demais casos contra o Brasil, é possível constatar que o objeto principal desses tem sido o sistema carcerário brasileiro, o qual vem ensejando inúmeras denúncias perante a Comissão e à Corte Interamericana por desrespeitos sistêmicos a direitos previstos na Convenção. Isto, pois, no rol de direitos abarcados pelo Pacto, entre outras precauções, há a previsão em seu art. 5.2 de que nenhuma pessoa deve ser

submetida a torturas, a tratos cruéis, desumanos ou degradantes. E ainda que toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Longe, todavia, do cenário que se recomenda, a situação encontrada nos presídios brasileiros é demonstração de total descaso aos direitos humanos, com o que concorda Castilho (2017, p. 337), à medida em que destaca que a prática nos presídios ocorre ao “arrepio da lei”, com detentos sofrendo castigos que “vão do espancamento à suspensão arbitrária de direitos, constrangimento ou isolamento em locais sem qualquer condição de higiene”. Totalmente alheio, portanto, ao que objetiva o Pacto de San Jose.

No mesmo intento de definir o estado atual do sistema penitenciário brasileiro, Greco (2017, p. 168) afirma que:

Os presídios se transformaram em verdadeiras “fábricas de presos”, que ali são jogados pelo Estado, que não lhes permite um cumprimento de pena de forma digna, que não afete outros direitos que lhe são inerentes. A superlotação carcerária começou a ser a regra das prisões. Justamente com ela, vieram as rebeliões, a promiscuidade, a prática de inúmeros crimes dentro do próprio sistema penitenciário, cometidos pelos próprios presos, bem como por aqueles que, supostamente, tinham a obrigação de cumprir a lei, mantendo a ordem do sistema prisional.

A constatação desta realidade narrada por Greco é que tem chamado a atenção de órgãos de proteção de direitos humanos, tanto nacionais quanto internacionais, tendo em vista ser evidente a ineficiência do Estado brasileiro na solução da questão, ou seja, a situação de ingerência estatal nos presídios nacionais já se tornou tão séria e preocupante, que tem sido necessária a intervenção de órgãos internacionais na busca pela proteção da vida e da integridade física dos indivíduos privados de liberdade.

Desta feita, de acordo com informações contidas no site do CNJ, a partir do ano de 2002 o Brasil recebeu uma série de denúncias diante da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, justamente, por conta do cenário de horror que enfrenta o sistema carcerário brasileiro. E estas denúncias, por sua vez, geraram ao Brasil uma sequência de medidas cautelares e provisórias advindas da Comissão e ainda da Corte Interamericana, dado que a Comissão, por não poder emitir decisões vinculantes, não estava obtendo êxito no trato da situação com o Brasil.

Para que se entenda, e conforme anteriormente elencado, no desempenho de suas funções, a Corte e a Comissão podem proferir medidas a serem executadas pelos Estados que estão em vias de julgamento. Sendo que a Comissão é competente para “solicitar” ao Estado que adote medidas cautelares, conforme dispõe o art. 25.1 de seu regulamento, não sendo, entretanto, vinculante ao Estado que da forma solicitada proceda. Já a Corte, como órgão

jurisdicional que se expressa, é competente para “tomar” medidas provisórias que considerar pertinentes, estas, por sua vez, com caráter vinculante, como prevê o art. 63.2 do Pacto.

O Brasil, portanto, já foi compelido pela Corte Interamericana a cumprir diversas medidas provisórias no sentido de solucionar o problema generalizado em que se encontram os presídios brasileiros. Algumas das medidas, a título de ilustração, foram referentes aos presídios de “Urso Branco”, de Araraquara, de Curado e de Pedrinhas, sendo que seus fundamentos e objetivos são demonstrados no que se segue.

4.2.1 Presídio de “Urso Branco”

De acordo com resolução da Corte Interamericana de 18 de junho de 2002, disponível no site do CNJ, ocorreu que no dia 6 de junho de 2002 a Comissão submeteu à Corte uma solicitação de medida provisória em favor dos internos da Casa de Detenção José Mario Alves (comumente chamada de Penitenciária “Urso Branco”), localizada em Porto Velho, Rondônia, com o objetivo de evitar que continuassem a morrer internos naquela unidade.

Na narrativa da situação que ensejou sua intervenção, a Comissão destacou que no dia 01 de janeiro de 2002 houve no presídio uma realocação de presos, sendo que esta não fora muito rigorosa e acabaram por misturá-los, de forma que aqueles presos que haviam cometido crimes considerados dentro da cadeia como “imorais”, e estavam em celas ditas “de segurança”, foram alocados juntos com os presos da população geral e ainda com presos considerados de alta periculosidade. Findo o dia, narra a Comissão que ocorreu um “homicídio sistemático” dos presos advindos das celas de segurança, sem que houvesse intervenção do sistema de segurança da penitenciária. O comunicado oficial do governo do estado dera conta de que 27 presos haviam sido assassinados naquela noite. No dia seguinte, os internos foram novamente separados às celas de segurança.

A situação, no entanto, não melhorou com a medida, pois nos dias que se seguiram mais presos foram assassinados ou sofreram tentativas de homicídios, sendo que em março do mesmo ano os presos destruíram celas da penitenciária, o que acarretou uma intervenção da Companhia de Controle de Distúrbios, a qual assegurou que havia assumido o controle da penitenciária.

Nada obstante, após a afirmativa, em 10 de março de 2002 ocorreu o assassinato de mais dois detentos, na presença dos demais e, novamente, sem que houvesse intervenção das forças especiais. Fora diante desse panorama que a Comissão, em 14 de março de 2002, solicitou ao estado brasileiro que adotasse medidas cautelares com o objetivo de proteger a vida e a

integridade pessoal dos internos daquela penitenciária. Por mais absurdo que se pareça, o que ocorreu após isso foi que de 14 de abril a 10 de maio, mais cinco detentos foram assassinados dentro da penitenciária por outros internos, o que levou a Comissão a pedir a intervenção das medidas provisórias da Corte.

A Comissão fundamenta o pedido de medida provisória no fato de ser notório o risco à vida e à integridade física dos internos de “Urso Branco”, ressaltando ser a situação de extrema gravidade, notadamente, pois, de janeiro a junho do ano de 2002 ocorreram ao menos 37 mortes violentas de presos perpetradas por outros detentos. Destaca que a medida provisória se demonstra urgente, sobretudo, pois o risco de novos homicídios dentro da cadeia se demonstrava contemporâneo, a julgar pelo clima de tensão, pela superlotação e pela existência de armas no interior do presídio, o que denota uma total ingerência do Estado brasileiro.

Salienta a Comissão, que o Estado brasileiro descumpria a obrigação de proteger a vida e a integridade física daqueles que se encontravam privados de liberdade e sob a custódia do Estado, não adotando medidas adequadas para evitar que novos homicídios ocorressem nas dependências da penitenciária, finalizando ao afirmar que as condições de vida daqueles detentos dependeriam das atitudes tomadas pelas autoridades estatais, devendo a Corte incitá-las.

A Corte, por sua vez, reconheceu que o caso se demonstrava de extrema gravidade e urgência e, considerando ser o Brasil Estado signatário da Convenção, devendo observar os direitos que ela instituiu, e ainda que aceitou a competência contenciosa da Corte, decidiu por emitir medidas provisórias em face do Estado brasileiro no sentido de que este adote todas as medidas que sejam necessárias para proteger a vida e integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade na Penitenciária de “Urso Branco”.

Dentre as medidas impostas ao Brasil pela Corte, estão a de retirar as armas que estão em poder dos detentos, a de investigar e punir os responsáveis pelos acontecimentos no interior do presídio, a de fornecer lista atualizada de todas as pessoas que estão privadas de liberdade em “Urso Branco” e a de emitir relatórios à Corte quanto ao cumprimento dessas medidas a cada dois meses.

Como é de praxe nos trâmites das medidas provisórias perante a Corte, cabe ao Estado signatário responder à resolução informando, mediante relatório, de que forma irá colocar em prática as decisões da Corte a fim de restaurar a situação analisada. O Brasil respondeu à medida provisória em 08 de julho de 2002, apresentando as medidas que tomara e que tomaria no intento de restaurar a ordem em “Urso Branco”. Na resposta o Estado brasileiro afirmou que

estava em vias de contratar mais agentes, de construir novos presídios, que havia realizado mutirões para retirar as armas dos presos e para oferecer-lhes assistência judiciária.

O papel da Comissão como peticionária da medida provisória é fiscalizar se as afirmativas do Estado estão em conformidade com a realidade do caso concreto e, após isso, também apresentar relatório contestando ou reconhecendo. Nesse rito, portanto, a situação no presídio de “Urso Branco” já se estende por muitos anos, tendo gerado ao Brasil, até o momento, outras 7 medidas provisórias, tendo elas ocorrido, de acordo com dados colhidos no site do CNJ, em 29 de agosto de 2002, em 22 de abril de 2004, em 07 de julho de 2004, em 21 de setembro de 2005, em 17 de agosto de 2009, em 25 de novembro de 2009 e em 26 de julho de 2011. Hoje, o caso do presídio de “Urso Branco” encontra-se pendente de julgamento de mérito perante a Comissão Interamericana, não tendo, ainda, alcançado um resultado final.

4.2.2 Presídio de Araraquara

Conforme consta na resolução da Corte Interamericana de 28 de julho de 2006, disponível no site do CNJ, a Comissão solicitou que fossem impostas medidas provisórias com respeito ao Brasil referente ao caso das pessoas privadas de liberdade na Penitenciária “Dr. Sebastião Martins Silveira”, em Araraquara, São Paulo. A intenção, novamente, era a de que se protegesse a vida e a integridade física das pessoas privadas de liberdade que já se encontravam na dita penitenciária e ainda daqueles que possam ali ingressar no futuro na qualidade de reclusos ou detentos.

Informa a Comissão que recebera dois pedidos de medidas cautelares referentes ao caso do presídio de Araraquara, tendo eles ocorrido em 11 e 14 de julho de 2006 (MC 166/06 e MC 173/06) e que foram apresentados pelas organizações não-governamentais Fundação Interamericana de Defesa dos Direitos Humanos (fidDH), Justiça Global, Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDH) – São Paulo, Pastoral Carcerária, Ação dos Cristãos para Abolição da Tortura (ACAT Brasil) e Grupo Tortura Nunca Mais – São Paulo.

Na exposição dos motivos de seu pedido de medida provisória, a Comissão conta que, após uma série de rebeliões em unidades de detenção provisória da cidade de Araraquara, restou que uma dessas ficou totalmente destruída e, por isso, seus 600 presos precisaram ser transferidos a outra unidade. Ocorreu, pois, que esses detentos foram levados para a penitenciária de Araraquara, a qual, apesar de possuir capacidade para 750 presos, já possuía em seu interior 1000 detentos. E então, desde 15 de maio de 2006, passou a ter uma população carcerária de 1600 presos.

Na data de 16 de junho, conforme relatório da Comissão, houve uma rebelião no presídio de Araraquara, que, como resultado, teve diversas de suas alas destruídas. Por conseguinte, os 1600 presos necessitavam ser transferidos, tendo sido levados a uma ala daquela unidade de detenção provisória que já havia sido destruída em rebelião anterior. Desta forma, a realidade que assolou os internos era a de que em uma ala que caberiam 160 presos, foram alocados todos os 1600.

De acordo com o que expõe a Comissão, os presos foram deixados em uma ala aberta, a qual teve sua porta soldada pelos agentes penitenciários, que se retiraram do local. Tratava-se de um pátio aberto, no qual os presos não teriam acesso aos seus pertences pessoais, a roupas adequadas à temperatura daquela época do ano, a qualidades mínimas de higiene, tendo em vista haver naquele local apenas 13 sanitários para os 1600 presos. Traz a Comissão, ainda, que aquele local não dispunha de colchões ou cobertores que servissem a todos os internos, sendo que havia apenas 64 beliches. Não tinham acesso a medicamentos ou assistência médica, tampouco à eletricidade, que havia sido desligada pelas autoridades para impedir que os internos recarregassem seus celulares. Quanto à alimentação, de acordo com a Comissão a mesma era lançada aos presos por cima do muro duas vezes ao dia. Entre outras atrocidades, esta era a realidade da população carcerária do presídio de Araraquara.

Quanto aos fundamentos de seu pedido, afirmou a Comissão que a situação se demonstrava urgente, considerando a falta de segurança oferecida pelo estado, a falta de separação das pessoas privadas de liberdade por categorias, a falta de condições sanitárias, físicas e médicas em que se encontravam, a superlotação e ainda a forma como se dava a alimentação dos presos. Diante desse contexto, era óbvio a representação de risco para a vida e a integridade daqueles indivíduos, até porque a qualquer momento poderia ocorrer uma situação de violência entre os reclusos, sem que as autoridades pudessem intervir com total eficácia. Ademais, encontravam-se misturados com os demais presos também os detentos com enfermidades contagiosas, como VIH/SIDA, tuberculose e pneumonia, o que gera a necessidade de uma intervenção da Corte Interamericana a fim de que se evite a ocorrência de danos graves e irreparáveis a estes indivíduos.

A partir dos antecedentes trazidos à Corte pela Comissão, aquela admitiu que a realidade no presídio de Araraquara, “*prima facie*”, representava caso de urgência e gravidade, sendo, portanto, necessária sua intervenção mediante a emissão de medidas provisórias a serem cumpridas pelo Estado brasileiro em caráter de urgência.

Em sua decisão, requereu a Corte que o Estado adotasse de forma imediata as medidas que fossem necessárias à proteção da vida e da integridade física de todas as pessoas que estão

privadas de liberdade na penitenciária de Araraquara, bem como daquelas que ali, por ventura, ingressem no futuro, de maneira tal a respeitar os direitos humanos, impedindo o uso de forças indevidas por parte de seus agentes, mas que estes recuperem o controle e reintegrem a ordem na Penitenciária de Araraquara.

Somado a isto, determinou a adoção de medidas que viabilizassem a atenção à saúde, à higiene, à alimentação dos presos e ainda que a visita de seus familiares fosse retomada. Requeceu lista atualizada dos detentos da penitenciária de Araraquara, bem como todo seu histórico de transferências e liberdades. Estabeleceu, sobretudo, que o Estado adotasse providências tendentes a diminuir a superlotação naquela unidade prisional e que os presos fossem separados por categorias, conforme padrões internacionais sobre a matéria.

Seguindo o procedimento, a Corte determina emissão de relatórios periódicos, tanto por parte da Comissão enquanto peticionária e fiscal, quanto pelo Estado signatário, sobre a efetivação das medidas provisórias determinadas.

O caso do presídio de Araraquara ainda rendeu ao Brasil outras duas medidas provisórias, uma em 30 de setembro de 2006 e outra em 10 de junho de 2008, quando foi marcada uma audiência pública na intenção de ouvir os envolvidos e verificar se a questão ainda demandava urgência e gravidade ao ponto de ensejar a manutenção das medidas provisórias. Por fim, em 25 de novembro de 2008, após a realização da audiência pública e a constatação de que o Brasil efetivou todas as medidas possíveis para superar a crise naquela unidade prisional, tendo solucionado a questão, a Corte Interamericana decidiu por levantar as medidas e arquivar o caso.

4.2.3 Complexo Penitenciário de Curado

O pedido de medida provisória feito pela Comissão Interamericana referente ao Complexo Penitenciário de Curado, encontra-se relacionado na resolução da Corte Interamericana de 22 de maio de 2014, disponível no site do CNJ, e tinha como propósito que o Tribunal determinasse ao Brasil a adoção de medidas urgentes e necessárias à proteção da vida e da integridade física das pessoas privadas de liberdade naquele complexo, bem como de outras pessoas que se encontrassem no estabelecimento, localizado em Recife, no estado de Pernambuco.

Em seu relato, afirma a Comissão que o centro penitenciário “Professor Aníbal Bruno”, mais conhecido como Complexo Penitenciário de Curado, está sob sua cognição desde 2011, quando passou a adotar medidas cautelares ao ter notícia de que já teriam ocorrido 55 mortes

violentas naquela unidade desde 2008 e, também, da ocorrência de práticas de tortura, das quais 16 detentos teriam saído feridos, o que, conforme conta, ocorreu em julho de 2011. Explica que seu conhecimento sobre o assunto se deu mediante a denúncia por parte das organizações Justiça Global, Clínica Internacional de Direitos Humanos da Universidade de Harvard, Pastoral Carcerária de Pernambuco, Serviço Ecumênico de Militância nas Prisões e Pastoral Carcerária Nacional.

Ao descrever a situação encontrada no complexo, revela a Comissão que de janeiro de 2013 a fevereiro de 2014 seis detentos já teriam morrido de forma violenta dentro de presídio, e que de setembro de 2013 a março de 2014 recebera mais de 50 denúncias de ocorrência de violência perpetradas em prejuízo das pessoas privadas de liberdade, sendo estas físicas, psíquicas e, até mesmo, sexuais, cuja ocorrência se dava tanto de maneira individual quanto coletiva.

O grupo de peticionário também denunciou à Comissão a prática no complexo dos chamados “chaveiros”, que eram detentos com função de disciplina e de controle de segurança os quais possuíam controle sobre diversas celas e pavilhões, tendo, inclusive, as chaves desses locais e, por conta disso, restringiam a livre circulação a determinados grupos de pessoas, dos quais eram excluídos gays, bissexuais e transexuais.

Ressalta a Comissão que de janeiro a outubro do ano de 2013, ocorreram 55 tumultos dentro do Complexo, o que demandou a ação dos agentes penitenciários, que o fizeram sob uso de armas de fogo e granada, fato confirmado por relatório realizado e veiculado posteriormente.

Os antecedentes apresentados pela Comissão incluíam, ainda, a denúncia de número insuficiente de agentes penitenciários para garantir a segurança no Complexo, a fábrica e manutenção de armas brancas por parte dos detentos, a exploração sexual de menores, que eram adentradas aos presídios com documentos falsos e obrigadas a manter relações sexuais com os detentos, a falta de atendimento médico adequado aos presos, a superlotação do Complexo, as más condições estruturais das penitenciárias, a alimentação deficiente que era oferecida aos internos, a falta de higiene e salubridade a que eram submetidos e, ainda, a prática de revista vexatória aos visitantes do Complexo.

Ao recorrer às medidas provisórias da Corte, expõe a Comissão que sua preocupação reside nos riscos por ela identificados, a julgar pela ocorrência de práticas violentas por parte das autoridades, as quais configuram atos de tortura, tratamento cruéis, desumanos e degradantes; somado à violência no interior do presídio entre os próprios detentos, pois, conforme denúncias recebidas, os mesmos fabricavam e mantinham armas brancas no interior de suas celas, sem contar que esta questão se agrava diante da inegável superlotação do

Complexo de Curado, dado ao fato que possuiria capacidade para 1514 pessoas, mas em fevereiro de 2014 mantinha 6444 indivíduos presos sob sua dependência.

Destaca a Comissão que, na tentativa de restaurar a situação, já havia solicitado ao Estado brasileiro a adoção de medidas cautelares no sentido de preservar a vida e a integridade física dos detentos do Complexo de Curado, mas que suas tentativas foram infrutíferas, em razão da ausência de ações efetivas por parte das autoridades incitadas. Desta forma, restou à Comissão recorrer à Corte para que esta imponha medidas provisórias ao Estado brasileiro com o propósito de que este aja de maneira mais urgente possível na solução do caso.

Consequentemente, a Corte reconheceu que se tratava de caso de grande gravidade e urgência, e determinou a adoção de medidas provisórias ao Brasil no intento de se preservar a vida e a integridade física das pessoas privadas de liberdade no Complexo de Curado e também daquelas que ali se encontrem. Dentre as medidas, exigiu que o Estado adotasse mecanismos que erradicassem a possibilidade de mortes violentas de detentos, sejam elas perpetradas entre eles mesmos ou a partir de ações dos agentes penitenciários, que deveriam realizar seu trabalho sob a égide da proteção aos direitos humanos.

Além do mais, determinou que o Estado fornecesse atendimento médico aos detentos com enfermidades contagiosas, de maneira que não houvesse a propagação destas; determinou que fossem retiradas as armas do poder dos detentos, que fossem elaborados planos de urgência para reduzir a superlotação do Complexo, que fosse garantida a vida e a integridade física de todos os internos, visitantes e funcionários dos presídios e que fosse eliminada a prática de revistas humilhantes que afetem a intimidade e a dignidade dos visitantes. Acrescentando, por fim, que deveria o Estado e a Comissão elaborarem relatórios periódicos com a finalidade de expor a situação à Corte, contendo as ações que o Estado colocaria em prática e seus posteriores resultados.

O caso do Complexo de Curado perante a Corte Interamericana ainda gerou a adoção de outras medidas provisórias, tendo uma ocorrido em 07 de outubro de 2015, quando o Tribunal confirmou a necessidade da manutenção das medidas, e em 18 de novembro de 2015 a Corte manifestou-se no sentido de ampliar as medidas provisórias em face do Estado brasileiro, uma vez que a situação no Complexo piorara.

Os distúrbios em Curado demandavam tamanha atenção, que em 08 de junho de 2016 a Corte sentiu necessidade de realizar uma visita “*in situ*”, no intento de verificar se estava, de fato, ocorrendo a efetivação das medidas impostas ao Brasil. Tendo a Corte, na oportunidade, observado alguns avanços, como a produção legislativa proibindo a prática de revistas

humilhantes e a adoção das medidas referentes à atenção à saúde dos detentos do Complexo de Curado.

O resultando, no entanto, não foi de todo satisfatório e, por isso, decidiu a Corte, em sua resolução de 23 de novembro de 2016, disponível no site do CNJ, que a realidade no Complexo de Curado ainda demandava a adoção de medidas provisórias tendentes a impulsionar o Brasil a continuar perseguindo por melhorias no Complexo, sobretudo revendo sua política de “super encarceramento”, prática verificada não só no Estado de Pernambuco, mas no Brasil, como um todo.

A derradeira medida provisória quanto ao presídio de Curado, até o momento, foi a emitida pela resolução da Corte de 15 de novembro de 2017, na qual ressaltou a importância das alterações já realizadas pelo Estado brasileiro na busca pela efetivação das medidas anteriores, mas reiterou a necessidade do prosseguimento dos esforços, mantendo a imperatividade das medidas provisórias ao Estado.

Na oportunidade, a Corte enfatizou que não basta ao Brasil construir novos presídios para a solução da superlotação, mas, somado a isso, deveria desempenhar outras ações tendentes a, de fato, diminuir o contingente de indivíduos presos, como o aumento da eficácia do controle judicial das detenções, por meio das audiências de custódia, da utilização de tornozeleiras eletrônicas, bem como do uso mais frequente de medidas cautelares alternativas à prisão.

Dessa forma, a Corte decidiu por manter as medidas provisórias ao Brasil no que tange ao Complexo de Curado, para que o Estado continue na persecução de melhorias que desaguam na proteção aos direitos humanos observada na disposição de condições dignas de encarceramento.

4.2.4 Complexo Penitenciário de Pedrinhas

No caso do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, inicialmente ocorreu a adoção de medida cautelar por parte da Comissão Interamericana, a qual foi solicitada pela Sociedade Maranhense de Direitos Humanos e pela Ordem dos Advogados do Brasil, conforme consta na Medida Cautelar 367-13 veiculada pela resolução 11/2013 da Comissão Interamericana e disponível no site do CNJ.

A solicitação dos petionários à Comissão, era a de que esta pleiteasse junto à República Federativa do Brasil a adoção de medidas tendentes a proteger a vida e a integridade física dos indivíduos privados de liberdade no Complexo Penitenciário de Pedrinhas. Após solicitar e receber informações do Estado brasileiro quanto à realidade vivenciada naqueles

presídios, a Comissão percebeu que, de fato, os detentos se encontravam em uma situação de gravidade e urgência. E, por isso, entendeu ser cabível o exercício da competência prevista no art. 25 de seu regulamento, que se refere a solicitar a adoção de medidas cautelares por parte de Estado-membro do sistema interamericano.

Assim sendo, na medida cautelar 367-03, de 16 de dezembro de 2013, a Comissão solicitou ao Brasil que adotasse medidas necessárias e efetivas de proteção à vida e à integridade pessoal de todas as pessoas que se encontravam privadas de liberdade no Complexo de Pedrinhas; que adotasse medidas tendentes a diminuir os níveis de superlotação em seus presídios e que investigasse os acontecimentos ensejadores da medida, para que estas não precisassem ser repetidas.

No entanto, mesmo após a solicitação dessas medidas cautelares, a Comissão verificou que a situação no Complexo de Pedrinhas não apresentara melhora, sendo necessário, por conseguinte, recorrer à competência vinculante da Corte para que esta determinasse ao Estado brasileiro a adoção de medidas provisórias.

Nos fundamentos apresentados pela Comissão, esta elencou as situações que estavam ocorrendo no interior dos presídios do Complexo de Pedrinhas, assinalando que, apenas no ano de 2013, teriam ocorrido mais de 40 mortes devido a motins e brigas entre grupos rivais, as quais deixaram, ainda, inúmeros detentos feridos. Neste cenário foi imposta a medida cautelar, mas, após isso, de dezembro de 2013 a maio de 2014, ocorreram mais 15 mortes de internos, sendo que 3 deles foram decapitados. Entre junho e julho de 2014 mais quatro detentos foram assassinados e outros 2 cometeram suicídio. Em 25 de maio ocorreu uma rebelião que durou cerca de 19 horas, com 32 pessoas sendo mantidas reféns.

Destaca a Comissão, além do já exposto, que os detentos eram vítimas de práticas de tortura cometidas pelos agentes penitenciários e que, no interior dos presídios, os internos encontravam-se na posse de armas de fogo. Quanto à saúde, os detentos não estavam recebendo atendimento médico, nem mesmo aqueles com enfermidades graves, como HIV/AIDS, tuberculose e lepra. Frisa, sobretudo, a escassez de alimentos, de materiais de higiene e de água potável. Por fim, enfatiza que também o Complexo de Pedrinhas enfrenta o problema da superlotação carcerária.

À vista disso, portanto, percebendo que a situação tão somente se agravava, a Comissão decidiu por recorrer à Corte Interamericana e esta, por sua vez, entendeu estarem presentes os requisitos da urgência, gravidade e da necessidade de se evitar danos irreparáveis às pessoas, conforme prevê o art. 63.2 da Convenção, requerendo ao Brasil, portanto, a adoção de medidas

provisórias tendentes a restaurar a situação de desrespeito a direitos dos internos do Complexo Penitenciário de Pedrinhas.

As primeiras medidas provisórias foram, então, impostas ao Brasil na resolução da Corte Interamericana de 14 de novembro de 2014, conforme consta no site do CNJ. Nela, a Corte requereu que o Estado brasileiro continue a adotar medidas no sentido de proteger a vida e a integridade física dos indivíduos privados de liberdade no Complexo de Pedrinhas, localizado na cidade de São Luis, no Maranhão. Requereu, ainda, a emissão de relatórios periódicos por parte do Estado, relatando as medidas que estavam sendo adotadas; e emissão de relatórios também por parte da Comissão, a qual deveria fiscalizar e dar seu parecer quanto às medidas efetivadas pelo Brasil.

Em 14 de março de 2018, segundo consta no site da própria Corte, mais uma medida provisória foi imposta ao Brasil no que tange aos presídios de Pedrinhas. Nesta resolução, entre outras imposições, a Corte enfatizou que o estado brasileiro precisa expandir seus esforços no desígnio de diminuir a superlotação naquele Complexo. Defende a Corte que, alcançando êxito neste ponto, o Estado brasileiro também atingirá melhores resultados no que diz respeito à efetivação de direitos e garantias às pessoas privadas de liberdade, uma vez que trabalhariam dentro da capacidade do Complexo, o que viabilizaria a prestação de serviços básicos de saúde, alimentação e educação.

Doravante, tem-se que o Complexo de Pedrinhas permanece sob efeito das medidas provisórias da Corte, sendo que seu caso ainda se encontra pendente de julgamento na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, não tendo chegado, portanto, a um desfecho resolutivo.

Com a narrativa desses casos, pretendeu-se demonstrar de que forma os órgãos fiscalizadores do sistema interamericano (Comissão e Corte Interamericana) agem na intenção de promover o cumprimento da normativa internacional no que se refere aos direitos humanos. Foi possível observar, portanto, que, no desempenho de sua função, cabe à Comissão receber denúncias e buscar solucioná-las de maneira não contenciosa perante aos Estados e, caso suas tentativas restem infrutíferas, deverá provocar a Corte Interamericana para que esta, por possuir decisões com caráter vinculante, compila o Estado violador a restaurar a situação.

Desta maneira, a adoção de medidas cautelares e provisórias se demonstram como verdadeiro mecanismo de promoção e fiscalização dos direitos humanos no âmbito do sistema interamericano. Não deixam, portanto, de constituir formas de controle de convencionalidade, uma vez que buscam a efetivação dos direitos previstos na Convenção.

Quanto à natureza dessas medidas, ressaltou a Comissão em sua MC 367-13, que:

A Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceram de maneira reiterada que as medidas cautelares e provisórias têm duplo caráter, um cautelar e outro tutelar. A respeito do caráter tutelar, as medidas buscam evitar um dano irreparável e preservar o exercício dos direitos humanos. Com respeito ao caráter cautelar, as medidas cautelares têm o propósito de preservar uma situação jurídica enquanto estiver sendo considerada pela CIDH. O caráter cautelar tem por objetivo e fim preservar os direitos em possível risco, até que se resolva a petição que se encontra sob análise do Sistema Interamericano. Seu objetivo e fim são assegurar a integridade e a eficácia da decisão de mérito e, desta maneira, evitar a lesão dos direitos alegados, situação que poderia tornar inócua a decisão final ou desvirtuar o efeito útil da mesma. Nesse sentido, as medidas cautelares ou provisórias permitem que o Estado em questão possa cumprir a decisão final e, se necessário, cumprir as reparações ordenadas.

É certo que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos possui um rol considerável de direitos dos quais busca a proteção no âmbito das américas e, acompanhado deste, possui instrumentos processuais tendentes a garantir a sua fiel observação por parte dos Estados-membros. Neste trecho da pesquisa, portanto, a intenção foi demonstrar de que forma o Pacto promove e fiscaliza os direitos que prevê aos indivíduos que se encontram privados de liberdade.

Neste seguimento, tem-se que o Pacto, já em seu art. 1.1, dispõe sobre o comprometimento que devem ter os Estados-parte no sentido de respeitar os direitos e liberdades nele contidos, ressaltando que essa garantia deve ser estendida a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem admitir nenhuma natureza de discriminação. Sendo assim, todo o rol de direitos trazidos pela Convenção é, necessariamente, também devido às pessoas privadas de liberdade, as quais devem ter sua vida, integridade física e dignidade preservadas, bem como todos aqueles direitos que não foram alcançados por sua sentença condenatória, como não poderia ser diferente.

Diante disso, prevê expressamente a Convenção, em seu art. 5.2, o qual se refere ao direito à integridade pessoal, que ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Prosseguindo ao dizer que toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. E em seu art. 5.6 dispõe que as penas privativas de liberdade devem ter a finalidade essencial de reforma e readaptação social dos condenados.

Dado isso, ao observar a situação do sistema carcerário brasileiro, o qual se encontra superlotado, sem possibilidade alguma de propiciar a efetivação de direitos humanos, caracterizado pelo tratamento digno aos presos, os órgãos protetores da Convenção se viram compelidos a agir, ditando ao Brasil medidas que deveria implementar para recuperar a conjunção

carcerária. Considerando, ademais, a forma como os internos cumprem suas penas em presídios brasileiros, não haveria como observar o disposto no art. 5.6 da Convenção, ou seja, o método de encarceramento no Brasil não contribui para a reforma e readaptação social dos condenados, mas o contrário disso é o que se constata.

É notória, portanto, a preocupação da Convenção com essa parcela da população. Contudo, é igualmente evidente que nem sempre os Estados-parte conseguem efetivar os direitos conforme prevê o Pacto. Por isso, conforme visto, a Convenção dispõe das ferramentas processuais já mencionadas (medidas cautelares e provisórias) cujo fito é restaurar a situação conflituosa e forçar o Estado a desempenhar atitudes com o objetivo de observar os ditames da Convenção.

Aqui foram descritas as submissões do Brasil no âmbito do sistema interamericano no que se refere à situação de seu sistema carcerário. No entanto, a questão também já demandou ações no âmbito interno que atacaram os mesmos problemas apresentados perante a Corte, tal como buscavam a mesma solução, qual seja, a observação dos direitos humanos no tratamento das pessoas privadas de liberdade, conforme se percebe da exposição a seguir.

4.3 A ADPF 347 e o Estado de Coisas Inconstitucional

Como visto, já ocorreram inúmeras manifestações de órgãos internacionais pertinentes ao problema do cárcere no Brasil. O que apenas denota a imperiosidade da celeuma, pois, cumpre lembrar que os órgãos internacionais procuram agir quando já esgotadas as possibilidades de solução em âmbito interno, ou, então, quando observada a falha por parte de Estado signatário. O que leva a concluir ser evidente a inércia do Brasil quanto à realidade dos indivíduos presos.

Ocorre que, internamente, o sistema carcerário brasileiro também vem despertando a atenção de órgãos protetores de direitos humanos e ensejando junto ao Poder Judiciário ações tendentes a contornar a situação. Seja pela superlotação das penitenciárias, pelas péssimas condições estruturais ou pelo quadro de desrespeito sistêmico a direitos dos indivíduos presos, o fato é que a questão já alçara patamar inaceitável sob o ponto de vista de qualquer observador.

Foi o dilema do sistema penitenciário brasileiro que ensejou no ano de 2015 a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 (STF – ADPF: 347 DF – DISTRITO FEDERAL 0003027-77.2015.1.00.0000, Relator: Min. MARCO AURELIO, DJe 25/11/2015), ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, o qual buscava junto ao STF que fosse reconhecida a figura do “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e, por conseguinte, que fossem adotadas providências estruturais para

cessar as lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alegava decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, conforme consta do relatório da petição.

Quanto ao objeto da arguição, isto é, o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” (doravante ECI), no que tange a origem deste instituto, demonstra Campos (2015, n.p), que o mesmo fora primeiramente formulado na Corte Colombiana, a qual em uma de suas mais importantes decisões declarou o ECI relativo ao quadro de superlotação das penitenciárias do país, em sua *Sentencia de Tutela (T) 153*, em 1998.

De acordo com Campos (2015, n.p):

Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrentes de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação dos estado de inconstitucionalidades.

Desta feita, ao declarar o ECI na Colômbia, a Corte estava reconhecendo que a realidade no país demonstrava um quadro de violação sistêmica, o que demandaria a atuação de diversos ramos da Administração no intento de cessar as ocorrências inconstitucionais. Percebe-se, portanto, que a mesma situação é a vivenciada nos presídios do Brasil, a julgar pelos fatos que ocorrem nas dependências dos presídios brasileiros, conforme anteriormente narrado. Ressalta-se, todavia, que para reconhecer o ECI deveria o STF entender que não apenas uma lei ou ato normativo poderia incorrer em inconstitucionalidade, mas, também, fatos que estejam contrários ao que preleciona a Constituição.

Por consequência desse quadro generalizado de violação a direitos, que também se verificava nos presídios do Brasil, o PSOL viu ser imprescindível o reconhecimento do ECI e sua consequente solução por parte do Estado brasileiro, naquele momento na figura do STF e, para tanto, recorreu ao instituto da ADPF. Então, por intermédio de seus advogados, ajuizou a ADPF 347 com pedido de cautelar perante ao STF no ano de 2015. Como consta no relatório, em sua petição inicial, o PSOL delineou toda a realidade vivida pelos internos dos presídios nacionais, destacando toda a situação de vulnerabilidade e aviltamento a direitos cuja ocorrência se davam a estes sob a custódia do Estado.

Os episódios narrados na petição inicial da ADPF 347 encontra identidade no que já havia verificado a Comissão e a Corte Interamericana em suas decisões de medidas cautelares e provisórias contra o Brasil, uma vez que em seus relatórios constavam denúncias que diziam respeito à superlotação dos presídios, à violação do direito à vida dos detentos, à integridade física, à dignidade, à saúde, entre outras estava ainda a dificuldade de acesso ao devido processo legal, notadamente, ao seu direito de defesa.

Quanto aos requerimentos da ADPF, destaca-se a preocupação quanto à política do super encarceramento no Brasil, uma vez que, em sede de cautelar, solicitou ao STF que este determinasse aos juízes e tribunais que fundamentassem de maneira detalhada a escolha por manter prisão provisória ao invés de aplicar outra medida alternativa à prisão, conforme prevê o art. 319, CPP. Este pedido, da mesma forma, encontra paridade com o que demandava a Corte em todas as suas medidas provisórias, nas quais exigia que o Estado tomasse providências quanto à superlotação das penitenciárias brasileiras e aplicasse, sempre que possível, medidas cautelares alternativas à prisão privativa de liberdade.

Somado a isto, solicitou, também, que o STF reconhecesse a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar a audiência de custódia, de maneira que viabilizasse o comparecimento do preso na presença da autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas contados no momento da prisão. A necessidade de haver audiência de custódia também foi marcada pela Corte na medida provisória referente ao presídio de Pedrinhas, salientando que o Estado brasileiro deveria garantir que todas as pessoas tivessem acesso à audiência de custódia no Maranhão.

E, como pedido principal, dentre outros, solicitou ao STF que reconhecesse o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro e quanto a este tomasse providências. Até o momento, apenas os pedidos cautelares foram julgados, a saber, no dia 09 de setembro de 2015, sendo que dos sete pedidos realizados, houve a concessão de dois, dentre eles o relacionado à execução da audiência de custódia conforme prevista no Pacto de San Jose.

Destaca-se, dessa forma, a importância da ADPF 347 no que cinge o sistema carcerário brasileiro, pois, apesar de ainda não ter logrado êxito na decretação do ECI, que era seu pedido principal, foi por intermédio desta ação que o procedimento de decretação de prisão provisória sofreu uma mudança significativa, isto em razão da decisão de se implementar a audiência de custódia conforme prevê a Convenção Americana aos casos brasileiros.

Como já exposto, o sistema carcerário brasileiro vive momento delicado, sobretudo, pois os presídios estão fadados a abrigar um contingente muito maior de presos do que aquele

para o qual foram construídos. Daí advém a necessidade de se combater a essa cultura de encarceramento, isto, porque, a legislação brasileira prevê medidas cautelares alternativas à prisão (CPP, art. 319), mesmo assim o que se nota é a opção corriqueira pelo encarceramento do indivíduo, o que se demonstra estatisticamente, pois, conforme dados no CNJ, cerca de 40% da população carcerária são de indivíduos presos provisoriamente.

A decisão do STF foi crucial na busca pela mudança desse efetivo e demonstra bom exemplo do que a presente pesquisa vem querendo demonstrar, pois, em sua resolução decidiu o STF por aplicar uma norma de tratado internacional de direitos humanos em detrimento de uma norma interna, fundamentando sua decisão no fato de que a execução da audiência de custódia no modelo convencionado auxiliará na redução da superlotação carcerária dos presídios do Brasil, conforme expôs em seu voto o relator.

Em seu voto, o Min. Edson Fachin expôs importante conclusão quanto à implementação da audiência de custódia, afirmando que:

O Pacto de São José da Costa Rica possui status supralegal, conforme entendimento firmado por esta Corte, e, nos termos do art. 5º, §1º, da Constituição Federal, suas normas têm aplicabilidade imediata e, portanto, não pode ter sua implementação diferida ao fim da assinatura dos respectivos convênios da cooperação técnica. Inexistem motivos para prorrogar a aplicabilidade da norma convencionada internacionalmente, sejam por razões de ordem técnica ou financeira, ou ainda necessidade de adequação. A cultura jurídica precisa dar efetividade aos compromissos firmados pela República Federativa do Brasil e às normas legislativas democraticamente debatidas no âmbito do Poder Legislativo e sancionadas pelo Poder Executivo.

Fato é que o Brasil é parte da Convenção Americana desde 1992 e, portanto, desde então estaria compelido a observar os direitos previstos naquele tratado. A execução da audiência de custódia com a apresentação do indivíduo preso ao juiz, é norma prevista na Convenção desde sua origem; assim sendo, se o Brasil efetuava forma diversa de audiência de custódia, a qual se verificará adiante, e esta se demonstrava menos protetiva aos direitos humanos, o que se buscará discutir, a partir disso, é de que forma essa omissão por parte do Estado brasileiro poderia ser vista em âmbito internacional.

Então, a não execução da audiência de custódia nos termos do Pacto de San Jose, em detrimento de uma formalidade menos protetiva aos direitos e garantias do indivíduo que está em vias de ter sua liberdade privada poderia ser motivo de responsabilização internacional por parte do Brasil, uma vez que se demonstraria uma omissão a direito previsto em tratado internacional de direitos humanos, sendo dessa possibilidade que trata o capítulo a seguir.

5 A NÃO EXECUÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL COMO HIPÓTESE DE INCONVENCIONALIDADE POR OMISSÃO

Atualmente, o Brasil é signatário de diversos tratados internacionais, sendo o objeto de alguns deles a tutela de direitos humanos. O Pacto de San Jose da Costa Rica é um exemplo de tratado internacional de direitos humanos assinado pelo Brasil, a saber, em 1992. Conforme amplamente discutido, o mencionado tratado internacional traz um rol extenso de direitos aos quais procura a tutela na abrangência do sistema interamericano e, somado a isto, traz também instrumentos que visam garantir a efetivação desses direitos pelos Estados signatários.

Consolidou-se o entendimento de que é através do controle de convencionalidade que há a fiscalização da implementação dos direitos advindos de tratados internacionais. Restou demonstrado que este controle pode ser efetivado pelo próprio Estado signatário (como fez o Brasil no caso do depositário infiel, por exemplo) ou por órgãos destinados a este fim, como a Corte Interamericana (como fez nos casos de condenação e imposição de medidas provisórias ao Brasil), que agirá de maneira subsidiária e complementar à ação do Estado, ou seja, quando este falhar ou for omissivo na observação do que comanda o Pacto.

Isto posto, tem-se que o controle de convencionalidade deve primeiro ocorrer no interior do Estado signatário, sendo esta execução denominada controle primário, conforme destacado. O controle de convencionalidade a ser exercido pela Corte Interamericana, por sua vez, é dito secundário, e se demonstra, no final, como mais uma chance ao indivíduo que vê direito seu sendo violado por um Estado e neste não conseguiu restaurar a situação.

Ressalta-se, ademais, que diante dos direitos veiculados por um tratado internacional, o Estado que a ele manifestar adesão pode incorrer em uma inconvencionalidade de duas maneiras, conforme anteriormente destacado, quais sejam: por ação ou por omissão. Diante disso, pode haver responsabilidade internacional do Estado signatário se agir em desconformidade com o tratado, ou seja, violar direitos previstos no Pacto através de ações; como também pode ser responsabilizado por deixar de agir de acordo com o que ele prevê, sendo omissivo quanto ao gozo de direitos no plano interno de seu país.

Consequentemente, perante o catálogo de direitos trazidos pelo Pacto, cabe ao Brasil, como Estado signatário, efetivá-los em âmbito interno sob pena de responsabilização internacional. Se o próprio Brasil não o fizer, como visto, há a possibilidade de intervenção da Corte no intento de constrangê-lo a agir, mas, essa necessidade de atuação da Corte prejudica a imagem do Brasil na seara internacional, devendo ser algo, portanto, a se evitar.

Dentre os direitos trazidos no Pacto de San Jose, está a previsão da execução da audiência de custódia. Esta etapa da pesquisa, portanto, objetiva discutir a situação jurídica na qual se encontrava o Brasil desde 1992, quando internalizou o Pacto, até meados de 2015, quando começou a implementar a audiência de custódia na forma convencionada. Ou seja, por mais de 20 anos o Brasil foi omissivo quanto a esta previsão, haja vista que o modelo de audiência de custódia até então executado no Brasil era totalmente distinto do modelo convencionado, sendo, sobretudo, menos protetivo, conforme se apresentará adiante.

5.1 Audiência de Custódia: definição, fundamento e objetivos

A dignidade humana, no processo de internacionalização dos direitos humanos, passou a figurar como valor primordial a basear a ação do Estado soberano e, também, na criação dos demais direitos que compõem o patrimônio jurídico do indivíduo, como disposto. Por conseguinte, se é possível apontar a dignidade humana como um caminho a ser perseguido pelos Estados, também se verifica a possibilidade de indicar direitos que se demonstram necessários à sua efetivação.

Isto, porque, ao analisar diplomas normativos contemporâneos de direitos humanos, é possível perceber aqueles direitos cuja proteção sempre se demonstram presentes, como a vida, a integridade física, a liberdade e o acesso à justiça, por exemplo. São direitos relevantes ao indivíduo e, portanto, devem ser lembrados no rol de proteção oferecido pelos Estados.

Contudo, se é certo que a consciência da importância do direito à liberdade demanda a criação de normas que visam sua proteção, também é certo que este conhecimento faz com que a punição por desrespeitar normas abarque, principalmente, a liberdade do indivíduo. Acontece que o Estado necessita de meios coercitivos aptos a ensejar a intimidação da sociedade, para que esta não cometa crimes e, por isso, promete privá-la de direito que lhe é importante.

Essa possibilidade de abarcar, negativamente, direitos por parte do Estado não pode ocorrer de forma arbitrária, sem limites normativos previamente estipulados. Se dessa forma fosse, não haveria o que se falar em patrimônio de direitos aos indivíduos, mas apenas em opção estatal, o que não geraria segurança jurídica, nem se demonstraria um estado democrático de direito. Ocorre, pois, que o direito de ir e vir deve ser concedido ao indivíduo acompanhado de suas garantias, para que, caso incorra em ato cuja sanção seja a privação de sua liberdade, esta se dê dentro dos limites legais estabelecidos por direito prévio.

No Brasil, uma das formas de se garantir o direito à liberdade do indivíduo é a execução da audiência de custódia. Sua característica de ser garantia se fundamenta, sobretudo, pois, de

acordo com Oliveira *et al* (2017, p. 113), a audiência de custódia visa dar maior efetividade ao que dispõe o art. 310 do CPP, ou seja, é através dela que a adoção de medidas cautelares alternativas à prisão melhor se viabiliza.

A previsão legal da audiência de custódia, no Brasil, advém, principalmente, de dois tratados internacionais de direitos humanos internalizados ao direito pátrio, sendo eles, conforme destaca Oliveira *et al* (2017, p. 119), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San Jose da Costa Rica. A redação trazida por ambos é parecida, mas será analisada da forma que dispõe o Pacto de San Jose, por ser este o parâmetro adotado em toda a atual pesquisa. Diante disso, em seu art. 7.5 dispõe o Pacto de San Jose que “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais[...]”.

No entanto, a partir do instante em que se busca dar efetividade ao que dispõe o Pacto, algumas questões surgem no que tange à sua extensão. Isto porque, a redação do artigo fala em uma condução “sem demora” do preso, mas não traz a elucidação do lapso temporal que deveria ser observado. No intento de depreender o entendimento do Pacto quanto ao que seria “sem demora”, Fachinetti (2016, n.p) expõe uma análise da jurisprudência da Corte, na qual encontrou casos considerados de violação à audiência de custódia quando esta ocorreu quase uma semana após a prisão, quase cinco dias, quatro dias após a prisão e também quase 36 horas após o ato de prisão. Conseqüentemente, de acordo com o entendimento da Corte, o lapso temporal a ser observado na audiência de custódia deveria ser inferior a 36 horas contados da prisão do indivíduo.

Outro ponto que demonstrou controvérsias foi o termo “outra autoridade”, uma vez que o Pacto não traz o rol de autoridades que serão entendidas como aptas a realizar a audiência de custódia. Nada obstante, defendem Lopes Jr. e Paiva (2014, p. 17), com base na análise da jurisprudência da Corte, que “juiz ou outra autoridade habilitada a exercer a função jurisdicional somente pode ser o funcionário público incumbido da jurisdição, que, na grande maioria dos países (a exemplo do Brasil), é o magistrado”. Não se enquadraria nesse termo, portanto, o delegado de polícia ou o membro do Ministério Público.

Desta feita, baseado na disposição feita pelo Pacto, é possível perceber qual a preocupação do tratado ao ordenar a condução do preso perante a autoridade judicial e ainda amplificar o conceito do instituto da audiência de custódia. No que concerne ao conceito, portanto, expõe Paiva (2015, n.p) que:

O conceito de *custódia* se relaciona com o ato de *guardar*, de *proteger*. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que deverá, a partir de prévio

contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura. Assim, a audiência de custódia pode ser considerada como uma relevantíssima hipótese de acesso à jurisdição penal, tratando-se, então, de uma das garantias da liberdade pessoal que se traduz em obrigações positivas a cargo do Estado.

O instituto da audiência de custódia, portanto, se traduz na obrigação de se levar o indivíduo preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que esteja apta a analisar no caso concreto a possibilidade de aplicar alguma medida cautelar alternativa à prisão, se perfazendo numa garantia à liberdade do indivíduo, conforme defendido. Para tanto, na audiência o juiz deverá ouvir o Ministério Público, o autuado e, também, a defesa técnica do custodiado para melhor subsidiar sua decisão.

De mais a mais, ao trazer o significado da palavra custódia, afirma Paiva (2015, n.p) que esta significa “guardar”, “proteger”. Daí se retira importante finalidade da audiência de custódia, visto que é dever do Estado zelar pela proteção daquele que está sob sua guarda e, assim sendo, precisa implementar ações tendentes a constringer a prática de exageros no ato da prisão. Ou seja, a audiência de custódia possui o condão de verificar a integridade física do custodiado, a fim de notar a ocorrência de condutas descomedidas, como torturas ou maus-tratos. Quanto a esta finalidade, defende Oliveira *et al* (2017, p. 113) que:

Trata-se de relevante instrumento de garantia dos direitos humanos fundamentais, que fortalece a visão do juiz como fiador desses mesmos direitos perante a sociedade e as instituições policiais hoje fragilizadas pela desconfiança de que são protagonistas de abusos e torturas por ocasião da realização de prisões em flagrantes e da documentação. Mesmo que não se justifique essa desconfiança sobre o trabalho policial, a certeza de que o preso será apresentado de imediato a uma autoridade judiciária cumpre uma importante função preventiva contra os possíveis abusos.

Dessa forma delinea-se as finalidades da execução da audiência de custódia, pois, esta, além de seu objetivo precípua de ser garantia ao direito de locomoção do indivíduo, ainda percebe em si garantia à integridade física e à legalidade, uma vez que busca verificar a ocorrência, bem como prevenir a prática abusiva no ato de prisão.

No intento de sintetizar os objetivos da audiência de custódia, Correia Junior (2016, p. 36-48) os dividiu em três, sendo eles: i) atender à dupla compatibilidade vertical das leis; ii) verificar a (des)necessidade e (i)legalidade da prisão; e, por fim, iii) afirmar o princípio da dignidade da pessoa humana à pessoa presa.

O primeiro objetivo refere-se ao fato de a audiência de custódia possuir previsão em um tratado internacional de direitos humanos do qual o Brasil faz parte, devendo, por isso, haver

sua implementação no plano interno do país. O segundo objetivo menciona a finalidade básica da execução da audiência de custódia em si, uma vez que esta visa a análise da necessidade de se manter a prisão ou de aplicar medida cautelar distinta, e ainda possui o escopo de verificar a ocorrência de possíveis ilegalidades no ato da prisão. O terceiro objetivo trazido pelo autor acolhe o princípio da dignidade humana, o qual deve ser observado à pessoa presa. De acordo com Correia Junior (2016, p. 48), a observação deste princípio se dá à medida em que se evita a ocorrência de torturas, tratamentos cruéis ou degradantes à pessoa que se encontra sob a custódia do Estado.

Diante da apresentação de seus objetivos, é explícita a importância que representa a audiência de custódia, porquanto visa a proteção de bens relevantes ao indivíduo, tal como sua liberdade. Por conta disto, argumenta Lima (2017, p. 832) que, como as medidas cautelares de natureza pessoal privam o acusado de um de seus bens mais preciosos - a liberdade-, estas devem possuir um caráter de *ultima ratio*, ou seja, apenas devem ser aplicadas quando não for possível a adoção de outra medida cautelar menos gravosa, porquanto não há, ainda, decisão definitiva sobre a responsabilidade penal do acusado.

Os benefícios da utilização de outras medidas cautelares diversas da prisão a partir da audiência de custódia, como demonstra Lima (2017, p. 832), não se restringe ao próprio acusado, o qual observará menor custo pessoal e familiar, mas, também, poupa recursos humanos e materiais do poder público, a julgar pelo custo que se tem para manter alguém no cárcere. Além do mais, tem o escopo de diminuir os malefícios inerentes ao encarceramento, como a estigmatização e a criminalização do preso.

Ademais, dentre os objetivos primordiais já elencados, ainda é possível citar como benefício da realização da audiência de custódia, como aponta Lima (2017, p. 923), a observação de que esta também visa à diminuição da superlotação carcerária, porquanto, conforme defende o autor, o contato mais próximo com o preso permite elevar o nível de cientificidade da autoridade judiciária, o que possibilitaria e ela ter melhores condições de aferir a real necessidade de se manter preso um flagranteado.

A preocupação com o sistema carcerário brasileiro não é demonstrada apenas pelo que dispõe Lima, mas Oliveira *et al* (2017, p. 115) também valida a mencionada utilidade à audiência de custódia, quando garante que ela:

Vem se somar ao conjunto de medidas necessárias para minimizar os graves problemas enfrentados pelo sistema carcerário brasileiro, o qual está literalmente falido, com superlotação de presos provisórios, submetidos a condições incompatíveis com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inc. III, da CRFB e necessitando que o Poder

Executivo Federal e das diversas Unidades Federativas façam investimentos bilionários para atender à crescente demanda pois, segundo dados registrados pelo Conselho Nacional de Justiça, o somatório de presos provisórios e condenados alcança 600 mil presos, dentre elas, 240 mil ainda sem condenação com trânsito em julgado.

Para Oliveira *et al* (2017, p. 116), portanto, deve ocorrer a audiência de custódia e, com base nesta, a autoridade judicial melhor analisar a possibilidade de submissão a outras medidas cautelares que garantam eficácia similar com custos reduzidos e, sobretudo, sem estigmatizar a pessoa que ainda não foi condenada, isto, ainda, sob a égide do princípio da presunção de inocência. Além disto, agindo a autoridade judicial dessa forma, estaria a contribuir para a solução de um dos problemas que mais assolam o Brasil, que é a superpopulação carcerária, sem falar na proteção à integridade física do indivíduo que, por vezes, é vítima de abusos no ato de prisão, caracterizados por maus-tratos, tortura ou qualquer outro tratamento desrespeitoso à dignidade e à integridade física da pessoa presa.

Ao final, nada mais se faz necessário acrescentar com o propósito de solidificar a importância da execução da audiência de custódia. No entanto, apesar de sua notória utilidade na proteção de direitos humanos, e também no abrandamento do problema da superlotação carcerária, no Brasil o instituto apenas passou a ser implementado a partir de 2015, tendo sido necessária a provocação do judiciário para tanto, conforme explicitado em momento anterior.

Até o ajuizamento da ADPF 347, com o resultado procedente à medida cautelar referente à implantação da audiência de custódia, o Brasil possuía uma forma distinta de analisar a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão. Nota-se, contudo, que esta, a julgar pelos problemas vivenciados pelo sistema carcerário brasileiro (superlotação, aviltamento de direitos humanos por exemplo), não estava obtendo resultados satisfatórios. Por conta disso, notadamente, viu-se ser necessária a adoção do modelo que trazia o Pacto, tendo em conta demonstrar-se mais protetivo aos direitos do indivíduo preso, conforme se conclui apoiado na comparação entre ambos os modelos.

5.2 Modelo de audiência de custódia previsto no CPP x Modelo previsto no Pacto de San Jose

A audiência de custódia é instituto novo no Brasil, apesar de este ser signatário do Pacto de San Jose desde 1992. Não é possível aferir, todavia, o motivo pelo qual demorou-se tanto a efetivar o mencionado instituto no plano interno. Há de se considerar como resposta a esta indagação, a crença na suficiência do modelo que era posto em prática até então no processo

penal brasileiro. Isto, pois, de fato não ocorria uma audiência na qual o preso era fisicamente encaminhado à presença do juiz, mas, a autoridade judicial possuía outro meio de decidir sobre a concessão das medidas cautelares, qual seja, baseada na análise do auto de prisão em flagrante.

Como se destacou, um dos objetivos da audiência de custódia é viabilizar a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão. Então, no intento de demonstrar como se chegou ao estágio em que se encontra hoje, é possível traçar, brevemente, a evolução da formalidade adotada pelo processo penal brasileiro para a aplicação das mencionadas medidas cautelares.

Referente a isso, destaca Lima (2017, p. 819) que durante anos no processo penal brasileiro vigorava o que a doutrina chamava de “bipolaridade cautelar do sistema brasileiro”, dado que possuía apenas duas opções de medidas cautelares de natureza pessoal: a prisão cautelar e a liberdade provisória. Então, no sistema original, ou o acusado respondia ao processo preso cautelarmente ou sob liberdade provisória, sendo esta com ou sem fiança.

Defende Lima (2017, p. 831), entretanto, que possuir apenas duas modalidades de cautelares causava evidente prejuízo tanto à liberdade de locomoção do agente quanto ao resultado útil do processo penal, visto que, como o juiz não detinha outras opções, ou aplicava a medida extrema de privação da liberdade, ou não a aplicava, assumindo o risco, por vezes, de quedar ineficaz o fim do processo.

Diante disso, em 05 de maio de 2011 foi publicada no Diário Oficial da União a Lei 12.403, que, conforme expõe Oliveira *et al* (2017, p. 114), além de ratificar a jurisprudência consolidada de que a prisão cautelar deve ser aplicada como última *ratio*, trouxe também uma série de novas medidas cautelares que poderiam ser aplicadas de forma alternativa à prisão, modernizando, com vistas ao direito penal comparado, o atrasado Código de Processo Penal.

No propósito de ressaltar a importância do advento desta lei trazendo novas medidas cautelares alternativas à prisão, Lima (2017, p. 832) lembra que:

Com efeito, o uso abusivo da prisão cautelar é medida extremamente deletéria, porquanto contribui para diluir laços familiares e profissionais, além de submeter os presos a estigmas sociais. Não à toa, os índices de reincidência no país chegam a 85%. O uso excessivo do cárcere *ad custodiam* também contribui para uma crescente deterioração da situação das já superlotadas e precárias penitenciárias brasileiras. Basta ver os episódios recentes envolvendo presídios em Pedrinhas, Cascavel e Porto Alegre. De mais a mais, levando-se em conta que é comum não haver qualquer separação entre presos provisórios e definitivos, nem tampouco entre presos que cometeram crimes com diferentes graus de violência, tais pessoas são expostas a um possível recrutamento por organizações criminosas, que vêm ganhando cada vez mais força em nosso sistema penitenciário.

São notórios os efeitos danosos que uma prisão, sobretudo cautelar, pode acarretar. Então, as mudanças trazidas pela lei 11.403/11 são motivos para comemoração, pois, a partir dela sobreveio a previsão para a aplicação de 9 distintas medidas cautelares alternativas à privação da liberdade, conforme se extrai da leitura do art. 319 do CPP.

Malgrado ter o processo penal experimentado relevante avanço com a chegada da lei 11.403/11, ocorre que ainda não demonstra normas que sejam capazes de dar plena efetividade às medidas cautelares. Isto, porque, ao observar apenas o que manda o art. 306, §1º do CPP, o juiz deveria decidir sobre a aplicação das medidas cautelares tendo como base tão somente a análise do auto de prisão em flagrante, sem precisar ter contato físico com o acusado.

O procedimento para a concessão de medidas cautelares conforme consta no CPP, é possível retirar da leitura de seus arts. 306 e 310. Desta maneira, a redação do §1º do art. 306, CPP, alterada pela lei 11.403/11, ordena que no prazo de 24 horas após realizada a prisão seja encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante. Por conseguinte, o art. 310, CPP, também com redação alterada pela lei 11.403/11, traz que a partir da análise do auto de prisão em flagrante, deverá o juiz, fundamentadamente, decidir entre a) relaxar a prisão ilegal; b) converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP e as medidas cautelares diversas da prisão se demonstrarem insuficientes ou inadequadas; ou c) conceder liberdade provisória com ou sem fiança.

Pelo exposto, percebe-se que o acusado não teria contato com o juiz antes que este decidisse sobre sua liberdade e viabilidade de concessão de medidas cautelares. Tal fato tolheria a aferição de eventuais práticas de maus-tratos no ato de prisão, prejudicando a proteção à integridade física do indivíduo. Além do mais, ao decidir apenas com base no auto de prisão, a visão do juiz estaria prejudicada, vez que não daria ao acusado a oportunidade de externar seus motivos, sua realidade e, como dito, narrar as condições de sua prisão. Este contato do indivíduo com o juiz, logo após sua prisão, poderia potencializar a análise por parte do magistrado, dando-lhe melhores condições de aferir a real necessidade da aplicação de uma prisão preventiva.

Em contraponto ao supracitado modelo brasileiro, que, como visto, baseia-se na mera análise de papel para decidir sobre a liberdade de um indivíduo, há a previsão no Pacto de San Jose da execução de uma audiência entre o acusado e o magistrado logo após o ato de prisão. O principal ponto que a difere do paradigma brasileiro, é que o Pacto prevê o contato físico entre ambos e, fundado neste contato é que o juiz irá decidir sobre a aplicação das medidas cautelares, sobre a concessão de liberdade ou a determinação de prisão preventiva.

A audiência de custódia, conforme já mostrado, encontra-se prevista no Pacto, mais precisamente em seu art. 7.5, o qual diz que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser

conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”. Portanto, o tratado ordena que o indivíduo preso seja conduzido à presença do juiz, não se contentando com o simples encaminhamento do auto de prisão.

Como anteriormente exposto, os objetivos da audiência de custódia também se demonstram mais amplos do que o que se obtém assente à análise do auto de prisão, até porque, um de seus objetivos é, justamente, romper com essa “fronteira do papel”, conforme destacou Lopes Jr. e Paiva (2014, n.p).

Portanto, não no intento de repetir exaustivamente tais propósitos do instituto, basta relembrar que este, para além de servir à análise da concessão de medidas cautelares, proporciona ao acusado o direito de expor suas razões e emergências, bem como dizer sob quais circunstâncias se deu sua prisão. Ao dispor dessas informações fornecidas pelo acusado, o juiz consegue agir de forma a proteger sua integridade física e também consegue respaldar sua decisão no que tange à liberdade do indivíduo, bem que não pode ser banalizado à mera verificação de um impresso.

Isto posto, no cotejo entre o que traz o Código de Processo Penal brasileiro e o Pacto de San Jose, resta que aquele visa, tão somente, a análise de eventual aplicação de medida cautelar, de concessão de liberdade provisória, de determinação de prisão preventiva ou relaxamento de prisão tida como ilegal; sendo que, tudo isso será decidido tendo como fundamento a simples análise do auto de prisão. Já a audiência de custódia, prevista no Pacto, além de abranger as mesmas finalidades trazidas pelo CPP, ainda ampara a proteção à integridade física do acusado, sendo que exerce todas essas funções dando ao magistrado melhor suporte em suas decisões, tendo em vista que este deliberará alicerçado em uma audiência na qual terá o indivíduo fisicamente em sua presença, podendo vê-lo e ouvi-lo antes de dar sua decisão.

Ao final, se a intenção é a melhor proteção aos direitos humanos, é notório que esta se demonstra na execução da audiência de custódia conforme se prevê o Pacto de San Jose. Por conta disso é que deve prevalecer frente ao modelo trazido pelo CPP, conforme já decidido pelo próprio Supremo. Ademais, a própria Corte já determinou que o Brasil efetuassem a audiência de custódia como forma de dar superior atenção aos direitos humanos e também como meio de amenizar a situação dos presídios brasileiros.

Ocorre, no entanto, que mesmo com a decisão do STF na ADPF 347, no plano interno, não havia norma que dispusesse a maneira como a audiência de custódia deveria ocorrer. Então, para cessar a violação ao que ordena o Pacto e cumprir a decisão do STF, foi necessária a manifestação do Conselho Nacional de Justiça, o qual solucionou a questão com a edição da resolução nº 213 que sistematizou o instituto.

5.3 Resolução nº 213 do CNJ

Pela teoria do controle de convencionalidade, tem-se que toda a normativa e atos internos de um Estado deve estar de acordo com o que preleciona o tratado internacional de direitos humanos do qual seja signatário. Com isso, conclui-se que, ao decidir assinar um tratado, o Estado deve promover no campo interno meios de dar efetividade ao que foi convencionado em âmbito internacional.

Como visto, a realização da audiência de custódia é um direito previsto no Pacto de San Jose, então, tendo em vista ser o Brasil Estado signatário do mencionado tratado, é seu dever providenciar as ferramentas necessárias a dar efetividade ao que ele comanda. Quanto a isto, é evidente a demora do Brasil, haja vista ter internalizado o tratado ainda no ano de 1992 e até 2015 ainda não havia se movimentado à implementação do referido instituto.

Segundo a exposição de Andrade e Alflen (2017, p. 11), a primeira manifestação voltada à efetivação da audiência de custódia no Brasil decorreu de uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal do Ceará, no ano de 2010, a partir de estudos realizados pela Defensoria Pública de São Paulo. Em 2011, ainda conforme Andrade e Alflen (2017, p. 11), instituições do Estado e organizações não governamentais iniciaram uma movimentação no plano legislativo, buscando a edição de norma que regulamentasse o direito previsto no Pacto.

Na oportunidade, como expõe Andrade e Alflen (2017, p. 11), o Senado Federal decidiu acolher a iniciativa e deu início ao Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011, que, de acordo com sua Ementa, disponível no site do Senado, visa alterar o §1º do art. 306 do CPP, a fim de trazer a regulamentação legal para a realização da audiência de custódia. Nesse intento, se alterado, o referido artigo ordenará que no prazo máximo de vinte e quatro horas após a realização da prisão seja o preso conduzido à presença do juiz competente, juntamente com o auto de prisão em flagrante, acompanhado das oitivas colhidas e de seu advogado; caso o autuado não informe o nome de seu advogado, uma cópia integral do auto e das oitivas deverá ser remetida à Defensoria Pública.

O supramencionado projeto de lei, todavia, ainda não percorreu por completo o caminho que levará à sua vigência, mas encontra-se sob apreciação da Câmara dos Deputados, tendo sido aprovado pelo Senado em dezembro de 2016. Portanto, a sua regulamentação ainda não pode ser invocada na aplicação do instituto da audiência de custódia.

Conforme relembram Andrade e Alflen (2017, p. 11-12), em virtude da morosidade legislativa, no começo de 2015 decidiu o CNJ juntamente com o Ministério da Justiça, a dar abertura a um projeto-piloto de implementação gradativa da audiência de custódia,

inicialmente, na capital do estado de São Paulo. De maneira crescente, até setembro de 2015, praticamente todos os Tribunais de Justiça do país já haviam iniciado a implantação nas capitais brasileiras. Contudo, percebeu o CNJ que, a liberdade que cada Tribunal possuía de disciplinar a audiência de custódia em seu estado estava provocando diferentes regulamentações coexistentes para um mesmo instituto, então, seria necessária a edição de uma resolução com abrangência nacional, a fim de uniformizar o instituto.

Essa percepção do CNJ quanto à uniformização do instituto da audiência de custódia em território nacional, encontrou ainda mais impulso na decisão do STF na ADPF 347, que, conforme visto, culminou na decisão de que fosse implementada a audiência de custódia em todo o Brasil, tendo estipulado, para tanto, o prazo de 90 dias. Este prazo, certamente, seria um desafio a uma iniciativa legislativa e, então, a solução encontrada pelo CNJ foi a elaboração de uma resolução tendente a dar cumprimento à ordem do Supremo, a uniformizar a regulamentação da audiência de custódia e, sobretudo, para adequar o Brasil ao que comanda o Pacto de San Jose.

Desta forma, em 15 de dezembro de 2015, o CNJ aprovou a resolução nº 213, que, como destacam Andrade e Alflen (2017, p. 12) não se ateve apenas a regulamentar o ato de apresentação judicial em si, mas, conforme os mencionados autores:

Essa resolução foi além, ao também estabelecer rotinas de trabalho a serem observadas pelas Cortes nacionais e pelos magistrados encarregados de realizar audiência de custódia. Criou-se, inclusive, o SISTAC – Sistema de Audiência de Custódia -, que se trata de um banco de dados alimentado a partir das informações produzidas pela audiência de custódia realizada em todo o país. Também foram redigidos dois protocolos de atuação, que versam sobre rotinas de trabalho que indiquem a prática de agressões físicas ou psíquicas contra as pessoas apresentadas judicialmente.

Percebe-se, portanto, a preocupação do CNJ em abarcar o procedimento que deveria ser observado em caso de constatação de maus tratos durante o ato de prisão, não se atendo a simplesmente sistematizar o procedimento de execução da audiência. Ademais, certamente o que viabilizou a edição de uma resolução tão ampla e minuciosa, foi a experiência angariada pelo CNJ na capital paulista, pois, com base nela é que se pode captar as necessidades que o instituto demandaria, bem como o aparato regulamentador de que necessitaria o judiciário na sua implementação.

À medida em que caberia à resolução do CNJ dar cumprimento ao que preleciona o art. 7.5 do Pacto de San Jose, esta reservou seu art. 1º para estabilizar o entendimento do conceito e alcance do que desejava o Pacto, isso com o desejo de liquidar as controvérsias quanto a

termos trazidos na redação do tratado, conforme anteriormente discutido. A redação do mencionado artigo, portanto, veio no intento de:

Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

§1º A comunicação da prisão em flagrante à autoridade judicial, que se dará por meio do encaminhamento do auto de prisão em flagrante, de acordo com as rotinas previstas em cada Estado da Federação, não supre a apresentação pessoal determinada no caput.

§2º Entende-se por autoridade judicial competente aquela assim disposta pelas leis de organização judiciária locais, ou, salvo omissão, definida por ato normativo do Tribunal de Justiça ou Tribunal Federal local que instituir as audiências de apresentação, incluído o juiz plantonista [...].

A partir da análise do texto do art. 1º e dos §§ 1º e 2º, acima fixados, nota-se que o CNJ se ocupou de determinar o que deveria ser entendido com o “sem demora” contido no Pacto de San Jose, estabelecendo como tal o prazo de 24 horas. Além disto, consolidou o entendimento de que “autoridade judiciária” seria aquela assim disposta pela lei de organização judiciária local, tendo em vista ser termo que também causou dúvida na escrita do Pacto. Por fim, enfatizou que o mero envio dos autos de prisão em flagrante à autoridade competente não supriria a necessidade de realização da audiência de custódia.

O art. 8º da resolução traz itens que deverão ser esclarecidos ao acusado e, também, as questões que devem ser a ele inquiridas. Em seus incisos traz a obrigação do magistrado de verificar a ocorrência de ilegalidades, de práticas abusivas no ato da prisão e alerta para que este não realize, bem como evite que sejam realizadas perguntas com a finalidade de produzir prova para a investigação ou para a ação penal. Ressalta, ainda, que deve o juiz tomar as providências necessárias a sanar possíveis irregularidades constatadas.

A importância da edição desta resolução por parte do CNJ é manifesta, vez que conseguiu harmonizar a efetivação da audiência de custódia em território nacional. No entanto, a iniciativa do CNJ não foi vista com bons olhos por todos, a julgar pelo ajuizamento por parte da ANAMAGES (Associação Nacional dos Magistrados Estaduais) da ADIn 5.448 (STF – ADIn: 5.448 DF – DISTRITO FEDERAL, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, DJe 01/03/2017), sob o argumento de que haveria uma inconstitucionalidade formal por usurpação da competência privativa do Congresso Nacional para dispor sobre a matéria processual penal (art. 22, inciso I, da Constituição Federal). A ação, todavia, teve seu seguimento negado sob o fundamento de que não possui a ANAMAGES legitimidade ativa, uma vez que “representa

apenas parcela da categoria profissional sobre a qual repercute o ato normativo impugnado”, conforme consta no relatório do julgamento.

No que concerne à legitimidade do CNJ para editar resolução, afirma o órgão, na própria resolução nº 213, que esta encontra-se fundamentada no que dispõe a letra “a” do inciso I do art. 96 da CF/88, o qual “defere aos tribunais a possibilidade de tratarem da competência e do funcionamento dos seus serviços e órgãos jurisdicionais e administrativos”. Concordando com isto, expõe Fischer (2017, p. 97), que se a finalidade é estabelecer um padrão na atuação judicial, é viável ao CNJ estabelecer as regras fundamentais a serem adotadas pelos magistrados, esta ação, no entanto, deve sempre ser suplementar e excepcional.

Quanto ao reconhecimento pela Corte da suficiência da resolução do CNJ para atender ao seu regramento, pode-se dizer, como não houve manifestação dela neste assunto, que a resolução atende ao que preleciona o Pacto, convencimento que se retira da leitura do art. 2º da Convenção, que fala sobre o dever de adotar as disposições de direito interno, acrescentando que:

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.

Portanto, a preocupação da Convenção é tornar efetivo os direitos trazidos por ela, não se importando com a natureza do ato normativo que será utilizado para tanto, basta ver que expressamente autoriza que o exercício do direito seja garantido por disposições legais ou medidas de outra natureza. O STF também não se manifestou quanto à inconstitucionalidade da resolução, portanto, encontra-se em pleno vigor e continua sendo a única regulamentação da audiência de custódia no Brasil.

Fato é que a resolução nº 213 do CNJ, para além de normatizar um instituto de vital importância à observância dos direitos humanos, notadamente ao direito à liberdade, à integridade física e à dignidade humana, também cumpre papel de relevo no âmbito internacional, posto que instituiu a regulamentação no plano interno de um direito previsto em tratado internacional de direitos humanos do qual o Brasil faz parte e encontrava-se sendo omissa quanto à sua efetivação.

5.4 A inconveniência por omissão frente à não execução da audiência de custódia no Brasil

No desenvolvimento deste estudo, alguns conceitos e debates foram expostos no intento de arrecadar conhecimento que será utilizado na discussão do problema inicialmente proposto. Frisa-se, por ser oportuno, que o propósito desta pesquisa é verificar se a inconveniência por omissão pode ser invocada ao caso da não regulamentação da audiência de custódia (direito previsto em um tratado internacional de direitos humanos) no Brasil (signatário do tratado em questão).

Durante o caminho, viu-se que a partir da Segunda Guerra Mundial, em virtude dos acontecimentos nela perpetrados, houve relevante crescimento no número de tratados internacionais de direitos humanos. Isto, sobretudo, por ter ficado evidente que um Estado ao observar apenas as ordens internas não o fazia sempre de forma a respeitar a dignidade da pessoa humana.

E, então, começam a surgir mais tratados internacionais de direitos humanos, observando número maior de direitos e de maneira mais profunda. Como visto, esses tratados passam a despontar tendo em seu âmago a proteção da dignidade humana e, para garantir ainda mais essa característica, exigem dos Estados que desejam dele fazer parte a obrigatoriedade do cumprimento de seus preceitos.

Isto, porque, era patente que, se não possuíssem caráter vinculante, sua existência fracassaria tal qual fracassou a Liga das Nações, que, consoante anteriormente assinalado, visava a manutenção da paz no mundo, mas, sob a sua constância é que adveio a Segunda Guerra Mundial. Diante disso, percebe-se que, além de possuir caráter vinculante, o sistema dos tratados internacionais de direitos humanos necessita de instrumentos que fiscalizem seu cumprimento e, através deles, coibir o crescimento de violações que poderiam desencadear episódios emblemáticos como fora o holocausto na Segunda Guerra Mundial.

Dessa forma, o sistema internacional de tratados percebe no controle de conveniência a necessária e constante fiscalização quanto à manutenção do respeito aos direitos humanos. E, no caso do sistema interamericano, há as figuras da Comissão e da Corte que são responsáveis pela atenção deste objetivo a nível das américas, sendo que estarão aptas a agir sempre que houver indícios de violação a princípios assentados nos tratados internacionais de direitos humanos do referido sistema, a partir das características e peculiaridades antes comentadas.

A estabilização da proteção aos direitos humanos, portanto, encontra na teoria do controle de convencionalidade uma garantidora. Até porque, como anunciado, o controle de convencionalidade visa a harmonização da normativa interna de um Estado signatário com o que dispõe o tratado de direitos humanos, mas, também, atenta a casos de violações práticas a direitos previstos, intervindo e restaurando a situação antes que tomem proporções sistêmicas. Tal prerrogativa restou demonstrada nos casos de condenações do Brasil trazidos por esta pesquisa, nos quais houve a intervenção de ambos os órgãos do sistema interamericano de direitos humanos – Corte e Comissão, no desígnio de restabelecer a proteção devida.

Cumpra retomar, todavia, que o mencionado controle não é apenas desenvolvido pelos mencionados órgãos, pois estes o fariam em âmbito internacional. No plano interno o controle também deve ser exercido, e de forma primária, sendo a interferência internacional secundária, suplementar e subsidiária, como destacado, ou seja, por possuir essas características, devem agir somente diante do esgotamento das instâncias internas ou se o Estado em questão falhar na proteção dos direitos invocados.

No espaço reservado ao estudo da teoria do controle de convencionalidade, ficou ajustado que esta pode se dar, no plano interno, tanto na forma difusa quanto na concentrada, ou seja, qualquer juiz ou tribunal estará apto a aferir a convencionalidade de lei ou ato normativo levado a seu conhecimento. Além de que, pela mesma teoria, uma lei ou outro ato normativo não poderia ser criada em desacordo com o que estatui um tratado internacional de direitos humanos. Dessa forma, a teoria trabalha no sentido de invalidar normas existentes e contrárias aos tratados de direitos humanos e também no sentido de impedir a edição de novas normas que não atendem ao disposto nos documentos internacionais de direitos humanos de que seu Estado faça parte.

Para que se recorde, no plano internacional, caso um Estado perpetre ações contrárias aos preceitos de tratados internacionais de direitos humanos dos quais manifestou interesse de fazer parte, a partir do controle de convencionalidade, pode haver a responsabilização internacional deste Estado, resultando na ordem necessária à cessação da respectiva violação, sendo a decisão proferida pela Corte, no caso do sistema interamericano, vinculante, ou seja, o Estado condenado deverá agir conforme por ela ordenado.

Por conseguinte, na oportunidade em que se estudou a teoria do controle de convencionalidade, afirmou-se que um Estado signatário de tratado internacional de direitos humanos pode incorrer em uma inconventionalidade tanto por agir de forma a confrontar os princípios do tratado, como por deixar de agir de forma a disponibilizar o acesso a direitos

veiculados pelo documento internacional. No ensejo, destacou-se que o Estado, ao não agir conforme manda o tratado, incidiria numa inconvenção por omissão.

Quanto ao fundamento da hipótese de inconvenção por omissão, salienta Marmelstein (2017, p. 42) que isto decorre do fato de:

As normas garantidoras dos direitos humanos, sejam de direitos civis e políticos, sejam de direitos econômicos, sociais e culturais, geram, para os estados, uma gama de deveres negativos (de abstenção/não-fazer) e positivos (de ação/fazer), que, se não forem cumpridos, podem acarretar a responsabilidade do Estado e, portanto, a sua condenação perante os organismos de proteção internacional.

A teoria do controle de convencionalidade, portanto, dispõe-se a averiguar a consumação de seus princípios tanto no agir do Estado signatário quanto em sua inércia. Com o que concorda Glasenapp (2016, p. 70), quando escreve no sentido de que o controle de convencionalidade deve ser realizado também na observação de omissões estatais quanto à concretização dos direitos humanos, ou seja, quando da sua não regulamentação em legislação infraconstitucional, de forma a proporcionar o gozo dos direitos.

Quanto à abrangência da inconvenção por omissão, destaca Glasenapp (2016, p. 72) que esta se daria tanto na não elaboração de novas leis tendentes a dar cumprimento às regras do tratado internacional de direitos humanos, quanto na não-adequação das leis já existentes com as orientações do tratado.

No caso de o procedimento de controle de convencionalidade concluir que há uma inconvenção por omissão, esta declaração, como defende Glasenapp (2016, p. 83), poderá gerar dois efeitos: repressivo ou construtivo. O primeiro seria no caso de haver uma norma jurídica interna contrária ao tratado internacional de direitos humanos utilizado como parâmetro, ou até contra jurisprudência da Corte, tratando-se do sistema interamericano, hipótese em que seria considerada inconvenção e, dado seu efeito repressivo, inválida. O efeito construtivo, por sua vez, se relaciona com a obrigatoriedade que os juízes possuem de aplicar o direito local de acordo com as regras do tratado internacional de direitos humanos confrontado.

Em casos práticos, é possível identificar os efeitos sobreditos no que traz Marmelstein (2017, p. 43) ao mencionar que:

No plano internacional, a correção das omissões inconvenções pode incluir a condenação do Estado ao pagamento de uma reparação financeira para a pessoa prejudicada pela inação estatal ou a imposição de medidas para que o problema seja remediado em um nível mais macro, inclusive com o reconhecimento de um dever de legislar.

Assim, ao detectar uma inconveniência, conforme destaca Marmelstein (2017, p. 43), a Corte pode emitir ordens para que o legislador nacional reforme, anule ou modifique uma lei interna, solicitar que os juízes nacionais não apliquem determinada lei ou, ainda, que conceda prevalência ao que dispõe o tratado internacional, sendo, possível, também, que sugira a modificação da jurisprudência nacional que seja incompatível com os tratados internacionais de direitos humanos.

Assentado isso e na intenção de afunilar esta discussão, trazendo-a definitivamente ao caso do Brasil e da Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de San Jose da Costa Rica, novamente algumas informações serão retomadas para melhor visualização de suas aplicações no problema proposto.

De início, portanto, tem-se que o Brasil é parte do Pacto de San Jose desde 1992, quando se vinculou às regras e princípios veiculados por ele. Dado isso, no plano interno, deveria promover todas as condições necessárias à disposição dos direitos nele contidos. No entanto, o que se notou foram inúmeras condenações do Estado brasileiro perante a Corte por violações a preceitos protegidos pela Convenção, como demonstrado em capítulo próprio.

Conforme ressaltado, o sistema carcerário brasileiro foi o principal objeto das intervenções da Corte, visto ser palco de violações sistêmicas a direitos que, apesar de protegidos também no âmbito interno, não estavam recebendo a atenção devida. Destacou-se, ademais, que no plano interno também já houve ajuizamento de ação tendente a conduzir os olhos do judiciário a este complexo de aviltamento a direitos no que se configuram os presídios do Brasil, sendo nesta ocasião em que determinou o STF que a audiência de custódia fosse executada em todo o território Nacional.

Neste contexto, pode-se dizer que a decisão do STF decorreu de duas premissas básicas, quais sejam: o Brasil aderiu ao Pacto de San Jose sem reservas, devendo, portanto, observação a todos os direitos ali elencados; a audiência de custódia é direito previsto no Pacto de San Jose. Então, por conclusão lógica, deve ser executada a audiência de custódia no Brasil.

É certo que a Corte já dava sinais de insatisfação com a não execução da audiência de custódia no Brasil, a julgar pelo conteúdo de suas medidas provisórias destinadas aos casos dos presídios brasileiros. À guisa de ilustração, na resolução de 14 de março de 2018, ao reiterar a medida provisória no caso do Complexo de Pedrinhas, a Corte deixou clara seu dissabor, sendo essa a conclusão que se retira do trecho abaixo:

27. Por outro lado, este Tribunal também constata que a implementação das audiências de custódia ainda não é uma realidade em todos os municípios do Brasil ou do Maranhão, pois não são oferecidas a todas as pessoas detidas. Dados oficiais do Conselho Nacional de Justiça confirmam que foram realizadas 4.327 audiências de custódia, de outubro de 2014 a 30 de junho de 2017. Em 45,67% delas foi determinada a liberdade provisória dos detentos. No Maranhão, o índice foi de 61% de detenções autorizadas e 39% de concessão de liberdade. A Corte incentiva e reitera a necessidade do Estado de garantir que todas as pessoas detidas tenham acesso a uma audiência de custódia no Maranhão.

Então, na oportunidade, a Corte demonstrou seu descontentamento quanto ao fato de a audiência de custódia ainda não ser realidade nacional, reiterando que esta deve ser efetivada de maneira a abranger todas as pessoas detidas. No mesmo andar, na resolução de 15 de novembro de 2017, que referia à medida provisória do Complexo de Curado, a Corte novamente se manifestou quanto a este instituto, asseverando que:

37. Este Tribunal destaca a importância do Programa de Audiências de Custódia e considera que constitui um importante avanço em matéria de controle da privação de liberdade, e que poderia contribuir para garantir a legalidade e/ou a arbitrariedade das detenções, prevenir tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, e também reduzir a superlotação dos centros carcerários brasileiros.

Portanto, a Corte ressaltava a implementação da audiência de custódia no estado de Pernambuco, exaltando sua importância na proteção da integridade física e aproveitou a oportunidade para destacar esta iniciativa do estado como um avanço no propósito de reduzir a superlotação no Complexo de Curado. Afirmou, ainda, que de acordo com sua jurisprudência “o Estado não pode alegar dificuldades financeiras, ou de outra natureza, para justificar o descumprimento de suas obrigações internacionais”.

Com esta explanação pretende-se atestar que a Corte já dava sinais de que acabaria por intervir no caso da não efetivação da audiência de custódia no Brasil. Como exposto, a ação da Corte está sujeita ao esgotamento das instâncias internas ou à falha do Estado em solucionar a questão, ou seja, quando este age e mesmo assim não consegue restaurar a situação violadora. No entanto, como anteriormente exposto, a Corte também já agiu para além destas hipóteses, quando percebeu a mora do Estado brasileiro na solução de problema.

Que o Estado brasileiro demorou na solução da questão, não há dúvidas, pois, mais de 20 anos se percorreu para comprovar isso. Não se pode afirmar, com certeza, o motivo que fez com que esse direito não fosse efetivado por tanto tempo. Talvez se acreditasse na suficiência do modelo executado no Brasil, que, quando confrontado com o que ordena o Pacto (o que foi feito neste estudo), se demonstra bem menos amplo e protetivo. Ademais, não tratava-se a

análise do auto de prisão em flagrante de uma audiência de custódia, mas apenas um checkape de impresso com o objetivo de analisar a possibilidade de aplicação de medida cautelar, como exposto no momento do cotejo de ambos os institutos. A audiência de custódia é bem mais ampla e protege outros direitos, além da liberdade do indivíduo.

Neste contexto, de acordo com Marmelstein (2017, p. 50), se uma norma interna contiver um nível de proteção prejudicial aos direitos humanos, perde sua eficácia diante de tratado internacional de direitos humanos que traga modelo mais protetivo. Assim sendo, o procedimento estatuído no Código de Processo Penal, por ser menos abrangente e protetivo que a audiência de custódia, seria preterido em prol dela. Portanto, a justificativa de suficiência do modelo incurso no Brasil não prosperaria.

Outra hipótese que se levantaria no intento de explicar a demora é a afirmação de que não havia internamente norma que regulamentasse a audiência de custódia. O que não convenceria, pois, como defende Cançado Trindade (1996, n.p), os preceitos trazidos pela Convenção são autoaplicáveis, com exceção daqueles que expressamente invocam a edição de uma lei, o que não é o caso do art. 7.5 da Convenção, que normatiza a audiência de custódia. Explica o mesmo autor que essa prerrogativa decorre da própria natureza das obrigações que incorporam e de sua “exigibilidade direta e imediata”. Assevera, ainda, Cançado Trindade (1996, n.p), que se os tribunais ou outros órgãos internos do Estado deixarem de aplicar as normas da Convenção, acarretará em uma responsabilidade internacional por violação de suas obrigações convencionais.

Da mesma forma entende Mazzuoli (2000, p. 188), argumentando que a autoaplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos escoa das próprias normas de direito internacional, pois, a partir do momento em que um Estado compromete-se a zelar pelos preceitos de um tratado, suas normas devem ser imediatamente exigíveis.

A aplicabilidade imediata dos tratados internacionais de direitos humanos também se retira da redação do art. 5º, §1º, com o que ambos autores acima citados também concordam. Ainda que a Convenção exigisse a edição de uma lei para incluir a audiência de custódia ao rol de direitos exigíveis, haveria a inconvenção por parte do Brasil e esta ainda seria por omissão, porquanto não teria cumprido a exigência.

Ocorre que, por conta da aplicabilidade imediata dos tratados internacionais, não seria vital que houvesse uma regulamentação interna no sentido de viabilizar o direito advindo do tratado, neste caso, a audiência de custódia e, por conta disso, não poderia o Brasil alegar ausência de positivação nacional para não cumprir o que ordenava o Pacto. Até mesmo o STF já decidiu neste sentido, na oportunidade do julgamento da ADI 5240 (STF – ADI 5242/SP,

Relator: Min. Luiz Fux, DJe 16.02.2016), no qual reiterou que a audiência de custódia já possuía previsão no Pacto, que é um tratado internacional que foi internalizado pelo Brasil e que, portanto, faz parte na normativa doméstica.

Com isso, não poderia o Brasil defender-se da inconveniência por omissão afirmando não ter agido em conformidade com o tratado por não possuir internamente uma regulação para a audiência de custódia, haja vista ser o Pacto um tratado internacional com aplicabilidade imediata, conforme de destacou. Então, desde o momento em que o Estado assina o tratado, as normas dele advindas já são exigíveis por seus nacionais.

Da leitura do art. 7.5 do Pacto de San Jose, percebe-se que a audiência de custódia é um dever de agir imposto aos Estados-membros, qual seja, de conduzir o indivíduo preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial. Portanto, conforme explica Marmelstein (2017, p. 50), quando um tratado internacional de direitos humanos estabelece um dever de agir e o Estado mantém-se inerte, ocorre uma inconveniência por omissão.

Quanto à ocorrência desta inconveniência por omissão, adverte, ainda, Marmelstein (2017, p. 50) que sua comprovação e correção deve se dar não apenas pelos órgãos internacionais de proteção, que possuem atuação secundária, mas também pelos órgãos nacionais, mesmo que o tratado tenha força jurídica supralegal.

Foi o que ocorreu no caso do Brasil, pois, malgrado a Corte ter ressaltado em várias de suas resoluções o seu descontentamento com a situação dos presídios brasileiros, apontando diversas inconveniências que ocorriam no tratamento aos presos, não chegou a assinalar a inconveniência no caso das audiências de custódia, em específico.

No entanto, tal indicação foi realizada internamente através de um pedido cautelar da ADPF 347, como mostrado anteriormente, o que não deixou de ser um controle de convencionalidade, no qual se constatou a inconveniência por omissão no caso da audiência de custódia e para isso foi dada uma solução: que o instituto fosse regulamentado em nível nacional viabilizando o seu exercício. Então, pode-se dizer que a inconveniência em questão teve efeito construtivo, ou seja, para sanar a violação foi ordenado que o direito local se adequasse ao que instituíra o Pacto.

Dessa forma, após mais de 20 anos de atraso, o Brasil inicia o caminho que conduzirá à efetivação da audiência de custódia. Como sua implementação teve início após uma regulamentação interna, pode-se supor que a demora na disposição desse direito pode ter como motivação invocada a ausência desta positivação. O que não se justifica, como acima defendido.

Ocorre, no entanto, que para haver a disponibilização do direito à audiência de custódia no Brasil, foi necessária a ação de um órgão do Poder Judiciário, uma vez que, mesmo fazendo

parte do ordenamento interno por tanto tempo, não houve uma iniciativa legislativa contemporânea à entrada do tratado ao direito pátrio. Não que fosse necessário, devido à autoaplicabilidade do Pacto, mas, se o Estado brasileiro julgava ser, deveria ter editado a lei regulamentadora desde a ratificação do Pacto de San Jose.

Quanto ao fato de a audiência de custódia ter sido regulamentada internamente após uma intervenção judicial, defende Marmelstein (2017, p. 51), que a falta de medidas estatais capazes e tendentes a viabilizar o exercício do direito pode gerar uma omissão inconveniente, e esta, por sua vez, pode ser corrigida judicialmente, desde que respeitadas as regras de divisão de competência. Como visto, a ação do CNJ inclinada a dar cumprimento à ordem do STF não extrapolou suas competências, tendo ocorrido no momento certo, isto no sentido de evitar mais uma intervenção da Corte, porém sob acentuada demora.

A discussão da implementação da audiência de custódia ganhou corpo à medida em que piorava a situação nos presídios brasileiros. Isto, porque, ao voltar a atenção para os números relativos ao sistema prisional, nota-se que grande parte dos indivíduos que ali se encontram são presos provisórios. E daí se percebe que a decisão quanto à prisão preventiva poderia estar sendo feita de um ponto de vista prejudicado, ou seja, talvez o magistrado, ao ter que tomar sua decisão somente a partir do auto de prisão em flagrante, não encontrava subsídios (ou até mesmo segurança) para resolver a favor da liberdade de quem acabara de praticar uma infração.

Neste panorama, portanto, de presídios superlotados que inviabilizavam a sobrevivência de qualquer proteção a dignidade dos indivíduos que ali se encontravam, surge a execução da audiência de custódia como uma ação tendente a amenizar a política de super encarceramento que vigora no Brasil e, a longo prazo, abrandar o cenário do sistema prisional brasileiro.

E o mencionado instituto não parece que irá falhar neste intento, pois, mesmo em uma curta existência já demonstrou bons resultados, que foram destacados pelo Ministro Luiz Fux no julgamento da ADI 5240/SP (STF – ADI 5240/SP, Relator: Min. Luiz Fux, DJe 16.02.2016):

A proposta das audiências de custódia, capitaneada pelo Conselho Nacional de Justiça e encampada por diversos tribunais do país, sem dúvida é das mais relevantes nessa seara, como provam os resultados hauridos até então pelas cortes pioneiras: redução de 50% das prisões cautelares no TJES e redução de 40% das prisões cautelares no TJSP, no primeiro mês de realização das audiências de custódia, além da estimativa de economia de 75 milhões de reais por ano com gastos no sistema penitenciário do Estado do Paraná e de 27 milhões de reais por ano no Amazonas.

Destaca-se, no entanto, que a intenção deste trabalho não é defender a liberdade provisória para todo e qualquer indivíduo. No decorrer do estudo demonstrou-se, tão somente,

que o direito à audiência de custódia é mais protetivo ao indivíduo e que, por isso, deve prevalecer, além do mais, é direito previsto em tratado internacional de direitos humanos do qual o Brasil é signatário.

A partir da execução da audiência de custódia, isto é, com a presença do indivíduo diante da autoridade judicial, esta encontra maiores elementos para tomar a decisão mais adequada para o caso. Dessa forma, decide por manter uma prisão apenas nos casos que esta se demonstra imprescindível, sendo, para tanto, possível analisar cada detalhe do caso concreto. O que, portanto, se comemora com os números apresentados pelo Min. Luiz Fux é que, se a autoridade judicial decidiu no sentido de manter menos prisões a partir da audiência de custódia, quer dizer que um indivíduo que não precisaria ser preso não teve sua liberdade privada indevidamente e o sistema prisional brasileiro deixou de agravar sua situação graças à execução do instituto.

De resto, distante da intenção de esgotar o tema e ciente de que aqui foram suscitados tantos outros assuntos carentes de estudo próprio e aprofundado, destaca-se como resultado desta análise que, se a inconveniência por omissão se caracteriza quando um Estado signatário deixa de agir como ordena um tratado internacional de direitos humanos e, como o Brasil deixou de efetivar por mais de 20 anos a audiência de custódia em seu território, é perfeitamente possível concluir que durante o tempo em que perpetrou sua mora incorria o Brasil em uma inconveniência por omissão.

E não se pode dizer que essa omissão inconveniente por parte do Brasil não gerou efeito negativo, basta verificar o estado das penitenciárias brasileiras para se concluir o oposto. É evidente que o cenário atual dos presídios não se deve apenas a não execução da audiência de custódia por tanto tempo, mas este fato possui grande participação neste resultado.

De mais a mais, partindo-se do pressuposto que um Estado apenas adere a um tratado internacional de direitos humanos se desejar, não parece plausível fazê-lo, percorrendo todo o procedimento destinado a este fim, e não dar cumprimento ao que ordena o tratado assinado. Aqui poderia ser discutida a boa-fé com que agiu o Estado e, talvez, poderia ser sua ação interpretada como uma mera “política de boa vizinhança”, pois estaria mostrando aos demais Estados que se preocupa com a proteção aos direitos humanos, quando, na prática, não age no sentido de os efetivar no plano interno.

Além disto, não é porque o Brasil regulamentou a audiência de custódia que a inconveniência por omissão se encerrou automaticamente, até porque, não era de regulamentação que o instituto carecia. O país precisa dar real efetividade a ela, isto é, precisa difundir-la em todo seu território, para se falar em plena observação do que convencionou.

CONCLUSÃO

A intenção ao elaborar esta pesquisa é conhecer e discutir uma teoria ainda pouco debatida no ambiente jurídico brasileiro que é o controle de convencionalidade. Decidindo, para tanto, debater suas peculiaridades no exame de um instituto também recente no ordenamento nacional em que se perfaz a audiência de custódia.

Por ser o objetivo principal deste estudo, analisamos o instituto da audiência de custódia como direito previsto no Pacto San Jose da Costa Rica e sua não realização no Brasil como uma hipótese de inconvenção por omissão. Para tanto, percorremos um caminho gradativo no intento de arrecadar o conhecimento necessário ao entendimento do tema.

Neste propósito, no primeiro capítulo fizemos uma análise histórica dos tratados internacionais de direitos humanos, quando percebemos que sua universalização se deu a partir da Segunda Guerra Mundial, momento em que a humanidade concluiu que não mais deveria permitir que atrocidades como aquelas vivenciadas se repetissem. Então, vimos que no processo de internacionalização dos direitos humanos, a pessoa humana, com o perdão da redundância, encontrou nos tratados internacionais de direitos humanos uma forma de fazer a proteção de sua dignidade estar presente na maioria dos Estados do mundo.

A partir das informações avistadas no que tange os tratados internacionais de direitos humanos, sobretudo no fato de que os Estados os internalizam ao direito pátrio quando deles decidem fazer parte, nos deparamos com o questionamento quanto ao grau hierárquico que deveriam possuir frente às demais normas domésticas. Quanto a isto, levando em consideração o caso do Brasil, notamos que nossa Corte, por reconhecer a importância de se preservar os direitos humanos, entendeu que uma vez internalizados, os tratados internacionais de direitos humanos, especificamente, deveriam possuir hierarquia superior às demais normas infraconstitucionais. Aqui encontramos, também, divergências doutrinárias e críticas à posição do STF, mas entendemos ser este um assunto para pesquisa apartada e aprofundada na qual se concederia liberdade para aperfeiçoamento.

Em posse dos instrumentos necessários ao entendimento da teoria do controle de convencionalidade, partimos à análise de suas características e peculiaridades no segundo capítulo, ressaltando o entendimento do controle de convencionalidade por omissão. No ensejo, baseando no fato de serem os tratados internacionais de direitos humanos detentores de hierarquia superior frente à normativa infraconstitucional doméstica, estudamos como os juízes e demais tribunais devem proceder com o exame da compatibilidade das normas internas com o que prelecionam os tratados internacionais de direitos humanos, por ser nisto que se concentra

o controle de convencionalidade. A título de exemplificação, utilizamos o caso do depositário infiel, que, pelo fato de o Pacto de San Jose não admitir a prisão civil por dívida, no plano interno a norma que a autorizava teve sua eficácia paralisada, como resultado de um controle de convencionalidade exercido pelo Supremo.

No mesmo entendimento, aproveitamos para demonstrar a forma como a Corte executa o controle de convencionalidade. Nisto, vimos que, juntamente com a Comissão, cabe à Corte fiscalizar o cumprimento de seus ditames pelos Estados-parte e, caso verifique episódios de violação a direitos previstos em tratados internacionais de direitos humanos que se encontram sob a égide de sua proteção, deve agir no sentido de sanar as irregularidades. Quanto a esta prerrogativa, constatamos que as decisões da Corte possuem força vinculante, ao passo que as da Comissão se qualifica apenas como recomendações.

Com vistas a melhorar a percepção do agir da Corte, trouxemos no terceiro capítulo casos práticos de condenações sofridas pelo Brasil perante o referido tribunal. Na ocasião também adentramos na problemática do sistema prisional brasileiro, e, a partir dele, ao constatar sua gigantesca população de presos provisórios, demonstramos que a execução da audiência de custódia se confirmaria numa solução a longo prazo, como também percebeu o STF.

No quarto capítulo, guiamos o aprendizado quanto ao instituto da audiência de custódia no que concerne ao seu conceito, objetivos e, sobretudo, à sua previsão legal. Na explanação dos objetivos da audiência de custódia, destacamos que esta serviria a dar maior respaldo ao magistrado na análise de aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, o que propiciaria a este melhor averiguar o caso concreto, dando-lhe mais tranquilidade em determinar uma medida cautelar alternativa à privação da liberdade do indivíduo e não menos eficaz ao andamento e resultado útil do processo.

Outrossim, atentos aos demais objetivos da audiência de custódia, reconhecemos nele um instrumento de relevo no combate a práticas de violência no ato de prisão, a julgar pelo fato de exigir que a audiência de custódia ocorra sem demora, possibilitando a constatação por parte do juiz das mencionadas condutas. Somado a isto, pode o juiz ouvir o acusado e apurar prováveis ilegalidades, o que não seria amplamente possível detectar somente a partir da análise do auto de prisão.

Ressaltamos, no entanto, que a intenção não é defender a ocorrência da audiência de custódia com o objetivo de não mais haver prisão preventiva, mas, o que se busca demonstrar com esta pesquisa é que com a audiência de custódia o magistrado consegue melhor analisar cada caso de prisão, verificando a real necessidade de se manter alguém preso. Isto, porque, entendemos que a autoridade judicial não encontra demasiada segurança em decidir pela

liberdade provisória do acusado com base no auto de prisão, uma vez que este não oferece subsídio para tanto.

Daí advém nossa defesa de que este instrumento pode auxiliar na solução dos problemas do sistema carcerário brasileiro, que se encontra superlotado de presos provisórios, dos quais boa parte poderia ter recebido medida cautelar diversa e talvez mais eficaz.

Os benefícios de se proceder com uma melhor análise da prisão preventiva se estendem não apenas ao acusado, mas espelham ao país como um todo, basta ver que nos presídios nacionais a situação de superpopulação inviabiliza o respeito aos direitos humanos e também a separação dos presos, seja pelo tipo de crime, pela periculosidade ou os provisório dos com condenação definitiva, e isto facilita o aliciamento de novos integrantes de organizações criminosas. Nos limitamos, no entanto, a esta observação, porquanto entendemos ser o assunto altamente complexo e que exige um estudo próprio, com esta problemática a figurar o cerne da questão.

A audiência de custódia, sem dúvidas, traz diversos benefícios e, como demonstramos, não apenas ao indivíduo que está em vias de ter sua liberdade privada. Por conta disto frisamos a insuficiência do modelo que até 2015 era executado no Brasil, qual seja, a análise de aplicação das medidas cautelares baseada, simplesmente, no auto de prisão em flagrante.

Por conseguinte, após assentar as vantagens que a execução da audiência de custódia proporciona, atentamos à realidade de ser este instituto mais benéfico à proteção dos direitos humanos, o que, por si só, já deveria ser motivo suficiente para a decisão de implementar seu modelo no plano interno. Além deste fato, no entanto, lembramos que a audiência de custódia é direito previsto no Pacto de San Jose, tratado internacional do qual o Brasil faz parte, o que denota a obrigatoriedade de ser implantado internamente no Estado brasileiro.

No entanto, malgrado o Brasil fazer parte do Pacto de San Jose desde 1992, notamos que apenas em 2015 iniciou o processo tendente a efetivar o indicado direito, sendo este o fato que a presente pesquisa, em sua essência, decidiu esclarecer. Neste ponto, invocamos uma das espécies de controle de convencionalidade para descortinar este problema, qual seja, o controle de convencionalidade por omissão. Isto, porque, é o ramo da teoria que trata da inconventionalidade declarada diante de um não agir do Estado quando está obrigado a promover ações conducentes à efetivação do direito.

Dessa forma, por ter o Estado brasileiro quedado omissos por mais de 20 anos, o instituto da audiência de custódia não pôde ser convocado ao procedimento penal interno, em razão de não possuir regulamentação que o sistematizasse. Dado isso, é perfeitamente possível concluir

que o Brasil durante todo o tempo em que não proporcionou o aludido direito aos seus nacionais, esteve incluído em uma inconvenção por omissão.

Durante o desenvolvimento desta pesquisa, demonstramos como a Corte age quando percebe uma afronta aos tratados internacionais de direitos humanos sob sua jurisdição. Enfatizamos, sobremaneira, que a intervenção da Corte é secundária, devendo ocorrer, apenas, quando o Estado violador falha ou quando esgotadas suas instâncias internas. Diante disto, exaltamos a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, seja a partir de suas próprias diligências, seja a cumprir o comando do STF na oportunidade do julgamento da ADPF 347 (em um efetivo controle de convencionalidade, a saber), pois, a partir desta iniciativa viabilizou a efetividade do direito à audiência de custódia no Brasil, bem como evitou uma intervenção da Corte.

Se, no entanto, não tivesse o CNJ empreendido no sentido de regulamentar a audiência de custódia, providenciando sua realização em todo o território nacional, poderia ter ocorrido a intervenção da Corte, que já dava sinais de insatisfação quanto a este fato, advertência que retiramos das diversas medidas provisórias contra o Brasil, tendo em uma delas, no caso do complexo de Pedrinhas, expressamente ordenado que o estado viabilizasse a audiência de custódia em todo seu território.

Na hipótese de intervenção, portanto, a Corte, após processo e julgamento do caso, declararia a inconvenção por omissão em face do Brasil com efeito construtivo, ou seja, ordenaria que o Brasil adequasse sua normativa doméstica ao que prescreve o Pacto. Desta forma, observamos o adiantar do CNJ (embora com demasiada morosidade), livrando o Brasil de mais uma condenação perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. Apresentação à 1ª edição, In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (Coord.). **Audiência de custódia: comentários à resolução 213 do conselho nacional de justiça**. 2. ed. rev. e atual. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4 ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2009.

BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional: fundamentos teóricos**. São Paulo: Manole, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. Monismo e dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, p. 180-195, 2000. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Gustavo-Binenbojm-Monismo-e-dualismo-no-Brasil.pdf>. Acesso em 17 maio 2018.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011. **PLS 554/2011**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em 10 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 5.448**. Relator Ministro Dias Toffoli. Dj: 01/03/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5448&classe=A DI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 10 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 5.240**. Relator Ministro Luiz Fux. Dj: 16/02/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5240&classe=A DI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 13 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 347**. Relator Ministro Marco Aurelio. Dj: 25/11/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 02 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343-1. Relator Ministro Cezar Peluso. DJ: 05/06/2009. **JusBrasil**, 2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp>>. Acesso em 15 maio 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em 02 jun. 2018.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CorteIDH. **Casos contenciosos**. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>

Acesso em: 02 jun. 2018.

CorteIDH. **Medidas provisionales**. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_medidas_provisionales.cfm?lang=e

>. Acesso em: 02 jun. 2018.

CIDH. **Convenção americana sobre direitos humanos**, de 22 de novembro de 1969.

Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>.

Acesso em 10 fev. 2018.

CIDH. **Regulamento da comissão interamericana de direitos humanos**, de 01 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>>.

Acesso em 30 maio 2018.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos**: a corte interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil. Curitiba: Juruá, 2008.

COMPARATO, Fabio Konder. **Fundamento dos direitos humanos**. Disponível em:

<<http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>>. Acesso em 05

fev. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Atos administrativos**: resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>.

Acesso em 10 jun. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de Custódia**. Brasília: CNJ, 2016.

Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>

>. Acesso em 06 jun. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Medidas Provisórias**. Disponível em: <

<http://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/corte-interamericana-de-direitos-humanos-corte-idh/medidas-provisorias>>.

Acesso em 31 maio 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Levantamento dos presos provisórios do país e plano de ações dos tribunais**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>.

Acesso em 02 jun. 2018.

CORREIA JUNIOR, Roberto Carlos Verissimo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro: uma análise à luz da convenção americana de direitos humanos.** João Pessoa: Ideia, 2016.

FACHINETTI, Aline Fuke. **A implementação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro.** 2016. s.n.t.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil.** São Paulo: Malheiros, 2016.

FISCHER, Douglas. O procedimento da audiência de custódia nos termos da resolução 213 do CNJ – artigo 8º, In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (Coord.). **Audiência de custódia: comentários à resolução 213 do conselho nacional de justiça.** 2. ed. rev. e atual. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.

GLASENAPP, Ricardo. **A efetivação dos direitos humanos no Brasil por meio do controle de convencionalidade a ser realizado pela Corte Internacional: um caminho a ser trilhado – A corte constitucional internacional e controle de convencionalidade no Brasil.** Disponível em: < <http://www.hottopos.com/convenit28/17-24Glaseenapp.pdf>>. Acesso em 18 maio 2018.

GLASENAPP, Ricardo. **Controle de convencionalidade por omissão: a responsabilidade do presidente da república na efetividade dos instrumentos internacionais de direitos humanos.** Curitiba: Editora Prismas, 2016.

GRECO, Rogerio. **Sistema prisional: colapso e soluções alternativas.** 4 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade.** São Paulo: Atlas, 2013.

JALES, Lycia Cibely Porto. **O controle jurisdicional de convencionalidade e a convenção internacional sobre o direito das pessoas com deficiência.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28527/o-controle-jurisdicional-de-convencionalidade-e-a-convencao-internacional-sobre-o-direito-das-pessoas-com-deficiencia>>. Acesso em 17 maio 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.** 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Liberdades**, n.17, p. 11-23. São Paulo: IBCCrim, set-dez. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade na perspectiva do direito brasileiro, In: _____; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de**

convencionalidade: um panorama latino americano. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. cap. 2, p. 57-85.

MARMELSTEIN, George. **Controle jurisdicional das omissões inconventionais**. Revista Jurídica da UNI7, Fortaleza, V. XIV, 2017, pag. 35 – 58. Disponível em: <<http://www.uni7.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/issue/view/22/v14-1>>. Acesso em 17 maio 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/618/r147-15.PDF>>. Acesso em 13 jun. 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 4 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro, In: _____; MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Controle de convencionalidade:** um panorama latino americano. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. cap. 1, p. 03-56.

OLIVEIRA, Gisele Souza de; BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; SOUZA, Sergio Ricardo de; SILVA, Willian. **Audiência de custódia:** dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (lei 12.403/2011). 3 ed. rev. atual. ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PAIVA, Caio. **Na série “audiência de custódia”:** conceito, previsão normativa e finalidades. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>>. Acesso em 04 jun. 2018.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 4 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado:** incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 8 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodvm, 2016.

RAMOS, Andre de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REZEK, Jose Francisco. **Direito internacional público**. 14 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2015.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

TRINDADE, Augusto Cançado. **Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>>. Acesso em 13 jun. 2018.

TRINDADE, Augusto Cançado. **Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI**. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>> Acesso em 05 fev. 2018.

VAZ, Paulo Junio Pereira. **Controle de convencionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.