

POLÍTICAS PÚBLICAS PROVENIENTES DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EIVADO DE MEDIDAS ESTRUTURANTES

PUBLIC POLICIES ARISING FROM CONVENTIONALITY CONTROL INCLUDED WITH STRUCTURAL MEASURES

Denise Antunes 1
Antônio César Bochenek 2

Resumo: Este artigo analisa o controle de convencionalidade de políticas públicas e o processo estrutural. Após discorrer sobre as noções afetas à convencionalidade, foi tratado sobre o controle de políticas públicas, e ainda, analisadas medidas estruturais e uma das medidas aplicadas no contexto internacional, a “de não repetição”. Empregando o método dedutivo e revisão de literatura em julgados e doutrina, o caso proveniente do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU em face da Itália foi estudado. O caso escolhido é o SC e GP versus Itália, tendo sido então analisados os fatos, direitos violados e os termos estruturantes da decisão tomada pelo Comitê, aplicando o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e afastando a lei italiana referente à fertilização in vitro. A conclusão indica que a conjugação dos dois institutos (controle de convencionalidade e medidas estruturais) segue o caminho de garantir direitos humanos.

Palavras-chave: Controle de Convencionalidade. Direitos Sexual e Reprodutivo. Processo Estrutural. Políticas Públicas.

Abstract: This article analyzes the conventionality control of public policies and the structural process. After discussing the notions related to conventionality, public policies control is addressed, and also, structural measures and one measure applied in the international context are specifically analyzed, the “non-repetition” measure. Using the deductive method and literature review in judgments and doctrine, the case of the UNs (United Nations) Economic, Social and Cultural Rights Committee, against Italy, is studied. The case that was chosen, is SC and GP versus Italy, when the facts, the violated rights and the structuring terms of the decision taken by the Committee, is analyzed by applying the International Covenant of Economic, Social, and Cultural Rights and driving away from the Italian law about IVF (in vitro fertilization). The conclusion of this article indicates that the combination of the two institutes (conventionality control and structural measures) follows the path of guaranteeing human rights.

Keywords: Conventionality Control. Sexual and Reproductive Rights. Structural Process. Public policy.

-
- 1 Mestranda em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Pós-Graduada em Direitos Humanos e Questão Social pela PUC/PR. Juíza de Direito aposentada do Tribunal de Justiça do Paraná - TJPR. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/0723475554325918>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-6466-280X> E-mail deniseantunes46@gmail.com
 - 2 Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal. Juiz Federal no Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Mestre em Direito pela Pontifícia pela PUC/PR. Foi Presidente da AJUFE - Associação dos Juizes Federais do Brasil. Autor de livros. Professor da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG) e da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0608852995858304>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6173-9368>. E-mail cesarbochenek@uepg.br

Introdução

A proposta deste estudo é inspirada nos preceitos que norteiam o Sistema de Proteção dos Direitos Humanos, surgido no contexto da internacionalização dos Direitos Humanos, com o encargo de defender e proteger juridicamente aqueles direitos previstos nos pactos, tratados e convenções de ordem internacional dentro dos países que integram o referido sistema, seja na esfera internacional, seja na esfera regional.

Sobreleva comentar que referido sistema visa à divulgação da proteção a direitos da pessoa humana a influenciar os ordenamentos jurídicos nacionais, culminando em fiscalizar quadros de violações aos direitos humanos.

Nesse cenário, exsurge o instituto do controle de convencionalidade, instrumento hábil e eficaz para salvaguardar que as normas e regras existentes em um país não afrontem os direitos humanos. Assim, passa-se a discorrer sobre o controle de convencionalidade e a tratá-lo na função de controle judicial de políticas públicas.

Entrementes, percebe-se que alguns dos comandos judiciais provenientes do controle de convencionalidade de políticas públicas são incorporados por medidas estruturais. Importa asseverar que ditos comandos valem-se de mecanismos estruturais para garantir implementações necessárias e a efetividade da decisão. Portanto, junto à explanação do processo estrutural, passou-se a tecer comentários sobre a “medida de não repetição”, que se trata de uma das medidas (determinações) contidas nas sentenças que efetua o controle de políticas públicas. Essas medidas exsurtem a fim de que o Estado evite futuras outras violações, pois, o Estado-parte pode ser condenado a adotar providências administrativas ou mesmo legislativas para prevenir violações de direitos humanos, culminando no envolvimento das políticas públicas estatais.

Para alcançar a finalidade deste estudo, empregou-se o método dedutivo e revisão de literatura em julgados e doutrina, e escolheu-se um exemplo de caso provindo do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (CDESC), cujo julgamento se refere à violação do direito à saúde, envolvendo direitos sexuais e reprodutivos, ocorrido na Itália. Não obstante esse enfoque seja dado a nível internacional, a conclusão do caso traz elementos e determinações contidas por implementações (v.g. medida de não repetição), escancarando a necessidade de se valer dos preceitos de ordem estrutural para a efetuar o controle de convencionalidade de política pública.

Ao final, adentrar-se-á nos fundamentos da decisão dada no caso nominado SC e GP vs. Itália, que envolveu o direito à saúde, mais precisamente aos direitos sexual e reprodutivo, tratando da regulação da fertilização *in vitro* e suas regras, cuja decisão de mérito do CDESC se deu no dia 7 de março de 2019.

Dentro do cenário do exercício do controle externo da convencionalidade, contaminado pelas medidas estruturais, este artigo explana as características de cada instituto e verifica se a comunhão de ambos culminará no proveito das partes envolvidas e da coletividade.

Controle de convencionalidade

O controle de convencionalidade visa à compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país. Logo, o controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, *lato sensu*, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos aderidos pelo Estado e em vigor no território nacional (Mazzuoli, 2009, p. 24).

Confrontam-se as normas nacional e internacional e, identificando a incompatibilidade entre elas, em regra, deve-se afastar a incidência da norma interna por ser de menor hierarquia. Tal procedimento se dá por meio do controle internacional ou nacional de convencionalidade.

Logo se percebe a importância do instituto, considerando se tratar de ferramenta hábil e efetiva para o zelo dos direitos humanos.

Da mesma forma que a nomeação “controle de constitucionalidade” faz referência à Constituição como parâmetro para averiguar a validade de leis e atos normativos nacionais,

a expressão “controle de convencionalidade” diz respeito ao mesmo controle, que tem como parâmetro as “convenções” internacionais de direitos humanos (acordos e tratados internacionais).

O instituto surgiu na França, em meados da década de 1970, quando o Conselho Constitucional daquele país (equivalente ao nosso Supremo Tribunal Federal) afastou sua competência para analisar a validade de uma norma interna (sobre a interrupção voluntária da gravidez) em relação à Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950 (Mazzuoli, 2018, p. 27-28).

No cenário brasileiro, infere-se certa preocupação por causa da resistência do Poder Judiciário brasileiro em aplicar o controle jurisdicional de convencionalidade e acatar as determinações providas de órgãos internacionais que exercem o controle internacional de convencionalidade. Já existe relatório científico que ratifica essa realidade, pois, sob a coordenação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), foi lançada a pesquisa intitulada “CNJ. Comportamento judicial em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: *déficit de conhecimento e aplicação das normas previstas na CADH e da jurisprudência da Corte IDH no Poder Judiciário brasileiro*”. *Tal pesquisa constatou déficit de conhecimento e aplicação da técnica de controle de convencionalidade proposta pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) como obrigatória ao Poder Judiciário nacional e, ainda, a resistência na aplicação de normas previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e da jurisprudência da Corte IDH.*

Percebe-se a seletividade e pontualidade do escasso exercício do controle de convencionalidade pelas instâncias estatais brasileiras em casos de grave violação de direitos humanos. E tal assertiva é corroborada quando se lembra do emblemático caso da apreciação da Lei de Anistia brasileira pelo STF (ADPF 153), acabando por resultar no descumprimento do dever estatal de respeito, proteção e promoção dos direitos humanos. Quanto ao julgamento da ADPF n.º 153, a maioria do STF reconheceu a validade da aludida lei, em 29 de abril de 2010, em que pese o argumento de que os atos de violação da dignidade humana não se legitimam mediante uma reparação pecuniária concedida às vítimas ou aos seus familiares. Assim, entendeu pela recepção da Lei de Anistia pela atual Constituição, tendo em vista o caráter amplo e geral desse instituto. Dentre outras justificações de somenos importância, o STF também levou em consideração que em um ‘Estado Democrático de Direito não possui o Poder Judiciário, inclusive a Corte Suprema, autorização para alterar ou conferir nova redação ou redação diversa da estabelecida Lei de Anistia’.

Em novembro do mesmo ano (2010), o Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia” vs. Brasil), foi submetido ao julgamento da Corte IDH, quando condenou o Brasil por causa do desaparecimento de integrantes da guerrilha do Araguaia durante as operações militares ocorridas na década de 1970. Frisou-se que as disposições da Lei de Anistia de 1979 são manifestamente incompatíveis com a Convenção Americana (Piovesan, 2021b, p. 487-488). Inclusive não se olvide que a Corte IDH afirmou que o Estado não efetuou o controle de convencionalidade da Lei de Anistia relativamente às disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo valor supralegal já havia reconhecido.

Diga-se, nessa oportunidade, que não é apenas o Judiciário a instituição que pode exercer o controle de convencionalidade, pois existe o “controle preventivo não jurisdicional”, o qual possibilita que qualquer das autoridades constituídas nas três esferas de Poder possa realizar o controle interno de convencionalidade a partir do confronto das normas internas (ou de suas propostas) com os tratados internacionais de direitos humanos, ratificados e vigentes no Brasil. Nesse cenário, passam a coexistir, dentro do cenário nacional, um controle preventivo e um controle jurisdicional de convencionalidade (Marques, 2021). Além dos juízes e tribunais, é possível que esse controle seja feito pelas autoridades administrativas.

No Brasil, o assunto passou a tomar dimensão no cenário jurídico a partir da Emenda Constitucional 45, de 2004, ainda que o assunto fosse tratado na doutrina há algum tempo. Por sua vez, o tema começou a ser levado em consideração pelo Supremo Tribunal Federal, quando ainda não havia se falado diretamente sobre o controle de convencionalidade naquela Corte, mas apenas de conflito entre tratados. Como exemplo de análise indireta, pode ser citado o Recurso Extraordinário 466.343-1/SP (de 03/12/2008), quando restou assentada a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos na qual se discutia a questão da prisão civil por dívida nos contratos de alienação fiduciária em garantia (Mazuolli, 2009, p. 34). No RE 466.343-1/SP, o Supremo Tribunal

Federal posicionou-se pela inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, pois o Pacto de San José da Costa Rica (CADH), bem como do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, afastam qualquer hipótese de prisão civil por dívidas, ressalvando-se a do devedor de alimentos.

Imprescindível citar que, no caso da experiência nacional, as duas vias de controle se deram em épocas diferentes. O Poder Judiciário, na tarefa de fazer o controle de convencionalidade, desenvolve tal função na maneira concentrada, quando, praticado pela Corte Maior (Supremo Tribunal Federal), e na maneira difusa, ocorrer a execução do controle por qualquer outro tribunal ou juiz interno (além do próprio STF), que poderá agir de ofício, inclusive, no julgamento de casos concretos. Quanto ao controle difuso, portanto, é feito por qualquer juiz de primeiro grau ou tribunal (além do próprio STF), pois, afasta-se a aplicação da lei ou do ato normativo, preservando a supremacia do Tratado ou Convenção, inclusive não importando se a lei é precedente ou posterior a EC 45 (Barreto, 2021, p. 111).

Nota-se que o controle de convencionalidade “difuso” existe no direito brasileiro desde a promulgação da Constituição de 88 (§ 2º do art. 5º) e desde a entrada em vigor dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Por sua vez, o controle de convencionalidade “concentrado” surgiu apenas em 08 de dezembro de 2004, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 e incorporação do § 3º no artigo 5º da CF (Mazzuoli, 2009, p. 50).

Por certo, o controle de convencionalidade possui respaldo legal constitucional adequado para a atuação judicial e inclusive fundamentos de ordem internacional, autorizando a aplicação do referido controle. Dessa maneira, com o surgimento da Emenda Constitucional 45/2004, além de outras mudanças, houve o ingresso de dois parágrafos no art. 5º da CF (§§ 3º e 4º), e tais comandos acrescentaram a possibilidade de se realizar o controle de convencionalidade das leis, no cenário brasileiro. Na esfera internacional, tem-se fundamentação para aplicação do instituto no Brasil, quais sejam: o Pacto de San José da Costa Rica (CADH, arts. 1.1 e 2) e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (arts. 26 e 27), além de julgados provindos da Corte Interamericana dos Direitos Humanos.

Assim, há clamor pela implementação mais efetiva do controle de convencionalidade se justifica no cenário hodierno em que se estabelece a ampliação do protagonismo do Poder Judiciário. Tal fator é genuíno da jurisdição constitucional, cuja figura da judicialização (da política) implica a transferência de questões de grande repercussão social, política, ou moral aos órgãos do Poder Judiciário.

Nesse passo, admite-se que o exercício do controle jurisdicional de convencionalidade (tanto o de matriz nacional, como o de matriz internacional), seja entendido como um “agir” político no âmbito judiciário (ao lado da jurisdição constitucional). A percepção da atividade política se dá a partir da atitude interpretativa dos magistrados, voltada a promover o bem-estar do cidadão e da coletividade, cujo instrumento utilizado é (também) o controle de convencionalidade.

Exercendo o referido controle, o Poder Judiciário atua politicamente, pois a intervenção jurisdicional é voltada à fiscalização da validade das leis e atos normativos nacionais em relação às convenções internacionais protetivas de direitos humanos. Ou seja, esse controle propicia o conhecimento das regras de ordem internacional acerca dos direitos humanos (e enaltece o “dever de proteção”) e visa sempre atender os princípios constitucionais calcados na dignidade da pessoa humana e aqueles referentes aos direitos fundamentais, sociais, econômicos e culturais. Diga-se, desde já, que a intervenção jurisdicional, nesse sentido, engloba as políticas públicas, como se verá no decorrer deste artigo.

Esclarece o autor André de Carvalho Ramos (2021, p. 587-591) que existem duas espécies de controle de convencionalidade: a internacional e a nacional.

O controle de matriz internacional é realizado pelas Cortes Internacionais (órgãos internacionais), cuja finalidade é complementar a proteção oferecida internamente. Dito controle constitui a competência, atribuída a um tribunal internacional, para decidir se os Estados-partes, por meio de suas normas e atos, violaram ou não o direito convencional, podendo responsabilizá-los na esfera internacional. É prolatada decisão declarativa e/ou condenatória. Evita que os próprios Estados sejam, ao mesmo tempo, “fiscais e fiscalizados”, pois são atribuídos a julgadores independentes (Alcalá, 2013).

Lembra-se que, no controle internacional, o parâmetro de confronto é a norma internacional

(material controlante), e o objeto a norma interna (material controlado).

Sobre o controle de matriz nacional, o Judiciário realiza o exame da compatibilidade do ordenamento interno diante das normas internacionais incorporadas e, para tanto, faz-se de forma difusa ou concentrada. Analisada a compatibilidade entre as leis (e atos normativos) nacionais e os tratados internacionais de direitos humanos e, conforme o caso, declara a invalidade do material controlado (qualquer norma jurídica interna - lei, decreto, regulamento, portaria, resolução).

Figura 1. Organograma sobre o Controle de Convencionalidade.



Fonte: Elaborada pelos autores (2023).

Controle de convencionalidade de políticas públicas

No meio acadêmico, vários temas são abordados no contexto do controle judicial de políticas públicas, diante da excepcionalidade da prestação jurisdicional em casos tais, pois envolvem questões acerca da legitimidade da atuação do Poder Judiciário na seara de matérias administrativas. Tal problemática possui debate acadêmico intenso, considerando que as políticas públicas são conduzidas pelo Estado em prol da sociedade, ou seja, tais políticas partem dos planos e programas que orientarão a ação do Poder Executivo, cuja interferência possui conotação excepcional.

Sobreleva frisar que, na contemporaneidade, o Poder Judiciário é a instituição que tem sempre a última voz. Percebe-se, com certa frequência, que as questões antes resolvidas somente no campo político, hoje se transformam em demandas judiciais, gerando a chamada “judicialização da política”.

Segundo Moraes e Brum (2016, p. 66), a judicialização da política é nomeada também como “judicialização do cotidiano”. Há, portanto, a percepção da transposição do debate político para o interior do Sistema de Justiça, seja por causa da ampliação do acesso à justiça, seja por causa do déficit da satisfação em torno dos assuntos políticos ou das políticas públicas. Deve, portanto, imperar a tendência mundial em admitir que o Estado contemporâneo tem a obrigação de zelar pela condição humana, fulcrado no princípio da dignidade e, pois, garantir o acesso aos bens necessários a uma existência digna. Nesse contexto, espera-se que, na esfera judiciária, concentrem-se atuações e decisões em ressonância com as práticas da vida, sob pena do Poder Judiciário perder a legitimidade para o controle jurisdicional (Moraes; Brum, 2016, p. 66).

De toda sorte, exaltando a atividade política na atuação de julgar, sabe-se que pode ocorrer o exercício do “controle de convencionalidade de políticas públicas”. Inclusive, tal enfoque é abordado na obra “Controle de convencionalidade de políticas públicas”, dos juristas Felipe Dalenogare Alves e Mônia Clarissa Hennig Leal (2021).

Nessa esteira, a expansão do “agir” do Poder Judiciário firma-se respaldado no novo constitucionalismo e na jurisdição constitucional. Sobre esse assunto, aponta-se verificar Barroso (2021, p. 242 e 257), o qual resume que o novo direito constitucional indica o constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica, gerando a percepção de que o neoconstitucionalismo é tido como produto do reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito. Ainda sobre a pauta, pode-se invocar teorias constitucionais que envolvem as relações entre os Estados e suas Cortes Supremas e as organizações internacionais de direitos humanos, mormente porque nessa área se está diante de uma multiplicidade de normas.

Sobreleva anotar que, no contexto da multiplicidade de normas, nem sempre a norma internacional pode ser a mais benéfica. Ou seja, impõe-se analisar a realidade apresentada e avaliar os vários ordenamentos jurídicos que se apresentam a dirimir o caso concreto, a fim de escolher aquela que será a que melhor atender a proteção à dignidade da pessoa humana e, em plano material, deverá prevalecer aquela que tutelar determinado direito de forma mais ampla ou menos restritiva, em detrimento daquela que assim não o faça (Conci; Gerber; Pereira, 2018, p. 107). Infere-se que deve ser aplicada sempre a norma que melhor atenda a proteção dos direitos humanos envolvidos, com a superação do modelo hermenêutico vertical-hierarquizado. Adota-se, portanto, o princípio *pro homine* (ou *pro persona*).

A partir dessa ideia, o Poder Judiciário pode se valer dos múltiplos sistemas de proteção dos direitos humanos, inclusive para efetuar o controle judicial de políticas públicas, adentrando na esfera dos direitos sociais (mais especificamente do direito à saúde) e, assim, por exemplo, cogitar o controle jurisdicional de convencionalidade de políticas públicas. Neste artigo se fará, como parâmetro, a análise das medidas estruturantes e das medidas “de não repetição” (aplicadas por órgão internacional).

Medidas estruturais e medidas de não repetição

As medidas estruturais são provenientes do “processo estrutural”, instituto que a academia brasileira veio aderir aos estudos estadunidenses, origem da matéria.

Para uma visão do instituto e segundo análise de Bochenek (2021, p. 159), em linhas gerais, o processo estrutural caracteriza-se por alguns pontos, entre eles, levar ao Judiciário um problema estrutural em estado de desconformidade e ter como mote objetivar a transição desse estado, uma reestruturação, para remover a situação de desconformidade, mediante implementação de decisões (incluindo programa ou projeto de reestruturação).

Ao tempo em que se estabelece a informação de que ainda não há legislação processual brasileira específica sobre o processo estrutural, Bochenek (2021, p. 157-158) traz à tona decisões do Superior Tribunal de Justiça, que admitiu a possibilidade de demanda processual estrutural, inclusive em casos de definição de políticas públicas por meio do controle judicial, como, por exemplo, ocorreu no julgamento do Recurso Especial n. 1.733.412/12. Julga-se também oportuno aqui citar a referência feita por Bochenek (2021, p. 160), acerca do Projeto de Lei n. 8.058/2014, com o objetivo de regulamentar o processo especial para controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, no qual constam ponderações a respeito de um novo modelo prestacional de jurisdição que, em muitos aspectos, apresenta os valores e critérios das demandas estruturais.

O voto relatado pelo Ministro Og Fernandes, em setembro de 2019, adentrou no assunto referente às demandas estruturais e políticas pública, quando analisou decisão genérica de impossibilidade de intervenção judicial nas falhas de prestação do serviço de saúde, para determinar o retorno dos autos ao juízo, a fim de dar andamento ao litígio estrutural. O caso tratava da dificuldade de um hospital em se valer de políticas públicas tangentes à saúde. Posteriormente, no mesmo sentido, decidiu o STF, no voto do ministro Roberto Barroso, sendo objeto o Tema 689.

Frisa-se, então, que os casos tratam de litígios estruturais, nos quais são averiguados os “estados de desconformidades” de políticas públicas, coadunam com o exemplo que será tratado no presente artigo, mas daí referente à decisão proferida na seara do controle de convencionalidade (de políticas públicas).

Outro ponto importante, é que, sendo analisado o litígio estrutural proveniente de violações de direitos humanos perante as Cortes Internacionais, exsurge também a possibilidade dessas cortes em determinar medidas “estruturantes”. Ou seja, de ordem geral (efeitos *erga omnes*), como, por exemplo, indicar medidas a serem tomadas pelo Estado-parte a fim de garantia a não repetição, impedindo violações semelhantes no futuro.

Ditas medidas exsurtem a fim de que o Estado evite futuras outras violações; ou seja, consistem em obrigações ao Estado condenado no sentido de adotar medidas administrativas ou mesmo legislativas para prevenir outras violações de direitos humanos, culminando no envolvimento das políticas públicas estatais.

A medida de “não repetição”, por sua vez, faz parte de um conjunto de medidas, cujo intuito propõe a “reparação integral”.

Nos moldes preconizados pela Corte Internacional de Justiça, segundo Ramos (2004, p. 253), priorizou-se a *restitutio in integram* (ou seja, almeja-se o retorno ao *status quo ante*) ou então, ainda, menciona-se a adoção do princípio da reparação integral.

Assim, quando do julgamento do caso, várias são as medidas voltadas à reparação integral, as quais só podem ser afastadas em caso de impossibilidade absoluta de cumprimento. Além das reparações de ordem moral e material (indenizações), atente-se que são várias as formas de reparação, cujo termo reparação é considerado gênero, contando com as várias espécies, indicadas por Ramos (2004, p. 251) como sendo, por exemplo, a restituição na íntegra, satisfação, cessação do ilícito e garantias de não-repetição.

Piovesan (2021b, p. 211, 2021a, p. 209-218), ao comentar sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos (também aplicável às Cortes Internacionais de ordem global) e dentro do enfoque da reparação integral, indica que a referida Corte estabelece medidas de “restituição, reabilitação, satisfação e não repetição”. Além disso, determina a obrigação do Estado de “investigar, processar e punir” os responsáveis pela violação e compensar as vítimas.

Ainda sob o escólio doutrinário de Piovesan (2021a, p. 215-217), as medidas de não repetição podem ser inclusive medidas de adequação da legislação interna aos parâmetros convencionais, pois quando uma lei contraria as normas internacionais de direitos humanos, o tribunal exige que o Estado anule, reforme ou revogue a lei convencional.

O Quadro 1 traz exemplificações desses conceitos.

Quadro 1. Formas de reparação

RAMOS	PIOVESAN	EXEMPLOS - CASOS CORTE IDH
RESTITUIÇÃO NA ÍNTEGRA	RESTITUIÇÃO (forma prioritária de reparação)	Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua, de 2001, exemplo emblemático. Ordenou: (a) Estado deve adotar medidas legislativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias, para criar mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação das propriedades das comunidades indígenas; (b) abster-se de realizar atos que possam levar a que os agentes do próprio Estado, ou terceiros que atuem com sua aquiescência ou sua tolerância, prejudiquem a existência, o valor, o uso ou o gozo dos bens localizados na zona geográfica onde habitam e realizam suas atividades os membros da Comunidade; (d) reparação total para os membros da Comunidade; (e) apresentar à Corte IDH, a cada seis meses, relatório sobre as medidas tomadas para dar-lhe cumprimento.

SATISFAÇÃO	SATISFAÇÃO	Caso Barbosa de Souza e Outros vs. Brasil, de 2021. Ordenou ato reconhecimento responsabilidade internacional em relação aos fatos do caso de feminicídio; e referido evento pode inclusive ser realizado na Assembleia Legislativa da Paraíba, sempre que assim o desejem as vítimas.
X	REABILITAÇÃO	Caso Barbosa de Souza e Outros vs. Brasil, de 2021. Medida que ofereça atenção adequada aos padecimentos médicos, psicológicos ou psiquiátricos sofridos pela mãe da vítima, e ordena ao Estado pagar uma soma de dinheiro para que a senhora M.B.S. possa custear os gastos dos tratamentos que sejam necessários.
CESSAÇÃO DO ILÍCITO	X	Caso Loayza Tamayo vs. Peru, de 1997. A Corte IDH decidiu pela libertação da professora Maria H. L. Tamayo em prazo razoável. Ela foi detida arbitrariamente durante o governo de Fugimori, após o golpe em abril de 1992.
GARANTIAS DE NÃO REPETIÇÃO	NÃO-REPETIÇÃO	Caso Barbosa de Souza e Outros vs. Brasil, de 2021. Criação e implementação de: (a) sistema nacional e centralizado de recopilação de dados que permita a análise quantitativa e qualitativa de fatos de violência contra as mulheres (de mortes violentas); (b) plano de formação, capacitação e sensibilização continuada para as forças policiais de investigação e para operadores de justiça da Paraíba, com perspectiva de gênero e raça; (c) levará a cabo uma jornada de reflexão e sensibilização sobre o impacto do feminicídio, da violência contra a mulher e da utilização da figura da imunidade parlamentar; (d) protocolo nacional para a investigação de feminicídios.

Fonte: Ramos (2004, p. 252); Piovesan (2021a, p. 211); Caso Barbosa de Souza e Outros vs. Brasil (Corte IDH, 2021); Caso Loayza Tamayo vs. Peru (Corte IDH, 1997); e Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua (Corte IDH, 2001).

Em esclarecimento à citação na indicação de fontes do Quadro 1, relativa ao Caso Barbosa de Souza, este ocorreu em João Pessoa, Paraíba, e trata do feminicídio de Márcia Barbosa de Souza. O acusado era o então deputado estadual Aécio Pereira de Lima e o caso versa sobre a responsabilidade internacional do Brasil por violações ao direito de acesso à justiça da mãe e do pai de Márcia, bem como da obrigação de investigar o crime com a devida diligência estrita requerida e dentro de um prazo razoável. A Corte considerou verossímil que o homicídio da vítima tenha sido cometido por razões de gênero, especialmente em razão da situação assimétrica de poder econômico e político, com respeito a seu agressor homem, além do estado no qual seu corpo foi encontrado — em um terreno baldio — com vestígios de areia, o que indicava que, possivelmente, havia sido arrastado, com marcas de agressões, escoriações na região frontal, nasal e labial,

hematomas distribuídos no rosto e nas costas, e com marcas de que havia sido submetida a uma ação compressiva no pescoço (Corte IDH, 2021).

Importante mencionar que outra medida de não repetição bastante comum na jurisprudência interamericana é a capacitação de funcionários públicos. Por exemplo, a Corte requer que o Estado treine policiais militares, juízes, promotores, agentes penitenciários, dentre outros, visando as capacitações devidas. Piovesan (2021a, p. 217) continua e indica que, além da adequação legal e da capacitação de funcionários públicos, a Corte usualmente determina a realização de outras ações para garantir a não repetição das violações (essas medidas são bastante diversas e respondem às demandas das vítimas e as sugestões da comissão).

Caso emblemático e bastante conhecido exsurge da Lei n. 11.340 (Lei Maria da Penha), criada após elaboração de relatório pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, aprovada em 19 de outubro de 2000. O relatório continha recomendações feitas pelo órgão ao Estado brasileiro, que passavam pela adoção de medidas de investigação e reparação à vítima Maria da Penha, e estruturantes medidas voltadas à mudança de leis e políticas públicas, incluindo capacitação e sensibilização de servidores.

Aliás, envolvendo o cenário internacional, Kluge e Vitorelli (2022, p. 301-327) ofertam a análise do processo estrutural no âmbito do sistema interamericano (um dos integrantes dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos), com o intuito de demonstrar a receptividade do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, em sua esfera jurisdicional, ao processo estrutural. Para tal intento, utilizam o exemplo do caso *Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala*, julgado no final de 2018, o qual tratou da responsabilidade internacional do Estado pela violação de diversos direitos humanos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos. O caso considerou prejuízo de 49 pessoas diagnosticadas com o vírus HIV (das quais 15 faleceram) e seus familiares, em virtude da falta de atenção médica a referido grupo nos anos anteriores a 2006/2007, prestação deficiente de serviços de saúde posteriormente a esse período e falta de proteção judicial. Várias foram as diligências no decorrer do processo, quando o Tribunal condenou o Estado ao cumprimento de medidas de satisfação, reabilitação, e indenizações e, da mesma forma que será aqui dado deferência, as garantias de não repetição.

O histórico da demanda, desde 1998, mostra que, entre outras determinações judiciais, eram necessárias várias implementações, como a criação de um mecanismo para garantir a acessibilidade, disponibilidade e qualidade dos antirretrovirais, exames, e serviço de saúde para a população com HIV, e garantir tratamento médico adequado às mulheres grávidas que vivem com HIV. Ou seja, ditos comandos judiciais são estruturais.

Após fazer o paralelo entre as fases seguidas no processo (incluindo a decisão tomada pela Corte IDH) com as características do processo estrutural, Kluge e Vitorelli (2022, p. 325) concluíram que restou demonstrado que “os processos estruturais constituem um dos caminhos para a promoção e tutela dos direitos mínimos dos seres humanos”.

Pontue-se que os casos referidos acima (*Maria da Penha* e *Cuscul Pivaral* – envolvendo casos de HIV), tratam do direito à saúde, cuja amplitude envolve, dentre outros, assuntos referentes ao gênero e orientação sexual, e questões reprodutivas.

Nessa esteira, e conforme o intuito deste trabalho, está analisada a atuação do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (CDESC) no caso escolhido, quando o órgão exerceu o controle de convencionalidade, narrando sobre o direito à saúde sexual e reprodutiva.

O referido controle é instrumento à disposição das Cortes Internacionais e do Poder Judiciário de cada país, a fim de respeitar os padrões mínimos de proteção dos direitos humanos, remetendo à ideia de que a conjunção dos assuntos ou institutos de natureza distintas (controle de convencionalidade e processo estrutural) é voltada, no final das contas, a resolver as questões à vista do princípio da dignidade humana.

Caso julgado pelo comitê dos direitos econômicos, sociais e culturais da ONU: caso SC e GP VS. Itália

Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU

O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (CDESC) foi instituído em 1985 pelo Conselho Econômico e Social da ONU – ECOSOC - pela Resolução 17/1985, com as funções de garante do PIDESC. Em 1988, quando da realização da segunda sessão do Comitê, exsurgiu o estabelecimento da legitimidade do CDESC como intérprete legítimo do PIDESC, o que passou a exercer por meio dos chamados “Comentários Gerais” (CG) (Alves; Leal, 2021, p. 125-127).

De suma importância pontuar que o Comitê dos DESC, além de realizar a interpretação e a supervisão dos tratados internacionais (efetuando um sério trabalho técnico e jurídico), teve seu papel ampliado no ano de 2009 (mas com vigência a partir de 2013), por meio do Protocolo Facultativo ao PIDESC. Este concedeu ao Comitê a possibilidade de processar e julgar comunicações encaminhadas por Estados-partes, pessoas e grupos de pessoas, das quais resultam decisões que contém não apenas recomendações para o caso concreto sob análise (*inter partes*), mas também de ordem geral (*erga omnes*).

Como toda e qualquer Corte Internacional de Direitos Humanos (seja no âmbito global, seja no âmbito regional), podem emanar medidas visando aos Estados-partes violadores dos direitos humanos (medidas vistas na tabela supra), a obrigação de reparar danos decorrentes da quebra de compromissos internacionais, sendo dita obrigação tida como princípio do direito internacional (Piovesan, 2021a, p. 209).

Direito à Saúde Sexual e Reprodutiva

Antes, é relevante anotar conceitos sobre os chamados direitos sexuais e direitos reprodutivos. Por curial, tão bem se sabe que o assunto enseja até mesmo artigo próprio acerca de sua importância e dimensão.

Associado ao movimento feminista, priorizam-se duas questões fundamentais, quais sejam, garantias voltadas para a saúde e a autonomia de todas as pessoas. Sobreleva lembrar que a agenda que envolve questões de saúde e liberdade individual enfrenta resistência religiosa e conservadora, fortificando sua importância.

De início, as normas e regras internacionais têm buscado definir e sistematizar os chamados direitos sexuais. Segundo Gomes (2021), dentre os mais importantes, estão os princípios de Yogyakarta sobre orientação sexual e identidade de gênero, redigidos e aprovados por um conjunto de 29 especialistas, mais a declaração da organização não governamental *International Planned Parenthood Federation*, e a Declaração sobre Direitos Sexuais da *World Association for Sexual Health* de 2014.

Ainda sobre os princípios de Yogyakarta, constituem um documento sobre DDHH, das áreas de orientação sexual e identidade de gênero, publicado em novembro de 2006, quando da reunião internacional de grupos de direitos humanos na cidade de Joguejacrta (em indonésio: Yogyakarta), na Indonésia. Os princípios foram complementados em 2017, expandindo-se para incluir mais formas de expressão de gênero e características sexuais, além de vários novos princípios; e com essa extensão surgiu um conjunto de preceitos destinados a aplicar os padrões da Lei Internacional dos DDHH, ao tratar de situações de violação dos DDHH da comunidade LGBTQIAP+.

De acordo com os referidos documentos mais importantes sobre o tema, os direitos sexuais se definem pelo seu objeto – a sexualidade e a identidade de gênero. E sob os ensinamentos trazidos por Gomes (2021), extrai-se o seguinte:

Os direitos que sobre ele incidem são muitas vezes direitos já consagrados nas constituições e nos tratados internacionais de direitos humanos. Nesse sentido, a declaração da IPPF afirma que “os direitos sexuais são compreendidos por um conjunto de direitos relacionados à sexualidade que emanam dos direitos à liberdade, igualdade, privacidade, autonomia, integridade e dignidade de todas as pessoas”. A conhecida definição de trabalho da Organização Mundial da Saúde (OMS), de 2002, prevê, por sua vez, que “Os direitos sexuais

abarcam certos direitos humanos que já estão reconhecidos em tratados de direitos humanos internacionais e regionais, baseados em documentos de consenso e encontrados no direito doméstico.

Sobreleva mencionar que o Ministério da Saúde brasileiro (Brasil, 2009) estabelece que os direitos sexuais consistem no Direito de viver e expressar livremente a sexualidade, sem violência, discriminações e imposições e com respeito pleno pelo corpo do(a) parceiro(a), e ainda outros direitos (por exemplo, de escolher o(a) parceiro(a) sexual; de viver plenamente a sexualidade sem medo, vergonha, culpa e falsas crenças; de viver a sexualidade independentemente de estado civil, idade ou condição física; de escolher se quer ou não quer ter relação sexual; de expressar livremente sua orientação sexual: heterossexualidade, homossexualidade, bissexualidade, entre outras). Frisasse que nesse conjunto é dito também que existe o direito de ter relação sexual independente da reprodução, além do direito ao sexo seguro para prevenção da gravidez indesejada e de DST/HIV/AIDS.

De acordo com o escólio doutrinário de Gomes (2021), embora os direitos sexuais se comuniquem com os direitos reprodutivos, com eles não se confundem. Atesta Gomes (2021) que pode haver sexualidade sem reprodução, por exemplo, com uso de métodos anticoncepcionais, no caso de relações entre pessoas do mesmo sexo ou, ainda, de pessoas que, por alguma razão, não possam individual ou conjuntamente conceber. Mais uma hipótese do direito sexual não se confundir com o direito reprodutivo, é a referente à reprodução sem sexualidade, realizada por meio de técnicas de reprodução assistida.

Na visão do Ministério da Saúde brasileiro (Brasil, 2009), os direitos reprodutivos envolvem o consentimento das pessoas, pois indicam o direito dos indivíduos de decidirem, de forma livre e responsável, se querem ou não ter filhos, quantos filhos desejam ter e em que momento de suas vidas. Direito a informações, meios, métodos e técnicas para ter ou não ter filhos. Direito de exercer a sexualidade e a reprodução livre de discriminação, imposição e violência. Por certo, é nessa seara que se inclui o direito concernente às fertilizações *in vitro*.

Em suma, pode-se dizer que os direitos sexuais são, portanto, direitos relacionados à sexualidade e à identidade de gênero, independentemente de qualquer dimensão reprodutiva.

Nada obstante, ambos os enfoques adentram, em certas situações, no direito à saúde, como bem maior estabelecido em todas as Constituições e tratados de ordem internacional.

Caso SC e GP vs. Itália

Como exemplo do assunto tratado, abrangendo o controle de convencionalidade de políticas públicas realizado pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (CDESC), escolheu-se o caso SC e GP vs. Itália, que envolveu o direito à saúde (direito à saúde sexual e reprodutiva) e, mais especificamente, tratou da regulação da fertilização *in vitro* e suas regras na Itália, cuja decisão de mérito do CDESC se deu no dia 7 de março de 2019. Acrescenta-se que a escolha do caso foi inspirada na obra de Alves e Leal (2021, p. 202-207).

Colhendo informações diretamente da decisão tomada pelo CDESC (ONU, CDESC, 2019), constatou-se que, segundo a notificação n. 22/2017 apresentada ao Comitê, os fatos dão conta que, em 2008, os interessados SC e GP visitaram uma clínica privada na Itália especializada em tecnologia de reprodução assistida para procurar assistência para conceber um filho. Então, solicitaram à clínica que pelo menos seis embriões fossem submetidos a diagnóstico genético pré-implantacional para identificar possíveis “distúrbios genéticos” e que os embriões com tais distúrbios não fossem transferidos para o útero de SC. A clínica respondeu que tal pedido não era autorizado pela Lei 40/2004, a qual limitava a três o número de embriões a serem produzidos durante um ciclo de fertilização *in vitro*; e inclusive proibiu o diagnóstico genético pré-implantação. A clínica acabou determinando a transferência simultânea para o útero de todos os embriões, independentemente da sua viabilidade ou doenças genéticas, e proibiu a criopreservação de embriões (ONU, CDESC, 2019).

No entanto, ao longo dos anos, o âmbito da lei foi reduzido por uma série de decisões do

Tribunal Constitucional, que considerou partes dela incompatíveis com a Constituição da Itália e com a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia sobre Direitos Humanos). Por esse motivo, os interessados moveram uma ação contra a clínica perante o Tribunal de Florença (*Tribunale di Firenze*), sendo que, em 12 de julho de 2008, o Tribunal emitiu medidas provisórias: ordenou que a clínica realizasse o diagnóstico genético pré-implantacional e remeteu o assunto ao Tribunal Constitucional para decisão. Imperativo mencionar que, enquanto se aguardava a decisão sobre a constitucionalidade da Lei 40/2004, apenas foram produzidos três embriões, e o diagnóstico genético pré-implantacional revelou que todos os três embriões foram afetados por múltiplos osteocondromas hereditários, inviabilizando a transferência para o útero de SC (ONU, CDESC, 2019).

Na sequência, constata-se que, em 8 de maio de 2009, o Tribunal Constitucional declarou inconstitucionais os artigos 14.2 e 14.3 da Lei 40/2004, na medida em que o artigo 14.2 impõe a criação de um máximo de três embriões por ciclo de fertilização *in vitro* e o dever de transferir todos eles simultaneamente no útero. Também, o artigo 14.3 não prevê que a transferência dos embriões deva ser feita sem prejuízo da saúde da mulher.

Em outubro de 2009, os interessados tentaram um segundo ciclo de fertilização *in vitro* na mesma clínica, quando então foram produzidos dez embriões. No relato consta que, por razões técnicas, o diagnóstico genético pré-implantação só pôde ser realizado em seis dos dez embriões, e apenas um dos seis embriões diagnosticados foi considerado livre de osteocondromas múltiplos hereditários, contudo, foi classificado como “qualidade média”, com baixa chance de evolução se transferido para o útero. A mulher interessada (SC) recusou-se a transferir o embrião de “qualidade média” para o seu útero. Contudo, a clínica insistiu que, de acordo com o seu entendimento da Lei 40/2004, o consentimento para a transferência de embriões para o útero só pode ser revogado antes de a fertilização ter ocorrido e, inclusive, os interessados afirmam que houve ameaça contra SC com uma ação judicial se ela insistisse em não transferir o embrião. Consta que os outros nove embriões foram criopreservados, quando então os interessados solicitaram que a clínica entregasse os embriões criopreservados afetados por osteocondromas múltiplos hereditários ou não testáveis, para doá-los para uso em pesquisas científicas. No entanto, mais uma vez, a clínica recusou o pedido dos autores, sustentando que o artigo 13 da Lei 40/2004 proibia a investigação em embriões (ONU, CDESC, 2019).

Em 30 de março de 2012, os interessados moveram uma ação judicial contra a clínica e o Estado-parte, representado pelo Presidente do Conselho de Ministros, perante o Tribunal de Florença. Em dezembro de 2012, o Tribunal de Florença encaminhou a questão para o Tribunal Constitucional, o qual foi chamado para averiguar com urgência a questão referente à revogação do consentimento antes da fertilização e referente à proibição de pesquisas com embriões. O Tribunal Constitucional julgou improcedente o pedido em 22 de março de 2016 e, entre os argumentos utilizados, declarou que o legislador era a autoridade apropriada para definir tais questões, e não o judiciário.

Considerando que esgotaram todos os recursos internos, uma vez que a decisão do Tribunal Constitucional é final e não está sujeita a recurso, os interessados seguiram para o CDESC, argumentando, em síntese, que o Estado-parte violou o direito dos mesmos, nos termos do artigo 15 (1) (b) do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, PIDESC, 1966), de usufruir dos benefícios do progresso científico e das suas aplicações. Argumentaram ainda que, ao proibir a investigação em embriões, a Lei 40/2004 interfere no progresso científico, retardando a procura da cura para diversas doenças, o que, alegam os autores, constitui uma violação do seu direito de usufruir dos benefícios do progresso científico e das suas aplicações. Ainda, em petição bastante fundamentado, alegaram que a proibição violou o seu direito de participar em pesquisas científicas (ONU, CDESC, 2019).

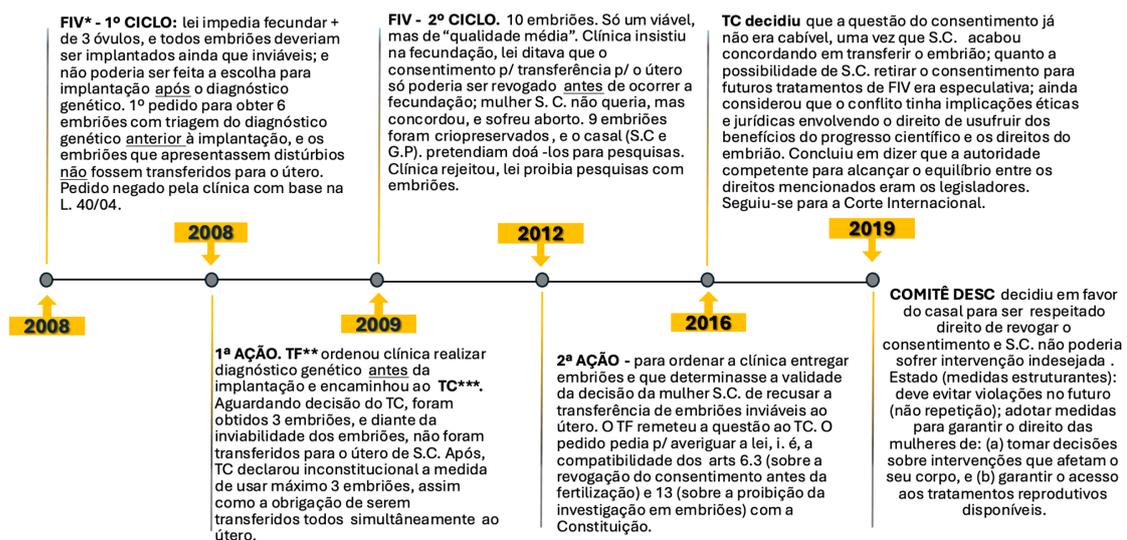
Antes do julgamento realizado pelo CDESC, foi decidido acerca do juízo de admissibilidade do pedido e declarou-se ser inadmissível a alegação de que a proibição de doar os embriões violou os direitos dos interessados, mas decidiu que o Estado tem a obrigação de proporcionar recurso eficaz que inclua: a) o estabelecimento de condições apropriadas para que os interessados possam exercer o seu direito de acesso aos tratamentos de fertilização *in vitro*, com a garantia de que respeitarão o seu direito de revogar seu consentimento para recebê-los; b) a proteção de S.C.

contra qualquer intervenção médica indesejada e o respeito pelo seu direito de tomar decisões livres em relação ao seu próprio corpo; c) a concessão de indenização adequada a S.C. pelos danos físicos, psicológicos e morais sofridos; e d) o reembolso dos custos legais razoavelmente incorridos pelos autores no processamento da denúncia.

Ainda quanto às recomendações gerais, determinou que as reparações no contexto das comunicações individuais podem incluir garantias de não repetição e que o Estado tem a obrigação de evitar violações semelhantes no futuro; e ainda o Estado deve garantir que a sua legislação e a sua implementação estão de acordo com as obrigações estabelecidas no Pacto. O Estado, além disso, deve adotar medidas legislativas e/ou administrativas adequadas para garantir o direito de todas as mulheres de tomar decisões livres sobre intervenções médicas que afetam o seu corpo, garantindo, em particular, o seu direito de retirar o seu consentimento à transferência de embriões para o seu útero, adotar medidas adequadas para garantir o acesso a todos os tratamentos reprodutivos normalmente disponíveis e permitir que todas as pessoas retirem o seu consentimento à transferência de embriões para procriação, garantindo que todas as restrições ao acesso a tais tratamentos cumpram os critérios estabelecidos no Pacto (ONU, CDESC, 2019).

Segue a Figura 2, com a linha do tempo dos acontecimentos sintetizada.

Figura 2. Linha do tempo dos acontecimentos



(*) FIV. Fecundação in vitro. Reprodução assistida. (**) Tribunal de Florença. (***) Tribunal Constitucional da Itália.

Fonte: elaborada pelos autores (2023).

Seguindo para a análise do julgamento, extrai-se da decisão que o Comitê alertou que os interessados apresentaram seus pleitos com fundamentos jurídicos bastante distintos, como se percebe do seguinte trecho:

6.11 O Comitê observa que os autores apresentam duas reivindicações diferentes com fundamentos jurídicos muito diferentes. A primeira alegação é que o seu direito à saúde foi violado porque a mulher foi obrigada a transferir para o seu útero um embrião com poucas possibilidades de nidificação, contra a sua vontade, e acabou por sofrer um aborto espontâneo. Argumentam também que a incerteza criada pela lei sobre se o consentimento para a transferência pode ser retirado após a fertilização os impede de tentar engravidar novamente através de um procedimento de fertilização *in vitro*, violando assim o seu direito saúde e à constituição de uma família. Em relação a esta alegação, o Comitê considera que os autores fundamentaram suficientemente que podem

ser vítimas de uma violação dos direitos consagrados no Pacto (grifos nossos) (ONU, CDESC, 2019).

Destaca-se outro trecho do item 7.4 antes de adentrar no mérito:

À luz da conclusão do Comitê sobre os factos relevantes e sobre as alegações feitas pelos autores, a comunicação levanta duas questões centrais: se a transferência de um embrião para o útero de SC sem o seu consentimento constituía uma violação do seu direito à saúde; e se a incerteza criada pela lei sobre o consentimento para a transferência de embriões pode ser retirado após a fertilização constitui uma violação do direito dos autores ao mais alto padrão de saúde possível, nos termos do artigo 12.º, e à proteção da sua família, nos termos do artigo 10.º. Estas questões jurídicas básicas exigem o exame prévio de duas outras questões: (a) o âmbito do direito ao mais elevado padrão de saúde possível e a sua relação com a igualdade de género; e (b) quais são as limitações permitidas ao artigo 12” (ONU, CDESC, 2019).

De toda sorte, consta na decisão que o direito à saúde sexual e reprodutiva possui previsão no art. 12 do PIDESC §1, que cita que os Estados-partes “no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental” (ONU, PDESC, 1966). Tal artigo está intimamente ligado aos direitos civis e políticos que sustentam a integridade física e mental dos indivíduos e de sua autonomia, como o direito à vida, à liberdade e à segurança da pessoa, implicando um conjunto de obrigações de respeito, proteção e promoção aos Estados-partes do Pacto (ONU, CDESC, 2019), dando início assim ao controle de convencionalidade da Lei 40/2004 da Itália. Para que o Estado-parte imponha alguma restrição ao gozo de um dos direitos mencionados e, pois, previsto no Pacto, terá o ônus de justificar tais medidas. Por curial, a atenção à convencionalidade impõem que essas restrições devem estar de acordo com o Direito, incluindo as normas internacionais sobre direitos humanos, e serem compatíveis com a natureza dos direitos protegidos pelo Pacto, voltados para a promoção do bem-estar geral em uma sociedade democrática.

Na decisão constou que a falta de consentimento da interessada, em que pese estar de acordo com a lei interna, tornou-se manifesta a violação ao seu direito à saúde, pois foi obrigada a transferir um embrião para o útero contra sua vontade. Conclui que “o direito à saúde inclui o direito de tomar decisões livres e informadas sobre qualquer tratamento médico a que uma pessoa possa ser submetida” e “(...) as leis e políticas que prescrevem intervenções médicas involuntárias, coercitivas ou forçadas violam a obrigação do Estado de respeitar o direito à saúde” (ONU, CDESC, 2019).

Salienta-se que o CDESC asseverou ainda que, quando uma lei interna trata desproporcionalmente as mulheres, o Estado viola o dever de garantir que homens e mulheres gozem do mesmo direito em condições de igualdade, entendendo que isso viola o art. 3º do PIDESC, no qual consta o seguinte:

Cabe aos Estados-Partes terem em conta o efeito de leis, políticas e programas aparentemente neutros em termos de gênero e considerar se podem resultar num impacto negativo sobre a capacidade de homens e mulheres desfrutarem dos seus direitos humanos numa base de igualdade.

Assim, que as leis não mantenham, mas atenuem, a desvantagem que as mulheres experimentam no exercício do direito à sexualidade e saúde reprodutiva. Complementa que as leis aparentemente neutras podem perpetuar as desigualdades de gênero e a discriminação contra elas, já existentes, como é o caso da violação ao livre consentimento cometido pela Lei n. 40/2004

(ONU, CDESC, 2019).

Imprescindível fazer referência ao trecho do julgamento que trata da indevida interferência do Estado no âmbito da liberdade do ser humano em controlar o seu próprio corpo e, na segunda parte, alerta sobre a importância de desconstruir a discriminação sistêmica:

(...) Além disso, as violações da obrigação de respeito ocorrem quando o Estado, através de leis, políticas ou ações, prejudica o direito à saúde sexual e reprodutiva. Tais violações incluem a interferência do Estado na liberdade de um indivíduo controlar o seu próprio corpo e na capacidade de tomar decisões livres, informadas e responsáveis a este respeito. Leis e políticas que prescrevem intervenções médicas involuntárias, coercivas ou forçadas, incluindo esterilização forçada ou HIV/VIH obrigatórios. AIDS, virgindade ou testes de gravidez também violam a obrigação de respeito. O Comitê considera, de fato, necessário examinar separadamente as alegações específicas levantadas pelos autores que estão relacionadas com o direito à saúde reprodutiva e à integridade física de SC (ONU, CDESC, 2019).

A discriminação sistêmica é pontuada:

A esse respeito, o Comitê recorda que “as experiências das mulheres de discriminação sistêmica e violência em todo o mundo as suas vidas exigem uma compreensão abrangente do conceito de igualdade de gênero no direito à saúde sexual e reprodutiva. A não discriminação com base no sexo, tal como garantida no artigo 2.º, n.º 2, do Pacto, e a igualdade das mulheres, tal como garantida no artigo 3.º, exigem a eliminação não só da discriminação direta, mas também da discriminação indireta, e a garantia de igualdade formal e substantiva. Leis aparentemente neutras, políticas e práticas podem perpetuar as desigualdades de gênero e a discriminação já existentes contra as mulheres. A igualdade substantiva exige que as leis, políticas e práticas não mantenham, mas sim aliviem, a desvantagem inerente que as mulheres enfrentam no exercício do seu direito à saúde sexual e reprodutiva” (ONU, CDESC, 2019).

A violação do direito à saúde também ocorreu quando os interessados foram colocados em uma situação de não saberem se poderão revogar o consentimento para a transferência do embrião após a fertilização, por vedação da Lei n. 40/2004. Tal determinação constitui violação ao art. 12 do Pacto, em relação a ambos os interessados, e ao art. 12 em conjunto com o art. 3º do Pacto, em relação à mulher SC (ONU, CDESC, 2019), visto que tais artigos determinam que:

Os Estados Membros no presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais enumerados no presente Pacto. [...] Artigo 12 §1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental (ONU, PIDESC, 1966).

De acordo com a parte dispositiva da decisão, consta que o Comitê determinou antes as disposições a respeito dos autores (*inter partes*), e manifestou que o Estado-Parte tem a obrigação de fornecer aos autores uma solução eficaz, nomeadamente: (a) estabelecendo as condições apropriadas para permitir o direito dos autores de aceder a tratamentos de fertilização *in vitro* com a confiança de que o seu direito de retirar o seu consentimento para os tratamentos médicos serão respeitados; (b) garantir que SC esteja protegida de qualquer intervenção médica indesejada e que o seu direito de tomar decisões livres em relação ao seu próprio corpo seja respeitado; (c) conceder

à SC indenização adequada pelos danos físicos, psicológicos e morais sofridos; e (d) reembolsar os autores pelos custos legais razoavelmente incorridos no processamento da presente comunicação (ONU, CDESC, item 13, 2019).

Por sua vez, sobrevieram as recomendações gerais, tidas como medidas estruturantes, sendo que, no item 14, constou que o “Comitê considera que as soluções recomendadas no contexto das comunicações individuais podem incluir garantias de não repetição e recorda que o Estado-parte tem a obrigação de prevenir violações semelhantes no futuro” (ONU, CDESC, 2019).

Nesse caminho, o Comitê considerou que o Estado-parte deve garantir que a sua legislação e a sua aplicação sejam consistentes com as obrigações estabelecidas no âmbito do Pacto. Em particular, o Estado-parte tem a obrigação de: (a) adotar medidas legislativas e/ou administrativas adequadas para garantir a direito de todas as mulheres tomarem decisões livres relativamente a intervenções médicas que afetem os seus corpos, garantindo, em particular, o seu direito de retirar o seu consentimento à transferência de embriões para o seu útero; e (b) adotar medidas legislativas e/ou administrativas adequadas para garantir acesso a todos os tratamentos reprodutivos geralmente disponíveis e permitir que todas as pessoas retirem o seu consentimento à transferência de embriões para procriação, garantindo que todas as restrições ao acesso a esses tratamentos cumpram os critérios previstos no artigo 4.º do Pacto:

Artigo 4º. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem que, no exercício dos direitos assegurados em conformidade com presente Pacto pelo Estado, este poderá submeter tais direitos unicamente às limitações estabelecidas em lei, somente na medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o objetivo de favorecer o bem-estar geral em uma sociedade democrática.

A final, determinou que, em seis meses, o Estado-Parte apresente uma resposta escrita, incluindo informações sobre medidas tomadas no seguimento das opiniões e recomendações do Comitê e que publique as opiniões do Comitê e as distribua amplamente, num formato acessível, para que cheguem a todos os setores da população.

Sobreleva, nesse momento, lembrar da lição de Araújo (2022, p. 1.181-1.182 e 1.200), no que tange à benesse provinda da decisão estrutural voltada ao pleno acesso à Justiça e menciona a imperiosa necessidade de um sistema metodológico que considere as fragilidades sociais de quem clama por justiça. Deflui-se que é bem por causa disso que se enaltece a decisão judicial estrutural como sendo o caminho para uma solução justa e adequada para a solução dos litígios coletivos complexos, voltada para a efetividade das políticas públicas.

Notas conclusivas

À disposição dos preceitos que envolvem as medidas estruturais, a decisão proveniente do controle de convencionalidade contribui de forma significativa para o *human rights approach* (*human centered approach*), cujo principal enfoque é a dignidade humana.

Erradicar a violação de direitos por meio do controle de convencionalidade é um avanço no processo de humanização do direito mundial e nada mais adequado de que a decisão internacional, inspirada no processo estrutural possa estipular comandos voltados à gestão de uma instituição, entidade ou organização, visando concretizar um direito fundamental (ou direitos humanos), a fim de solucionar o litígio de alta complexidade.

Nesse cenário, desponta inspiração que deve nortear as decisões provindas da análise do paralelo entre os tratados internacionais de direitos humanos e as regras nacionais de cada país signatário, atentas, pois, à convencionalidade e às políticas públicas. Enfatize-se que, como constatado, a decisão proferida nesses casos quase sempre terá certa carga de complexidade a ensejar reformas estruturais, a serem adotadas e aplicadas mediante planos e cronogramas de ações.

Com efeito, o controle judicial de políticas públicas ocorre na seara da proteção internacional dos direitos humanos, mormente em face do quadro mundial, no qual as demandas sociopolíticas

cada vez mais exigem reformas e reestruturação de instituições estatais, como também reclamam ajustes ou implementações de políticas públicas de todas as ordens.

De acordo com o propósito deste estudo, o caso analisado enfocou o direito à saúde, mais especificamente aos direitos sexuais e reprodutivos, cujas violações desdobram-se em várias formas no contexto mundial. Sobreleva mencionar que a decisão proferida no caso SC e GP vs. Itália, pelo CDESC, levou em consideração as violações da obrigação de respeito, as quais ocorrem quando o Estado, por meio de leis, políticas ou ações, prejudica o direito à saúde sexual e reprodutiva. Conclui-se que os reflexos dessas violações incluem a interferência do Estado na liberdade de um indivíduo controlar o seu próprio corpo e na capacidade de tomar decisões livres, informadas e responsáveis a este respeito. Desponta, assim, o comando de não repetição, pois urge a obrigação estatal de prevenir violações semelhantes no futuro.

Não é demais mencionar que o CDESC atingiu ponto relevante para a sociedade, a partir de um petição individual, cuja possibilidade de atuação não seria possível sem o controle de convencionalidade e, para a efetividade dos comandos, valer-se das medidas estruturais.

A importância da decisão tomada pelo CDESC se multiplica, diante do quadro atual lembrado na decisão, no sentido de que as experiências das mulheres de discriminação sistêmica e violência em todo o mundo dão conta que as suas vidas exigem uma compreensão abrangente do conceito de igualdade de gênero no direito à saúde sexual e reprodutiva.

Notadamente, certo é o ganho para a sociedade e para a democracia que se deu a partir da aplicação do controle de políticas públicas de responsabilidade do Estado-parte envolvido, isto é, por meio do controle de convencionalidade na esfera internacional em comunhão com os enfoques das medidas estruturais.

Referências

ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales y su diferenciación con el control de constitucionalidad, In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coords.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ALVES, Felipe Dalenogare; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Controle de convencionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

ARAÚJO, Vanessa Mascarenhas de. A sentença estruturante e o pleno acesso à Justiça: em busca da adequada solução dos litígios coletivos complexos e da efetividade das políticas públicas. . IN: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; e OSNA, Gustavo (orgs.). **Processos estruturais**. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 1.181-1202.

BARRETO, Rafael. **Direitos Humanos**. 10 ed. Salvador: JusPodium. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2021.

BOCHENEK, Antonio César. Demandas Estruturais: flexibilidade e gestão. Brasília: **ReJuB - Revista Judicial Brasileira**. V 1 n. 1., p. 155-178, 2021. Disponível em: <https://revistadaenfam.emnuvens.com.br/renfam/article/view/81> . Acesso em maio de 2022.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Comportamento judicial em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro**. Sumário executivo. CNJ e Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/05/5ajp-sumario-executivo-comportamento-judicial-11-05-23.pdf> Acesso em 25/8/2023.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais**. Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – Brasília: Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: <<http://bvsmms.saude.gov.br/>>.

CONCI, Luiz Guilherme A.; GERBER, Konstantin; PEREIRA, Giovanna de Mello C. Normas *ius cogens* e princípio *pro persona*. IN: **Controle de Convencionalidade**: temas aprofundados. Luciano Mariz Maia e Yulgan Lira (coord.). Salvador: Juspodivm, 2018. p. 97-116.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barbosa de Souza e Outros vs. Brasil**. Sentença de 07 de setembro de 2021. Série C. N. 435. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf . Acesso em 28 de abril de 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C. N. 219. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em 23 de novembro de 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Loayza Tamayo vs. Peru**. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C. N. 33. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf . Acesso em 23 de novembro de 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua** Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C. N. 66. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_66_esp.pdf . Acesso em 23 de novembro de 2023.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. Direitos sexuais e reprodutivos ou direitos sexuais e direitos reprodutivos? Dilemas e contradições nos marcos normativos nacionais e internacionais. **Rev. Direito GV**, 17, (3), 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172202136> . Acesso em 20 de agosto de 2023.

KLUGE, Cesar Henrique; VITORELLI, Edilson. Processo estrutural no âmbito do sistema interamericano. . IN: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; e OSNA, Gustavo (orgs.). **Processos estruturais**. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 301-327

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. Brasília: Revista de Informação Legislativa, v. 46, n. 181, jan/mar 2009. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 889, nov. 2009.

MORAIS, José Luis Bolzan; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional**: entre direitos, deveres e desejos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ONU. CDESC. **Caso S.C. e G.P. vs Itália**. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. OHCHR Juris Database. Office of the High Commissioner. United States of Human Rights. Julgamento em 7 de março de 2019. Disponível em: <https://juris.ohchr.org/casedetails/2522/en-US> . Acesso em 27 de agosto de 2023.

ONU. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)**. 1966. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pacto-internacional-dos-direitos-econ%C3%B4micos-sociais-e-culturais>. Acesso em 27 de agosto de 2023.

PIOVESAN, Flávia CRUZ, Juliana Cunha. C. **Curso de Direitos Humanos: sistema interamericano**. Rio de Janeiro: Forense, 2021a.

PIOVESAN, Flávia. ***Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional***. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021b.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade Internacional por violação de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Recebido em 31 de julho de 2023.
Aceito em 25 de setembro de 2023.