

Proteção Multinível dos Direitos Humanos. Manual
© 2014 - dh.es. Red de Direitos Humanos e Educação Superior

Coordenadores:

George Rodrigo Bandeira Galindo

René Urueña

Aida Torres Pérez

Capa e contracapa: Xavier Pedrós

Projeto Gráfico: EDO-SERVEIS <http://edo.uab.cat/edo-serveis>

Anna Díaz Vicario y Joaquín Gairín Sallán

ISBN: 97-84-617-1782-8



PROTEÇÃO MULTINÍVEL DOS DIREITOS HUMANOS

Manual

Coordenadores

George Rodrigo Bandeira Galindo

René Urueña

Aida Torres Pérez

BREVE CURRÍCULO DOS AUTORES

Felipe ARIAS OSPINA. Advogado e Candidato a Mestre em Direito Internacional da Universidad de los Andes. Atualmente é Coordenador da Relatoria Globalização, Poder e Direito na Universidad de los Andes, e avança investigações sobre Direito Internacional Econômico e Direitos Humanos.

Renata BREGAGLIO LAZARTE. Advogada pela Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) e Mestre em Direitos Humanos pela mesma instituição. Máster em Direitos Fundamentais pela Universidad Carlos III de Madrid. Atualmente, está elaborando o doutorado em Direito pela PUCP. Trabalhou como advogada em organizações da sociedade civil responsáveis pela promoção dos direitos humanos, e como Comissária do Adjuntía de Derechos Humanos y Personas con Discapacidad de la Defensoría del Pueblo. Atualmente, é coordenadora acadêmica do IDHEPUCP e professora do Departamento de Direito e do Mestrado em Direitos Humanos PUCP.

Laurence BURGORGUE-LARSEN. Catedrática de Direito público na École de la Sorbonne (Paris I-Panthéon Sorbonne, França), Vice-Diretora do IREDIES (Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne) e membro do GEDILAS (Groupe d'Études en droit international et Latino-américain de la Sorbonne).

George Rodrigo BANDEIRA GALINDO. Decano da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília e Professor de Direito Internacional Público na mesma instituição. Máster em Direito, Universidade de Brasília. Doutor em Relações Internacionais, Universidade de Brasília. Estudos Pós-doutorais na Faculdade de Direito da University of Helsinki. Suas principais áreas de pesquisa: direito internacional público; proteção internacional dos direitos humanos; teoria e história do direito internacional; relações entre o direito internacional e o direito interno; direito constitucional.

Juliana GALINDO VILLARREAL. Advogada e Politóloga da Universidad de los Andes, especialista em Direitos Humanos e DIH da Universidad Externado de Colômbia. Consultora jurídica do Ministério do Trabalho da Colômbia e tutora da Faculdade de Direito da Universidade dos Andes, com foco em Direito Internacional dos Direitos Humanos com ênfase no Sistema Interamericano e justiça de transição.

Luis María LÓPEZ GUERRA. Juiz do Tribunal Europeu de Direitos Humanos desde 2008. Catedrático de Direito Constitucional da Universidad Carlos III de Madrid. Foi Magistrado do Tribunal Constitucional espanhol (1986-1995), Vice-presidente do Conselho Geral do Poder Judicial (1996-2001) e Secretário de Estado de Justiça (2004-2007).

Nicolás MONTROYA CÉSPEDES. Candidato a Doutor em Direito Internacional e Europeu da Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, e membro do Grupo de Estudos de Direito Internacional e Latino-americano da Sorbonne (GEDILAS) do Institut de Recherche em Droit International et Européen da Sorbonne. Advogado e Mestre em Direito da Universidad de los Andes (Bogotá, Colômbia) e Mestre em Direito Europeu da Université Paris 1, Panthéon-

Sorbonne. Áreas de pesquisa: Direito Constitucional, Direito Internacional, Direitos Humanos e Direito Comunitário.

Marcelo NEVES. Doutor em Direito pela Universität Bremen. Estudos pós-doutorais na Faculdade de Direito da Goethe-Universität Frankfurt e no Departamento de Direito da London School of Economics and Political Science. Habilitação na Faculdade de Direito da Universität Freiburg, Suíça. Atualmente é Professor Titular de Direito Público na Universidade de Brasília – UnB e Editor da Revista Direito UnB. Suas principais áreas de pesquisa são: Transformações do direito na modernidade: ordens jurídicas transnacionais e Estado e direito na modernidade central e periférica.

Alejandro SAIZ ARNAIZ. Catedrático Jean Monnet de Direito Constitucional e Diretor do Departamento de Direito da Universitat Pompeu Fabra de Barcelona. A abertura do Direito Constitucional à influência do Direito Internacional dos Direitos Humanos é um dos seus temas de pesquisa nos últimos anos.

René URUEÑA. Professor Associado e Diretor da Área de Direito Internacional na Universidad de Los Andes (Colômbia). É doutor em Direito (eximia cum laude) da University of Helsinki, LLM da mesma universidade e tem uma Pós-graduação em Economia da Universidad de Los Andes. René escreve sobre direito internacional e governança global.

ÍNDICE

Prólogo. Comitê Científico 9

I. A interpretação e proteção dos direitos humanos no âmbito multinível 13

1. Proteção multinível de direitos humanos na América Latina?
Oportunidades, desafios e riscos 15
René Urueña, Universidad de los Andes
2. A interpretação de conformidade: significado e dimensão prática (uma análise a partir da Constituição espanhola) 49
Alejandro Saiz Arnaiz, Universidad Pompeu Fabra

II. Perspectiva horizontal: sistema universal e regional de proteção dos direitos 99

3. Sistema global de proteção dos direitos humanos 101
Renata Bregaglio, Pontificia Universidad Católica del Perú
4. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos 145
Felipe Arias Ospina e Juliana Galindo Villareal, Universidad de los Andes
5. O Sistema Europeu de proteção dos direitos humanos 181
Luis López Guerra, Juiz do Tribunal Europeu de Direitos Humanos
6. O diálogo judicial entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia dos Direitos Humanos 205
Laurence Burgorgue-Larsen e Nicolás Montoya Céspedes, Université Paris I Panthéon-Sorbonne

III. Perspectiva vertical: O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e sua relação com os sistemas jurídicos dos Estados 233

7. O valor da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos 235
George Rodrigo Bandeira Galindo, Universidade de Brasília
8. Do diálogo entre as Cortes Supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina 259
Marcelo Neves, Universidade de Brasília

9. O caso brasileiro	289
<i>George Galindo, Universidade de Brasília e Antonio Maués, Universidade Federal do Pará</i>	

PRÓLOGO

Desde o fim da II Guerra Mundial, proliferaram instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, tornou-se uma fonte de inspiração para a conclusão de posteriores tratados e acordos de natureza diferente. Atualmente, existem pelo menos três áreas em que são reconhecidos e protegidos os direitos humanos no âmbito nacional, supranacional e internacional. Ao mesmo tempo, não se deve esquecer que há uma preocupação crescente em relação à aplicação das normas de direitos humanos para as atividades dos atores privados no âmbito global (*lex mercatoria, sportiva lex*, etc.).

A chamada proteção multinível de direitos humanos encontrou seu maior desenvolvimento no contexto europeu. O fortalecimento progressivo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, assinada em Roma em 1950, por um lado, e o aprofundamento da integração e proteção dos direitos no quadro da União Europeia, por outro, contribuíram para a criação de um quadro plural, multinível, composto ou em rede. Múltiplos esforços doutrinários foram desenvolvidos para conceituar a interação entre os diversos sistemas que se sobrepõem parcialmente.

Paralelamente, na América Latina, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos está gradualmente ganhando maior destaque e influência internamente. Enquanto o sistema multinível de direitos tem um grande potencial para a promoção do respeito pelos direitos humanos, também coloca novos desafios. Cada vez mais, alguns tribunais nacionais na região parecem estar mais relutantes em aceitar a jurisprudência do Sistema Interamericano de maneira acrítica. Por exemplo, a jurisprudência inovadora da Corte Interamericana em casos que envolvam anistias tem muitos defensores, que o veem como uma garantia do direito das vítimas de violações dos direitos humanos na região. No entanto, também tem detratores, que veem nesta linha de decisões um desafio para a incipiente consolidação da democracia na região, e uma intrusão de um tribunal sem verdadeira legitimidade democrática. Mal

podemos descartar essas críticas como meras vozes no serviço dos beneficiários da anistia. Há um importante debate de fundo a ser desenvolvido na região. Neste contexto, é imprescindível um estudo aprofundado da interação entre sistemas e tribunais em matéria de direitos humanos.

Este manual tem como objetivo o estudo da proteção multinível de direitos humanos na América Latina em perspectiva comparada. O conteúdo está dividido em três grandes blocos. O primeiro bloco trata sobre *a interpretação e proteção dos direitos humanos no âmbito multinível* e desenvolve uma análise conceitual de duas noções fundamentais: proteção multinível e interpretação de conformidade. O primeiro capítulo examina em que medida pode ser transferida a noção de proteção multinível de direitos para a América Latina. O segundo capítulo analisa a interpretação dos direitos constitucionais de acordo com o direito internacional dos direitos humanos a partir da experiência espanhola, cuja Constituição de 1978 criou a cláusula de interpretação nos termos do seu artigo 10.2. Várias constituições latino-americanas incorporaram cláusulas semelhantes, e recentemente a Constituição Federal mexicana na reforma de 2011.

O segundo bloco, de uma perspectiva horizontal, contém estudos sobre o *sistema internacional de proteção de direitos humanos, o sistema interamericano e o sistema europeu*. O foco está nos mecanismos de garantia estabelecidos em cada sistema. Conclui-se com um capítulo sobre as relações recíprocas entre o sistema interamericano e o europeu.

O terceiro bloco analisa o *Sistema Interamericano de Direitos Humanos e sua relação com os sistemas jurídicos nacionais* de uma perspectiva vertical. Especificamente, reflete-se sobre o valor da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o diálogo judicial.

O manual é o resultado da Rede de Direitos Humanos no Ensino Superior (RedDHES), um projeto ALFA financiado pela União Europeia. As Universidades que fazem parte da rede são: Universidad Pompeu Fabra e Universidade Federal do Pará (coordenadoras), Universidad de los Andes, Universidad Austral de Chile, Universidade de Brasília, Universidad Carlos III de Madrid,

Universidad Juan Misael Saracho, Paris I-Panthéon Sorbonne, Pontificia Universidad Católica del Perú, e Universidad Técnica de Ambato.

A RedDHES tem como objetivo geral a melhoria da qualidade, relevância e acessibilidade do ensino superior na América Latina no campo de direitos humanos. Um dos objetivos mais específicos é a promoção da cooperação entre Universidades europeias e latino-americanas sobre a concepção e implantação de cursos com conteúdos e metodologias baseados no desenvolvimento de competências em matéria de promoção dos direitos humanos. Em particular, foram identificados três eixos temáticos: proteção multinível de direitos humanos; igualdade e grupos vulneráveis; e direitos humanos e políticas públicas. Para cada um destes temas, serão desenvolvidos materiais didáticos de natureza diferente: *manuais*, que consistem na exposição ordenada e sistemática dos conteúdos relacionados a cada assunto; *guias de práticas*, que incluem textos legais, jurisprudenciais e doutrinários, bem como estudos de casos para trabalhar em sala de aula; e *guias do professor* que desenvolvem problemas metodológicos, relativos às competências a serem desenvolvidas, às atividades a serem realizadas dentro e fora da sala de aula, e aos métodos de avaliação.

Em julho de 2012 teve lugar em Lima o Workshop da RedDHES sobre "Proteção multinível de direitos humanos", onde foram apresentados e discutidos os textos incluídos neste Manual. Foi uma grande ocasião para o intercâmbio de ideias e experiências da América Latina e Europa, cujo produto final é expresso através deste trabalho. O Comité Científico gostaria de agradecer a generosa contribuição dos autores e outros participantes de universidades da Rede. Além disso, a colaboração de Diane Fromage e María Angélica Prada foi inestimável. Sem elas, este resultado não teria sido possível.

Comité Científico
15 de junho 2013

PRIMEIRA PARTE

**A INTERPRETAÇÃO E
PROTEÇÃO DOS DIREITOS
HUMANOS NO ÂMBITO
MULTINIVEL**

1

PROTEÇÃO MULTINÍVEL DOS DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA? OPORTUNIDADES, DESAFIOS E RISCOS

René Urueña
Universidad de los Andes

Resumo

Este capítulo apresenta uma introdução ao conceito de proteção multinível dos direitos humanos, colocando-o no mapa conceitual e ideológico do qual emerge e ao qual reage. Apresenta, também, o risco que tal conceito implica, e as críticas às quais tem sido submetido.

1. INTRODUÇÃO

Este livro explora a proteção multinível dos direitos humanos na América Latina. A fim de definir o cenário no qual a discussão terá lugar, este capítulo apresenta uma introdução ao conceito de proteção multinível, colocando-o no mapa conceitual e ideológico do qual emerge e ao qual reage. Apresenta, também, o risco que tal conceito implica, e as críticas às quais tem sido submetido.

No entanto, o estudo está centrado nas oportunidades da proteção multinível dos direitos humanos na América Latina, região que é o foco específico do nosso interesse. Portanto, não são estudados aqui todos nem cada um dos aspectos do debate teórico sobre tal forma de proteção de direitos: por um lado, tal tarefa seria superior à ambição do presente artigo, de por outro, seria um exercício desnecessário, já que muitos aspectos do debate não são particularmente relevantes para a nossa região. Pelo contrário, aqui procuramos dar ênfase especial a alguns dos desafios que enfrenta a proteção multinível na América Latina, os quais, por várias razões políticas, econômicas e sociais, não se revestem de maior importância em outros contextos -como o europeu.

Para tais efeitos, este capítulo apresenta primeiro uma introdução à proteção multinível dos direitos humanos (seção 2), e,

em seguida, explora a aplicação de tal modelo para a América Latina (seção 3). A quarta e última seção explora a questão central do artigo: Como começar a considerar a proteção multinível dos direitos humanos na região?

2. A PROTEÇÃO MULTINÍVEL DOS DIREITOS HUMANOS

O que significa a proteção multinível dos direitos humanos? Uma maneira de entender o conceito é separá-lo em duas dimensões: por um lado, o problema da governação multinível, e por outro, sua aplicação para a proteção dos direitos humanos.

A ideia de "governação multinível" tem origem nos debates sobre a integração europeia nos primeiros anos da década de noventa¹. Em geral, a ideia surgiu como uma reação ao paradigma dominante até esse momento, explicando a integração europeia como um processo no qual os protagonistas foram os governos centrais dos Estados-membros (como a Alemanha ou a França). Contrariando essa visão, o processo de integração europeia parecia criar certos espaços nos quais o mesmo assunto foi sujeito, ao mesmo tempo, à regulação adotada por instituições do âmbito subnacional (como uma província ou um município), nacional (como um ministério) e até mesmo supranacional (por exemplo, Comissão Europeia)². Assim, embora o governo central dos Estados-membros não desaparecia como ator do projeto de governação europeia³, a realidade é que existiam muitos outros atores, atuando tanto no âmbito nacional, como subnacional e supranacional. Por isso, o europeu poderia ser descrito como um modelo "multinível", porque estava composto por governos nacionais, mas também por instituições que existiam num plano mais além do tradicional Estado-nação.

¹ PIATTONI, S., "Multi-level Governance: a Historical and Conceptual Analysis", *Journal of European Integration*, 31 No. 2, 2009, pp. 166 - 170.

² Para uma introdução a este argumento, ver MARKS, G., HOOGHE, L. v BLANK, K., "European Integration Since the 1980's: State-centric Versus Multi-level Governance", *Journal of Common Market Studies*, 34 No. 3, 1996, pp. 341-378.

³ HOOGHE, L. e MARKS, G., "Types of Multi-Level Governance", *Social Science Research Network*, 5 No. 11, 2002, pp. 17-31.

Na prática, a ideia de governação multinível teve um impacto especial sobre a chamada "política de coesão" europeia, que buscava um desenvolvimento equilibrado entre as diferentes regiões do continente⁴, porque legitimava as entidades subnacionais dos Estados-membros (como uma província) para dialogar diretamente com as instituições supranacionais, sem necessidade de consultar tudo com seu respectivo governo nacional⁵.

Mais importante para os nossos propósitos, no entanto, é que a ideia ganhou ampla aceitação nos estudos de integração europeia⁶ e foi adotada gradualmente por alguns acadêmicos europeus para descrever outros processos nos quais normas de diferentes âmbitos regulavam uma mesma área. Os direitos humanos são um destes casos⁷.

Na Europa, os direitos humanos são protegidos pelo menos em quatro âmbitos diferentes:

Âmbito subnacional: Em alguns países europeus, as unidades subnacionais podem chegar a consagrar em suas ordens jurídicas certos direitos humanos, que podem ser protegidos nesse âmbito⁸. No entanto, apesar de suas possíveis implicações internacionais, é comum encontrar que os direitos reconhecidos na esfera sub-estatal tenham uma relação hierárquica com a ordem constitucional nacional. Assim, o debate sobre a proteção multinível dos direitos humanos neste caso é confundido com o estudo do direito constitucional nacional do respectivo Estado⁹. Este capítulo

⁴ Ver MARKS, G. e HOOGHE, L., *Multi-level Governance and European Integration. Governance in Europe*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, 2001, pp. 81 - 104.

⁵ PIATTONI, "Multi-level Governance", p. 166.

⁶ Uma boa introdução para os pontos centrais do debate são encontrados em BACHE, I. e FLINDERS, M.V., "Themes and Issues in Multi-level Governance", em BACHE, I. e FLINDERS, M.V. (eds.), *Multi-level Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

⁷ Ver, por exemplo: TORRES PEREZ, A., *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 27 - 37. Também: DI FEDERICO, G., "Fundamental Rights in the EU: Legal Pluralism and Multi-level Protection After the Lisbon Treaty", em DI FEDERICO, G. (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights: From Declaration to Binding Instrument*, Springer, Dordrecht, 2011.

⁸ Ver em APARICIO, M., CASTELLA ANDREU, J.M. e EXPÓSITO, E. (eds.), *Derechos v Libertades En Los Estados Compuestos*, Atelier, Barcelona, 2005 os estudos de caso sobre Suíça (pp. 101), Áustria (pp. 121), Alemanha (pp. 145), Bélgica (pp. 167) e Itália (pp. 201). Sobre o caso espanhol, ver CANOSA, R., "La Declaración De Derechos En Los Nuevos Estatutos De Autonomía", *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 20, 2007.

⁹ CASTELLA ANDREU, J.M., "Hacia Una Protección "Multinivel" De Los Derechos En España: El Reconocimiento De Derechos En Los Estatutos De Autonomía De Las Comunidades Autónomas", *Boletín Mexicano De Derecho Comparad*, 40 No. 120, 2007. Sobre a hierarquia normativa no caso

não aprofundará tal análise, e tomará como ponto de partida o âmbito nacional.

Âmbito nacional: As constituições nacionais de cada Estado-membro incluem nos seus artigos os direitos que o respectivo Estado-nação queira reconhecer aos seus cidadãos e residentes.

Âmbito supranacional: Os direitos humanos também são protegidos pelo direito de União; inicialmente, mediante a expansão jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia¹⁰ e atualmente mediante a Carta dos Direitos Fundamentais¹¹. Neste âmbito, os instrumentos estão principalmente destinados a proteger os direitos humanos de violações por parte da União Europeia e seus órgãos, bem como os Estados-membros, quando os mesmos apliquem o direito da União¹².

Nível internacional: Além disso, os direitos humanos são protegidos pelo Sistema Europeu de Direitos Humanos, criado pela Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 no marco do Conselho da Europa, cujo tribunal competente é o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que é um tribunal internacional com funções similares (na Europa) às realizadas pelo Tribunal Interamericano de Direitos Humanos¹³.

A proteção multinível dos direitos humanos nos diversos sistemas jurídicos europeus apresenta tantas oportunidades como desafios. Por um lado, é evidente que os diferentes âmbitos ofereciam a possibilidade de uma maior e mais completa proteção

alemão, ver HOFMANN, R., "Federalismo y Derechos En Alemania", em HOFMANN, R., et al. (eds.), *Estado Compuesto y Derechos De Los Ciudadanos*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2007, p. 13.

¹⁰ Para simplificar, serão usadas as denominações pós-Lisboa. A expansão dos direitos neste contexto torna-se clara a partir do caso *Stauder* (Tribunal de Justiça. Caso 29/69. *Stauder v. Ciudad de Ulm*, 1969 E.C.R. 419). Para uma descrição crítica sobre essa expansão, ver WEILER, J. H. H., "Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights Within the Legal Order of the European Communities", *Washington Law Review*, 61, 1986. Continuando o argumento: WEILER, J. H. H., e LOCKHART, N., "Taking Rights Seriously" Seriously: The European Court and Its Fundamental Rights Jurisprudence", *Common Market Law Review*, No. 32, 1995.

¹¹ Diário Oficial Europeu, 2007/C 306/01. A Carta de Direitos Fundamentais é vinculante a partir de 1 Dezembro de 2009, nos termos da remissão do Artigo 1 (8) do Tratado de Lisboa, que alterou o artigo 6 do Tratado da União Europeia. Polónia e Reino Unido assinaram um Protocolo em virtude do qual os tribunais desses estados, bem como os tribunais comunitários, não conseguem encontrar quais normas e medidas tomadas ou ocorridas nestes estados seriam uma violação da Carta. Além disso, o Protocolo prevê que o Título IV da Carta, que cria direitos económicos e sociais, não cria direitos juridicamente vinculativos para os estados acima mencionados.

¹² Ver Carta de Direitos Fundamentais, Artigo 51 (1).

¹³ O Tribunal Europeu de Direitos Humanos com sede em Estrasburgo (França) não deve ser confundido com o Tribunal de Justiça da União Europeia, com sede em Luxemburgo, que é o órgão judicial da União Europeia. Esta distinção é importante para os nossos propósitos, uma vez que cada um desses tribunais é o tribunal competente para um dos dois diferentes âmbitos de proteção dos direitos humanos: o supranacional (o Tribunal de Justiça da União Europeia) e o internacional (o Tribunal Europeu de Direitos Humanos)

aos direitos humanos. Não se contam unicamente com as garantias constitucionais nacionais, mas também (se as mesmas falhavam, e sob o princípio da subsidiariedade) com o sistema internacional. Além disso, a proteção é complementada pela ordem jurídica comunitária, que tem efeito direto e supremacia nos sistemas jurídicos nacionais dos Estados-membros. Então, não admira que vários comentaristas começaram a descrever o sistema como um "constitucionalismo multinível"¹⁴, que parecia emergir do errático processo de interação entre as diferentes esferas de proteção de direitos acima mencionadas.

3. PROTEÇÃO MULTINÍVEL NA AMÉRICA LATINA?

Neste contexto, deve-se questionar sobre a relevância do modelo para a América Latina. Pode-se falar de proteção multinível dos direitos humanos na América Latina? É evidente que existe proteção no âmbito nacional, proporcionada nos Estados da região pelas respectivas constituições nacionais. Existe também proteção internacional, outorgada pelo Pacto de San José e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. No entanto, não existe proteção no âmbito supranacional, como demonstram as experiências do Mercosul e da Comunidade Andina.

De fato, apesar de que, desde 1992, surgiu a necessidade de uma Carta de Direitos Humanos do Mercosul com a Declaração de Las Leñas, a mesma não chegou a se concretizar. Existem numerosos instrumentos de cooperação intergovernamental para a promoção de direitos humanos, bem como instrumentos que protegem direitos específicos¹⁵. Em particular, foi assinada a Decisão do Conselho do Mercado Comum (CMC) Nº 40/04, criando a Reunião de Altas Autoridades na área de Direitos Humanos (RAADH), um órgão subsidiário da CMC, que atua em coordenação com o Fórum de Consulta e Concertação Política (FCCP), que serviu

¹⁴ Ver PERNICE, I., "The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action", *Columbia Journal of European Law*, 15 No. 3, 2009, e literatura acompanhando rodapé da página 2.

¹⁵ Para um resumo dos instrumentos, ver LUCAS GUARIN, A., "Derechos Humanos En Clave De Mercosur", *Revista Brasileira De Direito Constitucional*, 15, 2010, pp. 32 - 37.

como um fórum para desenvolvimentos interessantes relacionados aos direitos humanos no contexto do Mercosul.

Dentro da RAADH foram desenvolvidos, por exemplo, os chamados grupos técnicos, bem como a "cláusula de direitos humanos", consagrada no Protocolo sobre o Compromisso na Promoção e Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul, que visa a criação de mecanismos intergovernamentais de reação a violações graves dos direitos humanos em qualquer um dos Estados-membros (com uma estrutura semelhante à "cláusula democrática", contida nos Protocolos de Ushuaia -1998- e Montevideu - Ushuaia II, 2011). No entanto, todos estes instrumentos são essencialmente intergovernamentais, e não estabelecem um verdadeiro regime comunitário de direitos humanos dentro do Mercosul, com efeito direto e supremacia sobre a ordem jurídica nacional, tendendo a vincular tanto a organização internacional como os Estados-membros.

Algo semelhante ocorre com a Comunidade Andina. Por um lado, a jurisprudência andina não contribuiu para a proteção dos direitos humanos no âmbito comunitário. Até o momento, existe um único caso no qual o Tribunal Andino foi convocado para proteger os direitos humanos de abusos da Comunidade como organização¹⁶. Neste caso, uma funcionária do Parlamento Andino processou tal órgão por uma disputa laboral, e invocou a Declaração Universal de Direitos Humanos, bem como algumas Convenções da OIT. O Tribunal Andino ignorou seus argumentos, e deixou passar a oportunidade para ampliar a proteção dos direitos humanos por via comunitária: foi declarado incompetente com base no Estatuto Geral do Parlamento Andino, cujo Artigo 154 prevê que os conflitos laborais serão decididos no direito do Estado Sede (neste caso, Colômbia). Assim, o conflito devia ser resolvido pela jurisdição interna colombiana.

No entanto: ao contrário da situação no Mercosul, na Comunidade existe uma Carta Andina para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, aprovada em 2002. Todavia, a mesma é em

¹⁶ Tribunal Andino de Justiça, Caso 56-DL-2001, Sentença de 20 de fevereiro de 2002.

realidade um acordo dos Estados-membros¹⁷, emitido pelo Conselho Presidencial Andino, que não constitui uma fonte de direito comunitário nos termos do Artigo 1 do Tratado de Criação do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina. Além disso, a mesma Carta reconhece o seu caráter não vinculativo no seu Artigo 96, que afirma que seu "caráter vinculativo [...] será decidido pelo Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores no devido momento".

A Carta Andina constitui um instrumento de *soft law* para promover os direitos humanos, que não está concebida para vincular a Comunidade na proteção dos direitos humanos, nem para criar um regime supranacional. De fato, a Carta originalmente continha linguagem que visava criar mecanismos especiais de proteção de caráter comunitário¹⁸ e devia ser coordenada, não só com os Estados-membros, mas também com a Comunidade como organização¹⁹. Contudo, essa abordagem foi posteriormente excluída na última rodada de negociações²⁰. Esta decisão obedeceu, em parte, ao ceticismo da sociedade civil (representada por várias ONGs de direitos humanos), para quem a criação de um sistema supranacional de direitos humanos foi contraproducente, porque acabaria minando o trabalho do Sistema Interamericano de Direitos Humanos²¹. Por sua vez, os Estados-membros também tinham suas reservas quanto à criação de uma nova instituição de direitos humanos²², enquanto o Tribunal Andino pareceu cético sobre sua

¹⁷ HUMMER, W. e FRISCHHUT, M., "Diferentes Concepciones De La Protección De Los Derechos Humanos En La Integración Europea y Latinoamericana: La "Carta Andina Para La Promoción y Protección De Los Derechos Humanos" (2002)", *Anuario Argentino De Derecho Internacional*, 13, 2004, pp. 93 - 94.

¹⁸ Ver SALMON, E., "La Carta Andina Para La Promoción De Los Derechos Humanos: Un Paso Hacia La Humanización Del Proceso De Integración Andina". em PUCP Instituto de Estudios Internacionales (eds.), *Derecho Comunitario Andino*, PUCP, Lima, 2003.

¹⁹ Ver HUMMER, W., "La Elaboración De Una Carta De Los Derechos Fundamentales Del MERCOSUR Desde Una Perspectiva Europea", *Anuario De Derecho Constitucional Latinoamericano*, 15, 2009, p. 709.

²⁰ Ibid.

²¹ Comisión Andina de Juristas, *Informe sobre la Reunión del 18. 3. 2002 (Boqotá)*, p. 23. Citado em: HUMMER, W. e FRISCHHUT, M., "Diferentes Concepciones De La Protección De Los Derechos Humanos En La Integración Europea y Latinoamericana: La "Carta Andina Para La Promoción y Protección De Los Derechos Humanos" (2002)", p. 78.

²² Ibid., p. 79.

própria capacidade de exercer as funções que lhe seriam outorgadas²³. Diante de tais questões, não é surpreendente que a proposta de um verdadeiro sistema supranacional de proteção de direitos humanos na Carta Andina tenha fracassado.

Como pode ser constatado, não existe um âmbito supranacional de proteção dos direitos humanos na América Latina. Alguns comentaristas sugeriram que este é um problema de progresso e desenvolvimento: o processo de integração latino-americano é jovem, argumentam que se for dado tempo suficiente, chegará a proteção comunitária²⁴. Esta ideia é errônea, porque assume que há um caminho único de desenvolvimento jurídico, inspirado no modelo europeu, no qual haveria uma "infância" na proteção dos direitos humanos (a proteção exclusivamente nacional), a "adolescência" (a proteção internacional) e uma idade adulta (a proteção supranacional), que por sua vez, levaria a um ponto máximo de progresso: o constitucionalismo supranacional.

Narrativas do progresso deste tipo são altamente ideológicas porque, apesar da sua aparente objetividade, na verdade perpetuam o *status quo*, ao fazer que aqueles ainda na "infância" direcionem suas energias para "crescer" no caminho apropriado, e não para desenvolver um modelo próprio²⁵. A discussão sobre a doutrina das fontes de direito internacional é especialmente suscetível a ser capturada por ficções de "progresso"²⁶: na retórica do "declínio do Estado-nação", que é repetido sem cessar, as fontes jurídicas internacionais e supranacionais são vistas por vezes como mais avançadas e progressistas, pelo simples fato de ter sua origem para além das fronteiras do Estado-nação. No entanto, como décadas de estudos críticos internacionais mostraram-nos, não há realmente nada de intrinsecamente progressista (ou "avançado") no âmbito

²³ Ibid., pp. 75 - 79.

²⁴ Por exemplo, ver Ibid., p. 65.

²⁵ O conceito de ideologia como o uso de significado para a perpetuação do *status quo* é retirado de MARKS, S., *The Riddle of All Constitutions: International Law, Democracy, and the Critique of Ideology*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 5 - 25.

²⁶ Por exemplo, o debate sobre o Artigo 38 do Estatuto do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, na década de 30, permitiu a reconstrução do direito internacional através de um jogo interessante entre o positivismo e o naturalismo no qual a ideia de "progresso" era central. Ver SKOUTERIS, T., *The Notion of Progress in International Law Discourse*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2010, pp. 93 - 155. Sugerindo que a doutrina de fontes não obedece apenas à narrativa do progresso, ver BANDEIRA GALINDO, G.R., "Progressing in International Law [Book Review]", *Melbourne Journal of International Law*, 11 No. 2, 2010, pp. 523.

supranacional ou internacional, em si mesmos considerados: a ordem internacional pode fazer tanto bem quanto mal; e pode contribuir para a justiça, como também pode se tornar uma ferramenta para legitimar o abuso dos fracos²⁷.

Neste contexto, não está predeterminado que o âmbito de proteção supranacional dos direitos humanos que ocorra na América Latina — e não há nada inerente lamentável neste fato. Assim, é provável que o que está definido neste manual como "proteção multinível dos direitos humanos" corresponda, na nossa região, a nada mais (e nada menos) que as ferramentas, possibilidades e riscos oferecidos pela interação entre os sistemas jurídicos nacionais e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O restante deste capítulo apresentará alguns modelos analíticos para pensar essa interação, e os desafios que os mesmos impõem.

4. COMO COMEÇAR A PENSAR A INTERAÇÃO? UM PROBLEMA, DUAS PERSPECTIVAS, VÁRIAS RESPOSTAS

A interação entre a proteção nacional e internacional dos direitos humanos pode ser pensada a partir de duas perspectivas diferentes: primeiro, de uma perspectiva nacional, na qual a interação é observada a partir do direito interno de um a vários dos Estados da região. Em segundo lugar, uma perspectiva global, na qual a interação é observada de fora do direito nacional dos Estados da região, e é adotado o ponto de vista de um observador externo a eles que poderia muito bem ser chamado de "comunidade internacional", interessada não no estado de direito boliviano ou paraguaio, por exemplo, mas no estado de direito internacional.

²⁷ Uma visão desta crítica, com especial influência pode ser encontrada em KOSKENNIEMI, M., *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (2nd ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2005. Seguindo uma linha semelhante, ver KENNEDY, D., *International Legal Structures*, Nomos: Baden-Baden, 1987. Para uma introdução a esta crítica a partir da perspectiva do "terceiro mundo", ver CHIMNI, B S., "Third World Approaches to International Law: A Manifesto", *International Community Law Review*, 8 No. 1, 2006. Também: CHIMNI, B S., "Towards a Radical Third World Approach to Contemporary International Law", *ICCPL*, 5 No. 2, 2002.

A distinção entre nacional e internacional é artificial na prática. Por um lado, é difícil traçar uma linha clara entre o que é nacional e internacional, especialmente no que diz respeito à proteção dos direitos humanos — isto é, precisamente, a lição central deste Manual. Além disso, há um processo constante de feedback e interdependência entre os dois âmbitos que fazem a distinção insustentável: é razoável acreditar que o estado de direito internacional é construído por meio do fortalecimento do estado de direito nos Estados da região, ou vice-versa, que o estado de direito de um Estado da região é fortalecido por meio do fortalecimento do estado de direito internacional²⁸. Apesar do exposto acima, a diferenciação é analiticamente útil porque nos permite ver que, na realidade, existem dois grupos diferentes de perguntas que devemos fazer quando pensamos sobre a interação entre os âmbitos nacionais e internacionais de proteção em direitos humanos.

4.1. A perspectiva nacional

Se essa interação é considerada a partir da perspectiva do direito interno dos Estados da região, o problema que enfrentamos é de integração do direito internacional na ordem constitucional doméstica, um problema que tem sido analisado em outras jurisdições²⁹, e de forma incipiente na região³⁰. Como é integrado o direito internacional dos direitos humanos (seus tratados, as decisões dos tribunais internacionais, etc.) à ordem jurídica nacional? Neste processo, a integração nacional do direito internacional dos direitos humanos tem desempenhado um papel importante.

No entanto, essas questões são tradicionalmente abordadas por uma combinação de duas ferramentas analíticas: (a) a diferenciação entre monismo e dualismo, e (b) uma visão de forma piramidal ("kelseniana," se preferir) das fontes do sistema jurídico nacional.

²⁸ Ver SLAUGHTER, A.-M. e BURKE-WHITE, W.W., "The Future of International Law is Domestic (or, the European Way of Law)", *Harvard International Law Journal*, 47 No. 2, 2006. Na mesma linha, NOLLKAEMPER, A., "The Bifurcation of International Law: Two Futures for the International Rule of Law", *ACIL Research Paper*, No. 2011-04, 2011.

²⁹ Por exemplo, MCLAUGHLIN, M., POWELL, S. e JUSTYNA, E., *Domestic Law Goes International: Legal Traditions and International Courts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

³⁰ Por exemplo, ROSSI, J. e FILIPPINI, L., "El Derecho Internacional en la Justicia de los Derechos Sociales: El Caso de Latinoamérica", em ARCIDÁCONO, P., ESPEJO, N. e RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (eds), *Derechos Sociales: Justicia, Política y Economía en América Latina*, Siglo del Hombre Editores/LAEHR, Bogotá, 2010, p. 195.

Quanto à primeira ferramenta, a explicação padrão sobre a relação entre o direito internacional e o direito nacional consiste em diferenciar o "monismo", no qual os dois sistemas estão integrados em uma única ordem jurídica, do "dualismo" no qual os dois regimes pertencem a diferentes universos normativos³¹. Mais do que uma variável dicotômica (monismo ou dualismo), estes conceitos são dois extremos de um espectro contínuo sobre o qual se situam, na prática, a maioria dos regimes constitucionais nacionais. Assim, como ocorre na maior parte da América Latina, a Constituição de um Estado pode aplicar um modelo "monista" para as normas internacionais de direitos humanos (ao considerar que formam parte da mesma ordem normativa que suas normas nacionais), e implantar um modelo "dualista" para outro tipo de normas (por exemplo, os tratados de dupla tributação).

A opção entre monismo e dualismo, por sua vez, está correlacionada com o lugar que ocupam as normas internacionais na pirâmide normativa do sistema nacional³². Assim, uma Constituição que estabeleça um modelo dualista para certas normas internacionais implicará que as mesmas não ocupem nenhum lugar nas fontes de direito interno, de modo que o padrão internacional deve ser implantado através de um ato jurídico nacional (uma lei do Congresso, por exemplo, ou um decreto presidencial) para que possa ser aplicado pelos juízes nacionais do respectivo Estado³³.

Em contrapartida, um sistema monista no que diz respeito a certas normas internacionais (por exemplo, os tratados de direitos humanos) implicará que os mesmos sejam integrados às fontes de direito nacional do respectivo Estado. Então, nos restaria questionar pelo lugar específico que ocupam em relação às outras fontes jurídicas: se é superior ou inferior à Constituição, ou às leis do

³¹ Ver o capítulo sobre "fontes" em qualquer livro de direito internacional público; por exemplo, BROWNIE, I., *Principles of Public International Law* (7th ed.), Oxford University Press, Oxford, 2008, p.31 – 35; SHAW, M. N., *International Law* (6th ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 121 - 124.

³² Ver VON BOGDANDY, A., "Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship Between International and Domestic Constitutional Law", *International Journal of Constitutional Law*, 6 No. 3–4, 2008.

³³ BROWNIE, *Principles of Public International Law*, p. 32.

Congresso, entre outros. Os tratados internacionais de direitos humanos têm valor constitucional ou legal? Supralegal e infraconstitucional, talvez?

A esta mesma categoria analítica pertence o debate sobre o chamado "bloco de constitucionalidade", uma doutrina que se refere em termos gerais a um cânone constitucional expandido que inclui normas não contempladas no texto expresso da Constituição escrita. Proveniente do direito francês³⁴ e transplantada para a região através da jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol³⁵, a noção serviu na América Latina como marco conceitual para explicar a integração do direito internacional dos direitos humanos nos sistemas constitucionais nacionais – uma narrativa adotada e impulsionada pelos altos tribunais na Argentina³⁶, Colômbia³⁷, Peru³⁸ e Equador³⁹.

³⁴ A noção remonta a 1971, com a decisão do Conseil Constitutionnel (Conseil Constitutionnel, Decision 71-44 DC, 16 de julho de 1971, Liberté d'association, Rec. 29) na qual foi declarado que o Preâmbulo da Constituição francesa de 1958 (que por sua vez se refere ao Preâmbulo da Constituição de 1946 e à Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen) formava parte do cânone constitucional francês. O anterior implicava que a revisão constitucional do Conseil não seria realizada exclusivamente sobre a base da Constituição de 1958, mas também em referência a outros textos de valor constitucional. O composto de tal pluralidade de textos formariam "bloc de constitutionnalité" - uma expressão criada originalmente em 1970 por Claude Emeri (EMERI, C., "Chronique Constitutionnelle Et Parlementaire Française - Vie Et Droit Parlementaire", *Revue Du Droit Public Et De La Science Politique En France Et à L'étranger*, 3, 1970, p. 678.). A expressão foi então adotada por Louis Favoreu, que popularizou o seu uso atual (ver FAVOREU, L., "Bloc De Constitutionnalité", em DUHAMEL, O. e MENY, Y. (eds.), *Dictionnaire Constitutionnel*, P.U.F, Paris, 1992, 87-89.) Sobre a história do conceito, ver DENIZEAU, C., *Existe-t-il Un Bloc De Constitutionnalité?*, L.G.D.J., Paris, 1997.

³⁵ O Tribunal Constitucional Espanhol fez referência ao conceito originalmente em 1982, em Decisão STC 10/82. Ver RUBIO LLORENTE, F., "El Bloque De Constitucionalidad", *Revista Española De Derecho Constitucional*, 9 no. 27, n.d.

³⁶ Ver Corte Suprema de Argentina, *Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*, V. 856. XXXVIII, 9 Fevereiro 2004, paras. 5, 13, 39 and 57; Llerena, *Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones arts. 104 y 89 del Código Penal -causa N° 3221-*, L. 486. XXXVI, Mayo 17 2005, paras. 7, 22, and 28; Dieser, *María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés s/ homicidio calificado por el vínculo y por alevosía - causa N° 120/02-*, D. 81. XLI. Agosto 6 2006, opinión del Procurador, at 5.

³⁷ Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C- 488 de 2009, M.P Jorge Iván Palacio Palacio, y SU-039 de 1997, M.P Antonio Barrera Carbonell.

³⁸ Ver Tribunal Constitucional del Perú, Decision 0047-2004-AI/TC (José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín), par. 22; Decision Case 5854-2005-AA/TC (Pedro Andrés Lizana Puelles), at par. 23; Decision 00007-2007-PI/TC (Colegio de Aboqados del Callao), paras. 12-17; Decision 05427-2009-PC/TC (Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva), para. 9.

³⁹ Ver RIOFRIO MARTINEZ-VILLALBA, J.C., "El Bloque De Constitucionalidad Pergeñado Por El Tribunal Constitucional", *Foro - Revista De Derecho*, 6, 2006.

4.1.1. Oportunidades e desafios da proteção multinível a partir da perspectiva interna

Diante da insuficiência da proteção nacional dos direitos humanos em vários Estados da América Latina, quer seja por incompetência ou falta de vontade das autoridades, a perspectiva interna mostra como o modelo multinível pode ser útil para ampliar o espectro de proteção. Por um lado, o contexto internacional (por exemplo, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos) torna-se uma ameaça credível para conseguir que autoridades nacionais relutantes protejam os direitos humanos: esta possibilidade de litígio internacional é um claro incentivo no processo de proteção dos direitos humanos⁴⁰.

Da mesma forma, a perspectiva nacional nos permite ver que o efeito direto dos instrumentos internacionais melhora a posição dos tribunais nacionais que procuram exercer jurisdição na proteção dos direitos humanos. Não apenas lhes dá as normas legais para fazê-lo, mas também (e mais importante) permite-lhes invocar a legitimidade e a autoridade normativa do direito internacional para apoiar suas decisões. Assim, numa região como a América Latina, onde os poderes executivos são fortes e os tribunais são tradicionalmente fracos, a aplicação nacional do direito internacional dos direitos humanos fortalece os tribunais nacionais, e os fortalece contra outros ramos do poder público⁴¹.

Finalmente, a integração nacional do direito internacional dos direitos humanos também transforma o quadro geral de mobilização social. Os movimentos sociais encontraram no direito internacional um instrumento para promover as suas reivindicações. O trabalho de Rajagopal sobre movimentos sociais revelou padrões

⁴⁰ Ver SIMMONS, B. A., "Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics", Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

⁴¹ Para o mesmo fenômeno em Israel, Ver BENVENISTI, E., "Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts", *American Journal of International Law*, No. 102, 2008. Para um argumento com estrutura equivalente, na Colômbia: SANCHEZ, B., "Cuando Los Derechos Son La Jaula: Transplante Rígido Del Soft Law Para La Gestión Del Desplazamiento Forzado", *Estudios Políticos*, 35, 2009.

interessantes em tal interação⁴² e, na América Latina, Lemaitre também mostrou que o feminismo (ou pelo menos parte deste), as minorias sexuais, bem como os movimentos indígena e afro enfocaram parte importante das suas lutas através do direito internacional perante tribunais nacionais⁴³. Os movimentos sociais têm um papel até agora apenas parcialmente explorado na América Latina como impulsores de decisões do sistema interamericano, mas também como intérpretes de suas falhas e impulsores dos processos de cumprimento no contexto local. Neste sentido, os movimentos sociais se tornam tradutores: tomam normas jurídicas internacionais e as traduzem para os seus membros locais, e tomam questões locais e as traduzem para que possam ser expressas em termos de normas jurídicas internacionais. Aprofundar nestas relações é uma tarefa pendente e relevante a fim de obter uma melhor compreensão dos processos de implantação das decisões do Tribunal e da Comissão Interamericanos⁴⁴.

Apesar destas oportunidades importantes, a perspectiva nacional da proteção multinível dos direitos humanos também nos permite ver desafios significativos. Um primeiro desafio decorre da importância que pode ter a linguagem dos direitos humanos para os movimentos sociais. Paradoxalmente, a proteção multinível pode resultar na desmobilização da sociedade civil, mais do que no seu empoderamento. De fato, o protagonismo exagerado da proteção internacional dos direitos humanos pode acabar deslocando outros mecanismos de mobilização que visam transformar a sociedade - mecanismos que poderiam ser mais eficazes, ou poderiam gerar mudanças mais profundas na sociedade. A proteção nacional dos direitos humanos através da aplicação de instrumentos internacionais pode resultar positiva para um setor da sociedade civil, mas seu potencial para transformar as injustas estruturas

⁴² Ver RAJAGOPAL, B., *International Law from Below: Development, Social Movements, and Third World Resistance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

⁴³ Ver LEMAITRE RIPOLL, J., *El Derecho Como Conjuro: Fetichismo Legal, Violencia y Movimientos Sociales*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2009.

⁴⁴ Ver MERRY, S.E., *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*, University of Chicago Press, Chicago, 2006.

econômicas e sociais que caracterizam vários países da América Latina é limitado. Assim, o risco é que os movimentos sociais na região dediquem sua energia e recursos limitados de forma desproporcional ao litígio multinível de direitos humanos, abandonando outros meios mais tradicionais de pressão mais tradicionais, como o lobby, as escolhas eleitorais tradicionais, etc.

Três reptos relacionados emergem deste desafio. Em primeiro lugar, a proteção multinível dos direitos humanos pode ser elitista: educação jurídica é necessária, treinamento nas teorias, contatos internacionais para elaborar estratégias de caráter multinível. Apenas um segmento muito limitado da população da América Latina terá a capacidade para levar a cabo esta estratégia com sucesso. Portanto, é possível que aqueles favorecidos dentro desse segmento da sociedade decidam agir em busca do bem comum; no entanto, esta atitude desejável não muda o fato de que esta estratégia de mobilização social acaba dando mais poder (que pode ser usado para o bem) àqueles que já concentram, por sua educação e contatos, as melhores oportunidades na região – muitas vezes, os advogados.

Intimamente relacionado com o anterior, a proteção multinível dos direitos humanos implica uma redistribuição do poder institucional, no contexto nacional que deve ser considerado. O modelo de proteção discutido aqui dá mais poder aos tribunais, e especialmente aos juízes, em detrimento do poder legislativo e executivo. Portanto, é possível concordar com este efeito; no entanto, é importante entender que essa dinâmica não é neutra: há aqui uma redistribuição efetiva do poder público. Da mesma forma, o modelo multinível implica certa burocratização da emancipação através dos direitos humanos, no qual o ativismo é convertido em audiências, reuniões e jantares com autoridades internacionais em Washington, Genebra, Nova York e San José⁴⁵. Esta estratégia transfere poder às burocracias internacionais de direitos humanos, que adquirem a capacidade de examinar as decisões políticas

⁴⁵ Ver também PETMAN, J., "Human Rights, Democracy and the Left", *Unbound: Harvard Journal of the Legal Left*, 2, 2006.

nacionais, com um poder derivado essencialmente de seu caráter de especialistas em direitos humanos. Novamente, é possível concordar com esta transferência de poder, sempre e quando esteja ciente que implica uma decisão política⁴⁶.

Finalmente, a proteção multinível dos direitos humanos, por estar baseada num discurso estritamente jurídico, parecia tentar "limpar" da política conflitos sociais que são, na realidade, políticos por antonomásia⁴⁷. Uma estratégia de ativismo multinível bem sucedida exigirá a simplificação de complexas situações sociais que ocorrem na realidade política dos Estados na região, para que as mesmas possam ser expressas em termos de violação / não violação dos direitos humanos. Este fenômeno é particularmente preocupante no que diz respeito aos direitos econômicos e sociais, que implicam importantes decisões políticas de redistribuição de recursos na sociedade. Os recursos de um Estado na América Latina devem estar destinados para a saúde, a educação, o setor de justiça, ou defesa e segurança? Portanto, a resposta óbvia é "para todos"; no entanto, num contexto de altíssima escassez de recursos, será necessário priorizar. E esta priorização não pode ser expressa pela proteção multinível dos direitos humanos, a qual não fala a linguagem da política pública, mas a da ponderação de direitos. Quais são as implicações em termos de redistribuição nacional de renda, a proteção multinível do direito à saúde, ou do direito à educação?

Nenhum desses desafios prejudica de alguma forma, as oportunidades que uma arquitetura multinível abre para a proteção dos direitos humanos na América Latina. No entanto, parece importante considerar tais desafios, porque o maior risco consiste em minar o regime internacional dos direitos humanos quando carregado com tarefas que não pode desempenhar e promessas que não pode cumprir.

⁴⁶ Sobre a burocratização dos direitos humanos e o papel dos peritos neste contexto, Ver URUENA, R., *No Citizens Here: Global Subjects and Participation in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, capítulo 2.

⁴⁷ Ver também KOSKENNIEMI, M., "Human Rights, Politics, and Love", *Mennesker & Rettigheder*, No. 4, 2001.

4.2. A perspectiva global

Para complementar a discussão anterior, e com o fim de pensar sistematicamente na interação entre a proteção nacional e internacional dos direitos humanos, também resulta útil adotar uma perspectiva *global*. Em vez de nos questionarmos pelo papel do direito internacional na proteção nacional dos direitos humanos, a perspectiva global será questionada sobre o papel dos sistemas jurídicos nacionais na proteção internacional dos direitos humanos. Como os sistemas jurídicos latino-americanos podem contribuir para a causa da justiça internacional?

A partir da aproximação mais tradicional do direito internacional, a resposta é: nada. De fato, para a visão clássica do direito internacional, o direito nacional é um simples fato, que não pode ser considerado pelos tribunais internacionais⁴⁸. Tal aproximação foi confirmada em numerosas decisões judiciais internacionais, desde os primeiros marcos da disciplina como a Arbitragem de Alabama em 1898⁴⁹, passando pelo Tribunal Permanente de Justiça Internacional, em 1925⁵⁰, e através da reiterada jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça⁵¹. Da mesma forma, a jurisprudência do Órgão de Solução de Litígios da

⁴⁸ Por exemplo, BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, p 39.

⁴⁹ Ver Decisão and Award, Made by the tribunal of arbitration constituted by virtue of the first article of the treaty concluded at Washington the 8th of May, 1871 between the United States of America and Her Majesty the Queen of the United Kingdom of Great Britain and Ireland (1862), em BASSETT MOORE, J. (ed.), *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, Government Printing Office, Washington, D.C., 1898.

⁵⁰ Ver Corte Permanente de Justicia Internacional, *Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v Poland)(Merits)*, Ser. A, No. 7 PCIJ (1925), para. 52.

⁵¹ Ver Corte Internacional de Justicia, *Fisheries case*, ICJ Reports 116 (1951), p. 132; Corte Internacional de Justicia, *Nottebohm case*, ICJ Reports 4 (1955), pp. 20 - 21 (Ver também o salvamento de voto de Guqgenheim, Corte Internacional de Justicia, *Nottebohm case*, dissenting opinion of M. Guqgenheim Judge ad hoc, ICJ Reports 50 (1955), para. 4); Corte Internacional de Justicia, *Headquarters Agreement case*, ICJ Reports 12 (1988), p. 34 para. 57; Corte Internacional de Justicia, *LaGrand case*, Judgment, ICJ Reports 466 (2001), p. 485 para. 52; Corte Internacional de Justicia, *Avena and Other Mexican Nationals*, Judgment, ICJ Reports 12 (2004), p. 30 para 28; Corte Internacional de Justicia, *Frontier Dispute*, Judgment, ICJ Reports 90 (2005), para. 28.

Organização Mundial do Comércio confirmou o ponto⁵², bem como alguns tribunais arbitrais de investimento⁵³.

Esta aproximação tem certa lógica. A ideia "factual" do direito nacional é uma exigência para a coerência lógica do sistema jurídico internacional, porque se o caráter normativo do direito nacional no contexto internacional fosse reconhecido, acabaria sendo permitido aos Estados usar o seu próprio direito para invalidar as suas obrigações para com outros Estados, de modo que a estabilidade destas seria minada⁵⁴.

Apesar do exposto acima, esta visão é na realidade uma ficção jurídica que não reflete a prática do direito internacional⁵⁵ — e menos ainda em relação à proteção dos direitos humanos. Na prática, os tribunais internacionais interagem com os direitos nacionais continuamente: inspirados pelas decisões dos tribunais nacionais, em constante diálogo com eles, os contradiz, etc. Como podemos começar a pensar esta interação para a América Latina? No restante deste capítulo serão apresentados dois modelos de análise que nos permitirão traçar um mapa conceitual das respostas que foram feitas a esta pergunta: (a) o constitucionalismo global, e (b) o pluralismo.

⁵² Ver, Organización Mundial del Comercio, AB Reporte del Grupo Especial, *India - Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, WT/DS50/AB/R (19 Dezembro 1997), para. 66; Organización Mundial del Comercio, Reporte del Grupo Especial, *United States—Sections 301–310 of the Trade Act of 1974*, WT/DS152/R (Dezembro 22, 1999), para. 7.18 Ver BHUIYAN, S., *National Law in WTO Law: Effectiveness and Good Governance in the World Trading System*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 207 - 238.

⁵³ Ver, Câmara de Comércio de Estocolmo, SCC Case No 118/2001 Nykomb Synergetics Technology Holding AB (Suecia) v Latvia (merits) (Dezembro 16, 2003) 11 ICSID Rep 158, p. 187, sect. 3.7; CIADI, ICSID Case No. ARB/01/12, Azurix Corp. v Argentina (meritos) (Julho 14, 2006), para. 259 – 260.

⁵⁴ Daí a existência dos Artigos 27 e 46 (1) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969. Estas regras foram por sua vez inspiradas pela Opinião Consultiva da Corte Permanente de Justiça Internacional em *Greco-Bulgarian Communities*, Advisory Opinion, Ser. B, No. 17 PCIJ (1930).

⁵⁵ SCHAUER, F., "Legal Fictions Revisited", *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, No. 29, 2011.

4.2.1. Constitucionalismo Interamericano:

Uma primeira maneira de compreender a interação entre direito nacional e internacional é apelar à ideia de uma Constituição Interamericana, inspirada pela ideia de uma "constituição global." A partir desta perspectiva, a ideia é limitar o poder de instituições globais, Estados e indivíduos através da adoção de valores como normas jurídicas internacionais que sirvam como uma defesa contra os abusos de poder, onde quer que estes ocorram, de forma análoga a como uma Constituição nacional limita o exercício da autoridade no cenário nacional.

No entanto, explorar as diferentes variantes deste conceito e sua respectiva ideologia excede os limites deste capítulo⁵⁶. Nesta ocasião, nos concentraremos na variante "substantiva" do conceito, apresentada por Bardo Fassbender⁵⁷, Erika de Wet⁵⁸ e Ernst-Ulrich Petersmann⁵⁹, entre outros, o que sugere que há um "núcleo duro" da ordem jurídica internacional, que serve como último limite ao poder (da mesma forma que funcionam as cartas de direitos nos sistemas nacionais latino-americanos e europeus). O conteúdo deste núcleo varia de acordo com o autor e inclui, entre outros, o direito internacional dos direitos humanos⁶⁰, e a Carta das Nações Unidas⁶¹.

A implantação regional desta ideia implicaria ver no Pacto de San José uma Carta Interamericana de Direitos – uma espécie de documento constitucional básico. Neste contexto, os tribunais

⁵⁶ Para uma análise neste sentido, Ver URUENA, R., "Espejismos Constitucionales: La Promesa Incumplida Del Constitucionalismo Global", *Revista De Derecho Público, Universidad De Los Andes*, No. 24, 2010.

⁵⁷ FASSBENDER, B., "The United Nations Charter As Constitution of the International Community", *Columbia Journal of Transnational Law*, 36, 1998; FASSBENDER, B., *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Brill, Netherlands, 2009.

⁵⁸ DE WET, E. "The International Constitutional Order," *International & Comparative Law Quarterly*, No. 55, 2006.

⁵⁹ PETERSMANN, E.U., "How to Reform the United Nations?: Lessons from the "International Economic Law Revolution", *Aussenwirtschaft*, No. 53, 1998, p. 193.

⁶⁰ DE WET, E., "The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order", *Leiden Journal of International Law*, No. 19, 2006.

⁶¹ See FASSBENDER, B., "The United Nations Charter as Constitution of the International Community", *Columbia Journal of Transnational Law*, No. 36, 1998.

nacionais funcionam como agentes da comunidade internacional, que aplicam e executam as normas jurídicas internacionais. A partir desta perspectiva, o ponto de partida não é a forma como o direito internacional dos direitos humanos é integrado, por exemplo, ao direito chileno, mas a forma como os tribunais chilenos executam a ordem jurídica internacional chamada "Sistema Interamericano de Direitos Humanos". Sob essa perspectiva, então, o Sistema Interamericano constituiria uma espécie de "Carta de Direitos Interamericana", que contaria com dois tipos de aparelhos para fazer efetiva a proteção dos direitos humanos: um aparelho internacional (a Comissão e o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos) e um aparelho nacional (os tribunais nacionais de diferentes Estados). Esta visão pressupõe a supremacia do direito internacional sobre o direito nacional⁶² e, a partir da perspectiva nacional discutida acima, é perfeitamente adequada para os sistemas nacionais e lhe dão caráter constitucional e supralegal às normas internacionais dos direitos humanos.

O exemplo mais claro dessa visão de Constitucionalismo Interamericano é a jurisprudência da Corte sobre as anistias. Como é sabido, por ocasião de algumas medidas de justiça transicional adotadas no Peru, o Tribunal cogitou que certas normas de direito nacional peruano deviam ser consideradas "sem efeitos jurídicos"⁶³. Esta decisão, sem precedentes no direito internacional contemporâneo⁶⁴, é característica da visão do Constitucionalismo Interamericano: a partir desta perspectiva, o Sistema Interamericano é um regime que tem o Tribunal como órgão de fechamento, cujas decisões são *ipso iure* parte do direito nacional dos Estados membros⁶⁵. Em complemento, os tribunais nacionais estão chamados a exercer controle descentralizado de convencionalidade das normas jurídicas internas, que devem ser realizadas usando como padrão de julgamento não apenas a Convenção, mas também a jurisprudência do próprio Tribunal⁶⁶.

⁶² Ver NOLLKAEMPER, A., "Rethinking the Supremacy of International Law", *Zeitschrift Für Öffentliches Recht*, 65 No. 1, 2010.

⁶³ CorteIDH *La Cantuta v. Peru*, de 29 Novembro 2006, para. 189. Na sua opinião, Sergio García Ramírez argumentou que as normas nacionais que violam a Convenção são "basicamente inválidas" (paras. 4 - 5).

⁶⁴ CASSESE, A., "Y-a-t-il Un Conflit Insurmontable Entre Souveraineté Des États Et Justice Pénale Internationale?", en CASSESE, A. Y DELMAS-MARTY, M., *Crimes Internationaux Et Juridictions Internationales*, P.U.F., Paris, 2002, p. 16.

⁶⁵ CorteIDH, *La La Cantuta v. Peru*, para. 186

⁶⁶ CorteIDH, *Almonacid-Arellano et al v. Chile*, de Setembro 26, 2006, para. 124.

O modelo de interação baseado no constitucionalismo cria oportunidades significativas, porque permite que antes autoridades nacionais abusivas ou negligentes, sempre havia a possibilidade de fazer cumprir as normas da "Carta Interamericana de Direitos": uma ideia poderosa e atraente para aqueles que são vitimizados e contam como únicos recursos com tribunais nacionais que são fracos ou corruptos.

No entanto, são, pelo menos, dois riscos que emergem desta visão no contexto da América Latina. Em primeiro lugar, o constitucionalismo global pode prometer mais do que pode cumprir: apesar de propor um único padrão normativo (a "Carta Interamericana"), realmente não pode prever que o Tribunal Interamericano funcione como tribunal de última instância com superioridade hierárquica e jurisdição para revisar as decisões dos tribunais nacionais sobre direitos humanos; e se assim for, estaríamos diante de um modelo de regulação supranacional, que não existe na América Latina, como vimos anteriormente. Portanto, na prática, o constitucionalismo global acaba compreendendo os tribunais nacionais como a primeira linha de proteção aos direitos humanos. Então, se o problema é que a proteção aos direitos humanos falha porque os tribunais nacionais são fracos ou corruptos, este modelo não resolve nada.

O segundo modelo do desafio do constitucionalismo interamericano surge se as instituições do sistema interamericano acabam sendo uma fonte de violação dos direitos humanos. Claramente, esta possibilidade é remota na atualidade, porque o sistema não tem poder suficiente para que esta eventualidade seja uma ameaça real. No entanto, ao desenhar o mapa conceitual sobre a interação entre sistema nacional e internacional, é importante considerar a possibilidade que instituições internacionais violem os direitos humanos em detrimento das normas de constituições nacionais. Como deverão reagir os tribunais nacionais da região?

Esta eventualidade ocorreu em outros contextos, por exemplo, no caso das Resoluções do Conselho de Segurança da ONU, diante do Tribunal de Justiça da União Europeia. Nesse caso, o Tribunal Europeu anulou as suas obrigações internacionais derivadas da Carta das Nações Unidas, em virtude do seu próprio direito interno

(é irrelevante para estes efeitos, que o direito seja comunitário), porque queria proteger os direitos humanos contra uma violação por parte de uma instituição internacional⁶⁷. Um raciocínio semelhante (embora com variáveis políticas diametralmente opostas) foi utilizado na sua época pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos, em *Medellín v. Texas* (2008)⁶⁸. Na América Latina, se este caso

⁶⁷ Ver Tribunal de Justiça da União Europeia, *Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities*; Primera Instancia: *Case T-306/01, Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, 2005 E.C.R. II-3533; *Case T-315/01, Kadi v. Council and Commission*, 2005 E.C.R. II-3649. A situação é originada com a aplicação da lista antiterrorista desenvolvida pelo Comitê 1267, criado pelo Conselho de Segurança da ONU para combater o terrorismo. Conforme estabelecido pela Resolução 1267 de 1999, os Estados-membros da ONU são obrigados a congelar os bens de indivíduos incluídos na lista antiterrorista administrada pelo Comitê. No entanto, o processo de inclusão gerou polêmica porque não era transparente e, o que era pior, não forneceu nenhum recurso para questionar a inclusão de um indivíduo, o que gerava violações ao devido processo. Esta problemática transferiu-se para a União Europeia, que seguiu as ordens do Conselho de Segurança e congelou os bens dos indivíduos listados. Um dos afetados foi o Sr. Kadi, radicado na Arábia Saudita, que tinha contatos estreitos com Al Barakaat International, uma fundação com sede na Suécia, que tinha sido ligada à rede bancária somali com o mesmo nome, acusada de ter ligações com organizações terroristas. A União decidiu congelar os bens de Kadi e de Al Barakaat. Os afetados apresentaram recurso perante o Tribunal de Justiça da União Europeia, atacando o ato de inclusão pela Comunidade, uma vez que tal ato tinha sido o que, de acordo com os autores, violava seus direitos. O Tribunal de Primeira Instância decidiu que não tinha competência para fiscalizar a legalidade das Resoluções do Conselho de Segurança da ONU, exceto se as mesmas violavam normas de *jus cogens*. Neste caso, a Primeira Instância concluiu que não houve violação de tais normas. O caso foi para o Tribunal de Justiça da União Europeia. O Tribunal revogou a decisão de primeira instância e anulou a regulação, que congelou os bens de Kadi. Segundo o Tribunal, o regime de direito europeu é diferente do regime de direito internacional, e o primeiro não está sujeito hierarquicamente ao segundo. Em consequência, o Tribunal tinha jurisdição para fiscalizar a legalidade do ato que implementou a Resolução do Conselho de Segurança, por qualquer motivo, não apenas por violações do *jus cogens*. Após tal revisão, concluiu-se que o procedimento de inclusão na lista vulnerava o direito à defesa e o devido processo daqueles que foram incluídos. Portanto, a anulação da regulação e o bloqueio de tais ativos são ordenados.

⁶⁸ Ver, Corte Suprema de Estados Unidos. *Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008). Nesse caso, um cidadão mexicano de 18 anos, admitiu estuprar uma adolescente de 14, para depois estranhar-lá com seus próprios cadarços de sapatos para evitar ser denunciado. Apesar de ter sido advertido dos seus direitos mediante a chamada "advertência Miranda", o indivíduo não foi informado do direito à assistência consular que lhe correspondia, nos termos do Artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963. O indivíduo foi condenado à morte no Texas e o Supremo Tribunal Federal concedeu *certiorari*. Em sua decisão, o Tribunal considerou que a Convenção de Viena era de fato uma obrigação internacional dos Estados Unidos, no entanto, a mesma não tinha efeitos sobre o direito nacional dos EUA, exceto se o Congresso tivesse adotado legislação para dar tal efeito (ou se um tratado fosse considerado "self-executing", possibilidade descartada pelo Tribunal). Além disso, o Supremo Tribunal considerou que as decisões do Tribunal Internacional de Justiça não são vinculativas para o direito nacional dos EUA, e que o Presidente da República desse país não

fosse apresentado sob o modelo da "Carta Interamericana de Direitos Humanos", os tribunais nacionais não poderiam proteger os direitos humanos contra os abusos da organização internacional. Portanto, vale a pena perguntar: Queremos proteger os direitos humanos, em qualquer caso, mesmo que o violador seja a OEA, ou um órgão do Sistema Interamericano? No caso que sim, como estruturar legalmente este objetivo?

4.1.2. Pluralismo interamericano

Uma segunda maneira de entender a interação entre direito nacional e sistema interamericano é o pluralismo — neste caso, o pluralismo interamericano. Sob este modelo, que será analisado aqui, na última seção do capítulo, não há um único padrão normativo interamericano. Pelo contrário, há um sistema internacional (o Sistema Interamericano), que não tem supremacia sobre os sistemas nacionais e, portanto, deve interagir em condições de igualdade com os mesmos. Encontramo-nos, então, diante de um pluralismo jurídico⁶⁹, no sentido de que existiriam diferentes sistemas jurídicos, aplicáveis a um mesmo problema, sem contar com um mecanismo claro de hierarquia ou preferência que estabeleça se se devem prevalecer as interpretações dos tribunais nacionais da região sobre a proteção dos direitos humanos ou, ao contrário, a interpretação do Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos⁷⁰. Assim, desde a perspectiva nacional discutida anteriormente, a ideia de pluralismo se encaixa perfeitamente com a natureza dualista dos sistemas nacionais, que não dão qualquer valor nacional às normas internacionais dos direitos humanos.

tem poderes para impor instrumentos de direito internacional ou decisões do Tribunal Internacional de Justiça, a menos que seja autorizado pelo Congresso ou Constituição. Medellín foi executado em 5 de Agosto de 2008.

⁶⁹ O conceito de pluralismo é usado num sentido restrito, no contexto de interação entre as normas, sem clara relação hierárquica (ver BERMAN, P.S., "Global Legal Pluralism", *Southern California Law Review*, No. 80, 2007- 2006, p. 1155). Neste sentido, está apenas parcialmente relacionado com o conceito de pluralismo no contexto das jurisdições indígenas, discutido amplamente na região.

⁷⁰ Esta abordagem é adotada em parte, sob o rótulo de "pluralismo constitucional" em TORRES PEREZ, *Conflicts of Rights in the European Union*, p 67.

Assim, a partir da perspectiva do pluralismo, a proteção dos direitos humanos no sistema interamericano, então, seria uma espécie de "direito internacional comparado"⁷¹. Ali, as aproximações dos diferentes regimes nacionais seriam contrastadas, e tratariam entender as diferenças e semelhanças: tal comparação seria o que se entenderia por um modelo "multinível" de direitos humanos na região.

Parte importante da ideia de pluralismo é o diálogo. De fato, na medida em que não há hierarquia ou supremacia entre as diferentes ordens normativas, uma forma de entender a interação é a metáfora do diálogo entre tribunais nacionais e internacionais. Esta abordagem tem a virtude de permitir que os tribunais nacionais deixem de ser meros seguidores da jurisprudência internacional, e possam participar de igual para igual num diálogo transnacional no qual seja criada uma visão discutida e compartilhada do regime dos direitos humanos. Assim, a legitimidade da defesa dos direitos humanos como um todo seria aumentada, porque a participação dos interessados seria garantida⁷². Além disso, o diálogo permitiria que os diferentes tribunais envolvidos no diálogo adotassem melhores decisões⁷³, contribuíssem para a criação de uma verdadeira identidade da comunidade interamericana, para além das fronteiras nacionais⁷⁴.

Como deve ser estruturado o diálogo? A perspectiva pluralista geralmente inclui algum tipo de exigência para participar da conversa. Normalmente, estas são as regras discursivas que nos permitirão verdadeiramente dizer que o diálogo judicial é de fato

⁷¹ Esta ideia foi originalmente defendida pelo especialista em direito soviético William Butler durante seus cursos na Academia de Haia, em 1985, em BUTLER, W., "Comparative Approaches to International Law", *Academy of International Law at The Hague, Recueil Des Cours*, No. 190, 1985. Recentemente, a ideia despertou um interesse renovado, ver ROBERTS, A., "Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, 60 No. 01, 2011. Também: MAMLYUK, B. N, y MATTEI, U., "Comparative International Law", *Brooklyn Journal of International Law*, No. 36, 2011-2010.

⁷² Para este argumento para o caso europeu, ver TORRES PEREZ, *Conflicts of Rights in the European Union*, pp. 114 - 116.

⁷³ Ver Ibid., p.113.

⁷⁴ Ver Ibid., pp. 116 - 117.

uma fonte de legitimidade para o Sistema Interamericano, e não uma simples apologia das condutas estatais. A ideia é criar, através da interação entre os tribunais nacionais e internacional, um diálogo deliberativo que legitime o resultado⁷⁵ ou, numa versão mais ambiciosa da mesma ideia, uma ordem normativa baseada em critérios de moralidade interna de normas jurídicas que resultem da interação⁷⁶, ou da natureza pública das mesmas⁷⁷.

A agenda do diálogo é alimentada de uma longa tradição de constitucionalismo comparado, no qual se procura investigar as soluções dadas a questões constitucionais em diferentes jurisdições (incluindo tribunais internacionais que tocam em questões de direito constitucional, como o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos ou o seu homólogo europeu), para em seguida tentar destilar pontos em comum ou divergências e explicá-las⁷⁸. Parte desta primeira tradição também é a abordagem institucionalista, que busca analisar a concepção das instituições e procedimentos relacionados à aplicação do direito constitucional nas diversas jurisdições⁷⁹.

Uma segunda agenda de diálogos judiciais transnacionais é o estudo da interação entre juízes. Aqui, os juízes se tornam personagens cosmopolitas⁸⁰, que pertencem a redes globais de intercâmbio de informação e influência e é influenciado por seus colegas em diferentes lugares do mundo. O trabalho de Anne-Marie

⁷⁵Por exemplo, de inspiração habermasiana, ver *Ibid.*, pp. 104 - 106, 112, 115, 126, 131.

⁷⁶ Ver TOOPE, S. J., v BRUNNÉE, J., *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 33 - 54. Também: KLABBERS, J., "Constitutionalism and the Making of International Law: Fuller's Procedural Natural Law", *No Foundations: Journal of Extreme Legal Positivism*, No. 5, 2008.

⁷⁷ Ver KINGSBURY, B., "Global Administrative Law: Implications for National Courts", en GEIRINGER, C. v KNIGHT, D.R. (eds), *Seeing the World Whole: Essays in Honour of Sir Kenneth Keith*, Victoria University Press, Wellington, 2008, pp. 121 - 125.

⁷⁸ Para um exemplo deste exercício, ver os artigos em KENNEY, S.J, REISINGER, W.M. e REITZ, J.C., *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*, Palgrave MacMillan, New York, 1999.

⁷⁹ Um dos estudos mais originais nesse sentido continua sendo DAMASKA, M.R., *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, United States, 1986.

⁸⁰ Ver BERMAN, P.S., "Judges as Cosmopolitan Transnational Actors", *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, No. 12, 2005.

Slaughter foi líder nesta linha de pesquisa, argumentando que parte da "nova ordem mundial" a qual se referiu em seu importante livro eram, precisamente, as redes transnacionais de juízes que interagiam e influenciavam-se mutuamente, independentemente dos respectivos Chefes de Estado⁸¹. Na Colômbia, César Rodríguez analisou as redes epistêmicas que compõem o que ele chama de neoconstitucionalismo na América Latina⁸², e há alguns estudos empíricos sobre a interação dos juízes constitucionais colombianos com os seus homólogos estrangeiros⁸³. Naturalmente, parte da discussão aqui é se de fato existe esta dinâmica, ou se a mesma é apenas um fenômeno que ocorre porque certa comunidade acadêmica dominante disse que está acontecendo.

Apesar de seu interesse e virtudes, o problema com o pluralismo é que, naturalmente, a vítima da violação dos direitos humanos dificilmente aceitará "diferenças razoáveis de opinião" no que diz respeito à sua proteção. Enquanto o constitucionalismo invoca imagens de ordem e coerência, o pluralismo ameaça ser uma estrutura incoerente na qual vale tudo: a opinião de, um tribunal ilegítimo, incompetente ou corrupto merece igual respeito que a opinião de um tribunal legítimo, competente e independente. Este risco foi evidente durante a Guerra Fria, quando a tensão entre os Estados Unidos e a União Soviética levou a falar de uma legítima pluralidade de aproximações ao direito internacional. Uma norma internacional poderia ser interpretada e aplicada de certa forma pelos Estados Unidos, e de outra pela União Soviética, e isso seria parte do pluralismo legítimo de aproximações ao direito internacional⁸⁴. Neste sentido, entender o direito dos direitos humanos na América Latina como um regime pluralista pode levar

⁸¹ SLAUGHTER, A.M., *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton, 2004, p. 65.

⁸² RODRÍGUEZ GARAVITO, C. A., *La Globalización Del Estado De Derecho: El Neoconstitucionalismo, El Neoliberalismo y La Transformación Institucional En América Latina*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2009.

⁸³ AZUERO, A., "Redes De Diálogo Judicial Transnacional: Una Aproximación Empírica Al Caso De La Corte Constitucional", *Revista De Derecho Público, Universidad de Los Andes*, No. 22, 2009.

⁸⁴ Esta ideia é apresentada originalmente em FALK, R. A., *The Role of Domestic Courts in the International Legal Order*, Syracuse University Press, Syracuse, 1964. Ver também FALK, R. A., "The Complexity of Sabbatino", *The American Journal of International Law*, 58 No. 4, 1964.

que a promessa de proteção termine comprometida por deferência a uma pluralidade legítima de aproximações estatais aos direitos humanos, quando o que se quer é precisamente, que não haja uma pluralidade de aproximações, mas uma única interpretação válida: a interpretação que protege os direitos humanos.

5. CONCLUSÃO

Este capítulo apresenta uma visão geral de alguns dos desafios que enfrenta a proteção multinível na América Latina. Como foi visto, a região enfrenta uma série de situações especiais que tornam pouco útil o simples transplante da aproximação europeia. No entanto, com base na riqueza de tais experiências, uma nova aproximação pode ser desenvolvida a partir da ideia de interação entre nacionais e internacionais. Além da ideia de um Constitucionalismo Interamericano, é na interação que a proteção eficiente dos direitos humanos poderá ser construída na região.

6. BIBLIOGRAFIA BÁSICA

- APARICIO, M., CASTELLA ANDREU, J.M. e EXPÓSITO, E. (eds.), *Derechos y Libertades En Los Estados Compuestos*, Atelier, Barcelona, 2005.
- AZUERO, A., "Redes De Diálogo Judicial Transnacional: Una Aproximación Empírica Al Caso De La Corte Constitucional", *Revista De Derecho Público, Universidad de Los Andes*, No. 22, 2009.
- BACHE, I. e FLINDERS, M.V., "Themes and Issues in Multi-level Governance", en BACHE, I. e FLINDERS, M.V. (eds.), *Multi-level Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- BANDEIRA GALINDO, G.R., "Progressing in International Law [Book Review]", *Melbourne Journal of International Law*, 11 No. 2, 2010.
- BASSETT MOORE, J. (ed.), *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, Government Printing Office, Washington, D.C., 1898.
- BENVENISTI, E., "Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts", *American Journal of International Law*, No. 102, 2008.
- BERMAN, P.S., "Global Legal Pluralism", *Southern California Law Review*, No. 80, 2007- 2006.
- BERMAN, P.S., "Judges as Cosmopolitan Transnational Actors", *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, No. 12, 2005.

- BHUIYAN, S., *National Law in WTO Law: Effectiveness and Good Governance in the World Trading System*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law* (7th ed.), Oxford University Press, Oxford, 2008.
- BUTLER, W., "Comparative Approaches to International Law", *Academy of International Law at The Hague, Recueil Des Cours*, No. 190, 1985.
- CANOSA, R., "La Declaración De Derechos En Los Nuevos Estatutos De Autonomía", *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 20, 2007.
- CASSESE, A., "Y-a-t-il Un Conflit Insurmontable Entre Souveraineté Des États Et Justice Pénale Internationale?", en CASSESE, A. Y DELMAS-MARTY, M., *Crimes Internationaux Et Juridictions Internationales*, P.U.F., Paris, 2002.
- CASTELLA ANDREU, J.M., "Hacia Una Proteccion "Multinivel" De Los Derechos En España: El Reconocimiento De Derechos En Los Estatutos De Autonomía De Las Comunidades Autónomas", *Boletin Mexicano De Derecho Comparad*, 40 No. 120, 2007.
- CHIMNI, B S., "Third World Approaches to International Law: A Manifesto", *International Community Law Review*, 8 No. 1, 2006.
- CHIMNI, B S., "Towards a Radical Third World Approach to Contemporary International Law", *ICCPL*, 5 No. 2, 2002.
- DAMASKA, M.R., *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, United States, 1986.
- DE WET, E., "The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order", *Leiden Journal of International Law*, No. 19, 2006.
- DE WET, E., "The International Constitutional Order," *International & Comparative Law Quarterly*, No. 55, 2006.
- DENIZEAU, C., *Existe-t-il Un Bloc De Constitutionnalité?*, L.G.D.J., Paris, 1997.
- DI FEDERICO, G., "Fundamental Rights in the EU: Legal Pluralism and Multi-level Protection After the Lisbon Treaty", en DI FEDERICO, G. (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights: From Declaration to Binding Instrument*, Springer, Dordrecht, 2011.
- EMERI, C., "Chronique Constitutionnelle Et Parlementaire Française - Vie Et Droit Parlementaire", *Revue Du Droit Public Et De La Science Politique En France Et à L'étranger*, 3, 1970.
- FALK, R. A., "The Complexity of Sabbatino", *The American Journal of International Law*, 58 No. 4, 1964.
- FALK, R. A., *The Role of Domestic Courts in the International Legal Order*, Syracuse University Press, Syracuse, 1964.

- FASSBENDER, B., "The United Nations Charter as Constitution of the International Community", *Columbia Journal of Transnational Law*, No. 36, 1998.
- FASSBENDER, B., *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Brill, Netherlands, 2009.
- FAVOREU, L., "Bloc De Constitutionnalité", en DUHAMEL, O. Y MENY, Y. (eds.), *Dictionnaire Constitutionnel*, P.U.F, Paris, 1992.
- HOFMANN, R., "Federalismo y Derechos En Alemania", en HOFMANN, R., et al. (eds.), *Estado Compuesto y Derechos De Los Ciudadanos*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2007.
- HOOGE, L. y MARKS, G., "Types of Multi-Level Governance", *Social Science Research Network*, 5 No. 11, 2002.
- HUMMER, W. e FRISCHHUT, M., "Diferentes Concepciones De La Protección De Los Derechos Humanos En La Integración Europea y Latinoamericana: La "Carta Andina Para La Promoción y Protección De Los Derechos Humanos" (2002)", *Anuario Argentino De Derecho Internacional*, 13, 2004.
- HUMMER, W., "La Elaboración De Una Carta De Los Derechos Fundamentales Del MERCOSUR Desde Una Perspectiva Europea", *Anuario De Derecho Constitucional Latinoamericano*, 15, 2009.
- KENNEDY, D., *International Legal Structures*, Nomos: Baden-Baden, 1987.
- KENNEY, S.J, REISINGER, W.M. Y REITZ, J.C., *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*, Palgrave MacMillan, New York, 1999.
- KINGSBURY, B., "Global Administrative Law: Implications for National Courts", en GEIRINGER, C. y KNIGHT, D.R. (eds.), *Seeing the World Whole: Essays in Honour of Sir Kenneth Keith*, Victoria University Press, Wellington, 2008.
- KLABBERS, J., "Constitutionalism and the Making of International Law: Fuller's Procedural Natural Law", *No Foundations: Journal of Extreme Legal Positivism*, No. 5, 2008.
- KOSKENNIEMI, M., "Human Rights, Politics, and Love", *Mennesker & Rettigheder*, No. 4, 2001.
- KOSKENNIEMI, M., *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (2nd ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- LEMAITRE RIPOLL, J., *El Derecho Como Conjuro: Fetichismo Legal, Violencia y Movimientos Sociales*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2009.
- LUCAS GUARIN, A., "Derechos Humanos En Clave De Mercosur", *Revista Brasileira De Direito Constitucional*, 15, 2010.
- MAMLYUK, B. N, e MATTEI, U., "Comparative International Law", *Brooklyn Journal of International Law*, No. 36, 2011-2010.

- MARKS, G. e HOOGHE, L., *Multi-level Governance and European Integration. Governance in Europe*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, 2001.
- MARKS, G., HOOGHE, L. e BLANK, K., "European Integration Since the 1980's: State-centric Versus Multi-level Governance", *Journal of Common Market Studies*, 34 No. 3, 1996.
- MARKS, S., *The Riddle of All Constitutions: International Law, Democracy, and the Critique of Ideology*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- MCLAUGHLIN, M., POWELL, S. e JUSTYNA, E., *Domestic Law Goes International: Legal Traditions and International Courts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- MERRY, S.E., *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*, University of Chicago Press, Chicago, 2006.
- NOLLKAEMPER, A., "Rethinking the Supremacy of International Law", *Zeitschrift Für Öffentliches Recht*, 65 No. 1, 2010.
- NOLLKAEMPER, A., "The Bifurcation of International Law: Two Futures for the International Rule of Law", *ACIL Research Paper*, No. 2011-04, 2011.
- PERNICE, I., "The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action", *Columbia Journal of European Law*, 15 No. 3, 2009.
- PETERSMANN, E.U., "How to Reform the United Nations?: Lessons from the "International Economic Law Revolution", *Aussenwirtschaft*, No. 53, 1998.
- PETMAN, J., "Human Rights, Democracy and the Left", *Unbound: Harvard Journal of the Legal Left*, 2, 2006.
- PIATTONI, S., "Multi-level Governance: a Historical and Conceptual Analysis", *Journal of European Integration*, 31 No. 2, 2009.
- RAJAGOPAL, B., *International Law from Below: Development, Social Movements, and Third World Resistance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- RIOFRIO MARTINEZ-VILLALBA, J.C., "El Bloque De Constitucionalidad Pergeñado Por El Tribunal Constitucional", *Foro - Revista De Derecho*, 6, 2006.
- ROBERTS, A., "Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, 60 No. 01, 2011.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C. A., *La Globalización Del Estado De Derecho: El Neoconstitucionalismo, El Neoliberalismo y La Transformación Institucional En América Latina*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2009.
- ROSSI, J. e FILIPPINI, L., "El Derecho Internacional en la Justiciabilidad de los Derechos Sociales: El Caso de Latinoamérica", en

- ARCIDÁCONO, P., ESPEJO, N. Y RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (eds), *Derechos Sociales: Justicia, Política y Economía en América Latina*, Siglo del Hombre Editores/LAEHR, Bogotá, 2010.
- RUBIO LLORENTE, F., "El Bloque De Constitucionalidad", *Revista Española De Derecho Constitucional*, 9 no. 27, n.d.
- SALMON, E., "La Carta Andina Para La Promoción De Los Derechos Humanos: Un Paso Hacia La Humanización Del Proceso De Integración Andina", en PUCP Instituto de Estudios Internacionales (eds), *Derecho Comunitario Andino*, PUCP, Lima, 2003.
- SANCHEZ, B., "Cuando Los Derechos Son La Jaula: Transplante Rígido Del Soft Law Para La Gestión Del Desplazamiento Forzado", *Estudios Políticos*, 35, 2009.
- SCHAUER, F., "Legal Fictions Revisited", *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, No. 29, 2011.
- SHAW, M. N., *International Law* (6th ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- SIMMONS, B. A., "Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics", Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- SKOUTERIS, T., *The Notion of Progress in International Law Discourse*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2010.
- SLAUGHTER, A.M. e BURKE-WHITE, W.W., "The Future of International Law is Domestic (or, the European Way of Law)", *Harvard International Law Journal*, 47 No. 2, 2006.
- SLAUGHTER, A.M., *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton, 2004.
- TOOPE, S. J., e BRUNNÉE, J., *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- TORRES PEREZ, A., *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- URUENA, R., "Espejismos Constitucionales: La Promesa Incumplida Del Constitucionalismo Global", *Revista De Derecho Público, Universidad De Los Andes*, No. 24, 2010.
- URUENA, R., *No Citizens Here: Global Subjects and Participation in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012.
- VON BOGDANDY, A., "Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law", *International Journal of Constitutional Law*, 6 No. 3-4, 2008.
- WEILER, J. H. H., "Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of

Fundamental Human Rights Within the Legal Order of the European Communities”, *Washington Law Review*, 61, 1986.
WEILER, J. H. H., e LOCKHART, N., “Taking Rights Seriously” Seriously: The European Court and Its Fundamental Rights Jurisprudence”, *Common Market Law Review*, No. 32, 1995.

7. JURISPRUDÊNCIA BÁSICA

7.1. Tribunais nacionais

Cámara de Comercio de Estocolmo, SCC Case No 118/2001 Nykomb Synergetics Technology Holding AB (Suecia) v Latvia (merits) (Dezembro 16, 2003) 11 ICSID Rep 158.
Conseil Constitutionnel, Decisão 71-44 DC, 16 de julho de 1971, Liberté d'asociación, Rec. 29.
Corte Constitucional de Colombia, Sentença SU-039 de 1997, M.P Antonio Barrera Carbonell.
Corte Constitucional de Colombia, Sentença C- 488 de 2009, M.P Jorge Iván Palacio Palacio.
Corte Suprema de Argentina, Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus, V. 856. XXXVIII, 9 Fevereiro 2004.
Corte Suprema de Estados Unidos. *Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008).
Tribunal Constitucional del Perú, Decisão 0047-2004-AI/TC (José Claver Nina-Quispe Hernández, em representação do Governo Regional de San Martín).
Tribunal Constitucional del Perú, Decisão 5854-2005-AA/TC (Pedro Andrés Lizana Puelles).
Tribunal Constitucional del Perú, Decisão 00007-2007-PI/TC (Colegio de Abogados del Callao).
Tribunal Constitucional del Perú, Decisão 05427-2009-PC/TC (Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva).

7.2. Tribunais regionais

CorteIDH *Almonacid-Arellano et al v. Chile*, de 26 Setembro 2006
CorteIDH *La Cantuta v. Peru*, de 29 Novembro 2006.
Tribunal Andino de Justicia, Caso 56-DL-2001, Sentença de 20 de Fevereiro de 2002.
Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Primera Instancia, Case T-306/01, *Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, 2005 E.C.R. II-3533.
Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso 29/69, *Stauder v. Ciudad de Ulm*, 1969 E.C.R. 419.
Tribunal de Justicia de la Unión Europea, T-315/01, *Kadi v. Council and Commission*, 2005 E.C.R. II-3649.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities*.

7.3. Organismos ou Tribunais Internacionais

CIADI, ICSID Case No. ARB/01/12, *Azurix Corp. v Argentina* (meritos) (Julho 14, 2006).

Corte Internacional de Justicia, *Fisheries* case, ICJ Reports 116 (1951).

Corte Internacional de Justicia, *Nottebohm* case, ICJ Reports 4 (1955).

Corte Internacional de Justicia, *Nottebohm* case, dissenting opinion of M. Guggenheim Judge ad hoc, ICJ Reports 50 (1955).

Corte Internacional de Justicia, *Headquarters Agreement* case, ICJ Reports 12 (1988).

Corte Internacional de Justicia, *LaGrand* case, Judgment, ICJ Reports 466 (2001).

Corte Internacional de Justicia, *Avena and Other Mexican Nationals*, Judgment, ICJ Reports 12 (2004).

Corte Internacional de Justicia, *Frontier Dispute*, Judgment, ICJ Reports 90 (2005).

Corte Permanente de Justicia Internacional, *Greco-Bulgarian Communities*, Advisory Opinion, Ser. B, No. 17 PCIJ (1930).

Corte Permanente de Justicia Internacional, *Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v Poland)*(Merits), Ser. A, No. 7 PCIJ (1925).

Organización Mundial del Comercio, AB Reporte del Grupo Especial, *India - Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, WT/DS50/AB/R (19 Dezembro 1997).

Organización Mundial del Comercio, Reporte del Grupo Especial, *United States—Sections 301–310 of the Trade Act of 1974*, WT/DS152/R (Dezembro 22, 1999).

2

A INTERPRETAÇÃO DE CONFORMIDADE: SIGNIFICADO E DIMENSÃO PRÁTICA (UMA ANÁLISE DA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA)

Alejandro Saiz Arnaiz
Universidad Pompeu Fabra

Resumo

Este capítulo demonstra o impacto que o mandato de interpretação internacionalmente conforme dos direitos fundamentais teve num ordenamento, como o espanhol, no qual todos os intérpretes constitucionais estão vinculados a essa diretriz interpretativa.

1. A INTERPRETAÇÃO CONFORME COMO AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO

O objetivo destas páginas é demonstrar o impacto que o mandato de interpretação internacionalmente conforme dos direitos fundamentais teve num ordenamento, como o espanhol, no qual todos os intérpretes constitucionais estão vinculados a essa diretriz interpretativa.

O segundo parágrafo do art. 10 da Constituição exige a interpretação dos direitos fundamentais e as liberdades nela reconhecidos "de acordo" com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos sobre estas matérias nos quais a Espanha faça parte. A pergunta que pretendo responder agora é a seguinte: O que significa a interpretação conforme? Em outras palavras: Qual é a intensidade do vínculo que para o intérprete, no nosso caso para o Tribunal Constitucional, ao qual será referido nestas páginas, é deduzido do critério interpretativo acima mencionado?

Presumo que a conformidade com o que a arte está em causa. 10.2 CE é material ou substancial, ou seja, que se refere ao conteúdo dos direitos presentes nos enunciados normativos a serem interpretados. Pois bem, a conformidade material pode ser

concebida de duas maneiras: como mera compatibilidade ou como conformidade *stricto sensu*. A primeira significaria ausência de contradição, a segundo «dedutibilidade»¹. No primeiro sentido estaria adequado à cláusula do art. 10.2 CE toda interpretação dos direitos fundamentais encontrados na Constituição que fosse compatível - ou não-contraditória - com os textos internacionais ali mencionados, no segundo, a cláusula implicaria que a conformidade seria alcançado apenas em casos de identidade completa, isto é, sempre o resultado da interpretação levasse a outorgar aos direitos fundamentais um conteúdo «logicamente dedutível» daqueles mesmos textos internacionais. Em minha opinião, o art. 10.2 CE refere-se à conformidade como compatibilidade ou ausência de contradição, mas não à identidade completa ou conformidade no sentido forte².

As opções apresentadas, e, certamente, a defesa da conformidade como ausência de contradição, devem ser tratados de forma diferente, em função da existência ou não, nos acordos internacionais que são utilizados como parâmetro hermenêutico, de órgãos (jurisdicionais ou assimilados) aos quais os próprios acordos conferem a tarefa da sua interpretação e aplicação. Quando esses órgãos não existem, o Tribunal Constitucional, ao decidir entre os casos que conhece, torna-se intérprete autorizado do tratado em questão, para que seu texto - em ocasiões mais aberto e vago que o da própria Norma fundamental - receberá o significado que aquele lhe outorgue. Nestes casos, o auxílio interpretativo na exegese dos direitos fundamentais quase sempre será escasso e a conformidade facilmente atingível: a proximidade de conteúdos entre esses acordos e o Título I CE e a identidade de intérprete abrirá o caminho nesta direção. Somente quando a

¹ Tomo estes termos, adaptando-os ao âmbito que aqui interessa, do comentário ao art. 101 da Constituição Italiana de GUASTINI, R., *Commentario della Costituzione. Gli organi ausiliari art. 99-100. La magistratura art. 101-103*, Bolonia-Roma, 1994, em concreto, pág. 185.

² Em pelo menos uma ocasião, o Tribunal Constitucional explicitou o significado atribuído à «conformidade com» referida no art. 10.2 CE, afirmando que «de acordo» com esta disposição, os direitos «não devem ser interpretados em contradição», no caso concreto, com a Convenção Europeia de Direitos Humanos (STC 113/1995, de 6 de julho, CI, CL 7).

literalidade do tratado resulte indubitável ao reconhecer ou proclamar o direito por sua vez *não explicitado* na Constituição, desaparecerá a amplíssima margem da qual, deslizamento de terra que, em caso contrário, dispõe o Tribunal. Isto é o que acontece, por exemplo, com o art. 14,5 PIDCP quando afirma que toda pessoa declarada culpada de um delito terá direito a que a sentença seja submetida a um tribunal superior: o Tribunal Constitucional usou este enunciado para incorporá-lo ao art. 24 CE conhecido como direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal, na ausência do próprio texto constitucional.

Quando, ao contrário, está prevista no respectivo acordo internacional a presença de alguma instância jurisdicional (ou classificado como tal) responsável pela interpretação, a conformidade com o tratado ao qual está ligado o Tribunal Constitucional abrange as decisões daquele órgão. Nestes casos, o conteúdo dos direitos presentes no texto internacional já não resulta de atuação do Tribunal Constitucional, mas do respectivo órgão de garantia, cujas resoluções devem contribuir para a conformação dos direitos constitucionalizados. A situação descrita ocorre apenas para a Espanha, no âmbito da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, por seu Tribunal e, eventualmente, até novembro de 1998, do Comitê. De maneira mais sutil e, mais recentemente, o maior intérprete da Constituição também fez uso da jurisprudência do Comitê de Direitos Humanos, criado pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, no exercício da competência que é reconhecido pelo Protocolo facultativo deste Pacto³.

Um dos argumentos que sustentam a ideia de conformidade como compatibilidade ou ausência de contradição traz causa da própria Convenção de Roma. Nos termos do seu art. 53 nenhuma

³ Além disso, a jurisprudência do Tribunal de Justiça, no âmbito da União Europeia, tem servido para a interpretação de conformidade dos direitos nos termos presentes na Constituição espanhola. Neste caso, será tratado aqui apenas tangencialmente, o vínculo que para os intérpretes constitucionais resulta do art. 10.2 CE é reforçado, conforme estabelecido nos termos do art. 93 CE, *cláusula europeia* singular da Constituição, que possibilita a integração supranacional e a produção pelo Direito da União Europeia sobre os efeitos que são únicos em suas relações com os Direitos dos Estados-membros da organização.

das disposições da Convenção e, portanto, a interpretação das mesmas que o Tribunal de Estrasburgo realize, será entendida «no sentido de limitar ou derogar quaisquer direitos humanos e liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante». Isto é, a Convenção, concebida como padrão mínimo europeu dos direitos fundamentais, não pode nunca ser usada para reduzir ou diminuir o padrão nacional destes. Impede-se, desta maneira, a plena identidade –conformidade em sentido forte– «por baixo». Em muitas ocasiões, fica vestígio na jurisprudência constitucional espanhola (em princípio) do superior conteúdo dos direitos presentes na Norma fundamental em relação aos listados na Convenção⁴.

⁴ Poderiam ser dados numerosos exemplos de Sentenças do Tribunal Constitucional em que este, na interpretação dos direitos fundamentais, vai além do que se aplica na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, e o Tribunal que o aplica, alcançam.

Assim, Tribunal Constitucional Espanhol, STC30/1981, de 24 de julho, RA, FJ3: o direito à livre escolha do advogado é também baseada das alegações individuais, quando no sistema de Estrasburgo afeta apenas o réu (embora curiosamente desta vez, o Tribunal Constitucional é também apoiada pelos arts. 6.3.c CEDH e 14.3.d PIDCP que, insisto, referem-me ao direito do réu, por isso pode-se dizer que os tratados citados não servem, em rigor, para o que são usados).

Tribunal Constitucional espanhol, SSTC 64/1988, de 12 de abril, RA, FJ1 e 19/1983 de 14 de março, RA, FJ2, que reconhecem o direito à proteção jurisdicional efetiva também às pessoas jurídicas de Direito Público enquanto a Comissão Estrasburgo rejeita sistematicamente todas as demandas levantadas por estas (no último dos julgamentos recolhidos ao Tribunal Constitucional afirma que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos conheceu conflitos promovidos por pessoas coletivas, mas não diz se públicas ou privadas).

Tribunal Constitucional espanhol, STC 137/1985, de 17 de outubro, RA, FJ 3, estendendo por primeira vez às instalações das pessoas jurídicas a inviolabilidade do domicílio, quando o Tribunal Europeu faria sete anos mais tarde (no caso *Niemietz c. Alemanha*, em 16 dezembro de 1992, A251-B; implicitamente já na Sentença Chappell de 30 de março de 1989, A152).

Tribunal Constitucional espanhol, STC214/1991, de 11 de novembro, RA, FJ 3, no qual o Tribunal Constitucional afirma a legitimação mais ampla para interpor o recurso de amparo, aberto também a quem invoque um interesse legítimo, que a prevista na Convenção de Roma (art. 25.1a) para demandas individuais perante a Comissão. Neste caso, haverá que matizar - na minha opinião - que a noção de «vítima potencial», à qual na prática tem sido ampliada a legitimação para comparecer perante a Comissão Europeia de Direitos Humanos, aproximaria bastante mais do que considera o alto intérprete da Constituição ambas situações.

Tribunal Constitucional espanhol. STC197/1995, de 21 de dezembro, CI FJ 6, onde recorde-se que o direito de não testemunhar contra si próprio ou de confessar-se culpado não são encontrados na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o Tribunal tendo reconhecido, apenas em matéria

Além disso, argumentar que o Tribunal Constitucional está sujeito *imprescindivelmente* aos conteúdos que os direitos fundamentais são derivados a partir do *case law* do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (conformidade em sentido forte ou identidade) implicaria tanto como subverter a condição daquele órgão, que deixaria de ser o intérprete supremo da Norma fundamental para tornar-se uma instância hierarquicamente submetida ao máximo intérprete da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Estritamente falando, poderia assim prescindir pura e simplesmente de todo o Título I CE. Finalmente, e paradoxalmente, o Tribunal Constitucional não poderia declarar a contradição com a Constituição de nenhum acordo internacional sobre direitos já que toda a oposição, *mesmo flagrante*, entre ambos seria salvo para o benefício deste último, do qual deveriam «ser deduzidos logicamente» os conteúdos dos direitos fundamentais presentes na Norma básica que assim, na prática, deixaria de ocupar a cabeça da ordem.

Uma pergunta que deve (ou melhor, é necessário) ser apresentada quando se analisam o conteúdo e os limites do cânone hermenêutico ao referido no art. 10.2 CE, e antes de passar para discutir seus efeitos práticos, tem a ver com o eventual caráter obrigatório do seu emprego. Ou seja, deve-se *necessariamente* acudir aos tratados e acordos internacionais para interpretar os direitos fundamentais ou, pelo contrário, corresponde ao intérprete decidir livremente o eventual recurso às

penal, no caso STEDH *Funke c. Francia*, de 25 de fevereiro de 1995 (A 256-A). Na mesma linha, com outras referências à jurisprudência estrasburguesa, STC161/1997, de 2 de outubro, CI, FJ 5.

Tribunal Constitucional espanhol, STC 196/1987, de 11 de dezembro, CI, FJ 4, onde o Tribunal Constitucional estabelece que em matéria de assistência jurídica ao detido a Norma fundamental «é mais ampla e generosa» que os tratados internacionais. No mesmo contexto, a sentença, Tribunal Constitucional Espanhol, STC188/1991, de 3 de outubro, RA, FJ 2., parece equivocar-se ao afirmar que a dupla projeção da assistência jurídica (ao detido, art. 17.3 CE, e ao acusado, art. 24.2 CE) «guarda paralelismo», entre outros, com o art. 5 CEDH, esquecendo-se que no sistema de Estrasburgo, está por reconhecer o direito à assistência jurídica para os detidos. Tribunal Constitucional espanhol, STC 21/1997, de 10 de fevereiro, RA, FJ 4, no qual se pode ler como fixar um prazo máximo de prisão preventiva, art. 17.2 CE, a garantia oferecida pela nossa Norma fundamental «é mais rigorosa do que a contida» no art. 5.3 CEDH.

fontes de produção externa? A resposta é, em minha opinião, positiva para a primeira parte da pergunta: a pauta ex art. 10.2 CE não é de livre utilização, não está disponível para o intérprete que, ao contrário, está ligado à exegese dos direitos fundamentais de conformidade com aqueles tratados e acordos. Na compreensão, e aqui a nuance, que é uma *obrigação de resultado*.

Significa que o segundo parágrafo do art. 10 da Constituição não exige a presença material –escrita– na argumentação do Tribunal (situemo-nos no caso mais evidente: a atividade jurídica) de referências ou remissões que apoiem o uso de textos internacionais no processo racional que leva à sentença. Seria absurdo que fosse assim. Nem art. 3.1 do Código Civil, elaborado na sua abertura em termos muito semelhantes à disposição aqui estudada⁵, envolve a exigência de que todo o processo interpretativo da legalidade ordinária –e até mesmo constitucional– sempre sejam utilizadas todas as ferramentas hermenêuticas listados ali.

Ao que o art. 10.2 CE exige é que o conteúdo predicável dos direitos, resultado da atividade interpretativa apresentada pelo Tribunal em questão, respeite o que resulta daqueles textos internacionais. A motivação, em suma, não deve deixar sempre e em qualquer caso vestígios do referente internacional, mesmo que o resultado da mesma deve se adaptar, como se tentou mostrar nas páginas anteriores, aos cânones decorrentes dos Tratados e acordos sobre direitos fundamentais.

Se observarmos a jurisprudência do Tribunal Constitucional percebemos que as remissões às fontes de origem internacional não aparecem, muito menos, em todos os casos em que estão em jogo a interpretação de um ou mais direitos fundamentais. Aproximadamente em dez por cento do total das Sentenças do alto Tribunal há referências do tipo das indicadas; uma porcentagem que sobe para quase vinte por cento de amparo para os recursos de amparo.

⁵ O artigo 3.1 do Código Civil afirma: "As normas serão interpretadas de acordo com o significado próprio das suas palavras, em relação ao contexto, os antecedentes históricos e legislativos, e a realidade social da época que devem ser aplicadas, atendendo principalmente ao espírito e à finalidade daquelas."

As causas que levam ao uso *explícito* deste cânone hermenêutico são conhecidas apenas pelo próprio Tribunal, e uma vez que parece lógico duvidar da existência de um critério pré-determinado aplicável em toda circunstância, deverá saber concretamente para poder acessá-las. Entre estas poderão ser encontradas, por exemplo, a complexidade particular dos recursos, a falta de precedentes na jurisprudência constitucional e a existência dos mesmos na atividade dos órgãos de garantia dos tratados que são utilizados, o aumento da persuasão da decisão, o não reconhecimento como tal na Norma fundamental de um direito (ou seja, garantia ou a situação jurídica) presente naqueles e –sem ânimo de esgotar as hipóteses– o fato de que alguma das partes no processo tenha sido referida nas suas reivindicações às fontes internacionais⁶.

Assumindo já a ideia de conformidade como compatibilidade ou ausência de contradição e sua condição de obrigação de resultado, será estudada em seguida a influência que a referida pauta hermenêutica exerceu sobre a interpretação dos direitos fundamentais realizada pelo Tribunal Constitucional.

⁶ Neste sentido não podemos deixar de reconhecer que o Tribunal Constitucional não se sente vinculado pelos argumentos de que os envolvidos no processo podem fazer, quiados pela cláusula de abertura do art.10.2 CE de quaisquer documentos internacionais. Assim, por exemplo, são vários os seus pronunciamentos que no constam nos Antecedentes alegações deste tipo, porém o Tribunal faz uso de tratados que geralmente mencionada aquela disposição constitucional. Assim, entre outros, e somente com citação do número da Sentença, SSTC 81/1982; 35/1983; 101/1983; 19/1985; 35/1985; 82-84/1986; 159/1986; 60/1988; 111/1988; 150/1991; 195/1991; 76/1992; 103/1992; 116/1993; 8/1994; 30/1994, v 56/1994. No entanto, esclarece-se, que, por vezes, o silêncio de tais referências nos Antecedentes não é prova da não alegação, pois esta pode constar quando seja reproduzida em algum momento ao longo dos Fundamentos Jurídicos as pretensões das partes.

Nos primeiros tempos de atividade do Tribunal Constitucional era normal que este empregasse o cânone hermenêutico ex art. 10.2, na ausência de qualquer menção pelos participantes no processo. Assim, em dez das primeiras quinze Sentenças nas quais o uso daquele cânone é feito, não se reflete sua alegação nos Antecedentes. Trata-se das SSTC 5/1981; 11/1981; 12/1981; 16/1981; 24/1981; 25/1981; 30/1981; 34/1981; 15/1982, e 19/1982.

2. A INTERPRETAÇÃO COMO INTEGRAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS MEDIANTE OS TRATADOS INTERNACIONAIS

Observa-se neste momento que um dos aspectos que gerou mais polêmica quando foi discutida no Senado a muito controversa emenda da qual se originou o atual art. 10.2 CE foi precisamente, a previsão do caráter não apenas *interpretativo*, mas também *integrativo* dos tratados internacionais sobre os direitos fundamentais. A maioria de votos a favor da referida emenda na Comissão de Constituição da Câmara alta foi possível, depois de um debate longo e tenso, graças – entre outros motivos – à supressão do termo "integrarão". Pode parecer, e penso que esta visão é confirmada pela leitura do Diário de Sessões, que quase todos os participantes na discussão percebiam a interpretação como uma operação quase mecânica de atribuição de significado que nunca poderia levar a extrair, neste caso das disposições constitucionais sobre os direitos fundamentais, contidos nelas não explícitos; em outras palavras, a interpretação como pura cognição da Direito vigente. Isto é, que para aqueles senadores mediante a interpretação não seria possível concretizar, desenvolver ou preencher a literalidade do texto ao qual o intérprete enfrenta. As coisas, no entanto, não parecem ser assim. Pelo contrário, o Direito positivo, e a Constituição é, não pode ser concebido como uma realidade plena, acabada, em tudo anterior a sua interpretação e aplicação.

A interpretação, de fato, consiste na atribuição de significado a um enunciado normativo. Atualmente, é comumente assumido que o Direito é criado mediante a referida operação ou, nas palavras de Paladin, é produzida «a positividade do direito»⁷, de modo que a função criativa – não isenta de limites – da jurisprudência e, certamente, e acima das outras, da jurisprudência constitucional, costuma ser enquadrada com frequência na teoria das fontes do Direito.

⁷ PALADIN, L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, pág. 102.

É muito esclarecedora a este respeito, a distinção clássica entre disposição e norma. Pela primeira entenderemos (e, nesse sentido, tentou-se utilizar ao longo das páginas anteriores) todo o texto normativo, ou melhor, todo enunciado pertencente a uma fonte do Direito. Por sua vez, as normas serão o resultado da interpretação; o significado atribuído a tais textos ou enunciados. Em outras palavras, a disposição é apenas o objeto da atividade interpretativa (um enunciado a ser interpretado) e a norma o seu resultado (um enunciado interpretado)⁸.

As disposições são elaboradas pelos poderes públicos titulares de potestades normativas de acordo com o sistema constitucional das fontes do Direito; mas Zagreblesky está certo ao afirmar que o conjunto daquelas «é apenas o ordenações em potência»⁹, porque corresponde às instâncias competentes –digamos jurídicas– a formulação, através da interpretação, das normas que serão aplicadas concretamente. Os significados resultantes dessa atividade (as normas) nem sempre coincidem e, em qualquer caso; se olharmos para o campo da justiça constitucional seria suficiente para recordar as sentenças interpretativas, os votos peculiares e as mudanças da própria jurisprudência, para notar a pluralidade de possíveis significados. Em suma, a interpretação das disposições envolve atribuição de significado e, portanto, as normas obtidas daquelas poderão ser diferentes em virtude da identidade do intérprete e das circunstâncias em que se desenvolve a sua atividade, entre outros fatores.

As margens do processo que mediante o raciocínio jurídico (mas não apenas) conduzem da disposição à norma dependem, em grande parte, mas não exclusivamente, da forma que a primeira se encontre formulada. Neste sentido, não se pode

⁸ Para todos podem ser consultados sobre este assunto, CRISAFULLI, V., "Disposizione (e norma)", *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milán, 1964, págs. 195 ss.; TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Milán, 1980, págs. 9-10, y GUASTINI, R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, 1994, págs. 17 ss. Sobre a doutrina espanhola, recentemente, EZQUIAGA GANUZAS, F.J., *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Valencia, 1998, págs. 51 ss.

⁹ Citado por L. PALADIN, *Le fonti del diritto...*, *op. cit.*, pág. 103.

duvidar que as Constituições, as suas enunciados normativos, e especialmente aqueles que declaram os direitos fundamentais, têm geralmente características de abertura e de indeterminação que se diferenciam da lei. Assim, por exemplo, Böckenförde escreveu que as disposições sobre direitos fundamentais das Constituições dos Estados de Direito «são, de acordo com a literalidade e morfologia das suas palavras, fórmulas lapidárias e preceitos de princípio que carecem em si mesmas, além disso, de um único sentido material»¹⁰. E na Espanha, Rubio Llorente lembrou que «a norma constitucional é estruturalmente distinta da norma legal ordinária [...]. A diferença é que, como se sabe, no grau de maior generalidade e abstração que caracteriza a norma constitucional e que resulta não apenas da leitura literal do enunciado normativo, mas também, e acima de tudo o fato de que faz parte de um sistema que é, por definição, amplo e aberto»¹¹.

Se isso for verdade –ninguém parece discutir– que a amplitude, abertura e fragmentação definem o tratamento constitucional dos direitos fundamentais, ou seja, das disposições que lhes digam respeito, só nos resta concluir que o esforço dos nossos constituintes para remover a referência à integração dos direitos por meio dos tratados internacionais foi em vão. A interpretação daquelas disposições implica, num sentido provavelmente não desejado pela maioria da Comissão de Constituição do Senado, integração. Nas palavras de HESSE, « a interpretação constitucional é “concretização” (*Konkretisierung*)

¹⁰ BÖCKENFÖRDE, E., *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. esp., Baden-Baden, 1993, páq. 44. Sobre a diferença apontada entre a Constituição e a lei, *ibidem*, páqs. 16-17. Neste sentido, entre outros, Alexy, R., *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. esp., Madrid, 1993, p. 532, que define as «disposições fundamentais» como «muito abstratas, abertas e ideologizadas» (sobre a diferença entre «norma de direito fundamental» e «disposição de direito fundamental», *ibidem*, páqs. 63-66). Também SCHENEIDER, H.P., *Democracia y Constitución*, trad. esp., Madrid, 1991, páq. 59, que se refere à "amplitude e indeterminação" do conteúdo das normas constitucionais. Finalmente, HESSE, K., *Escritos de derecho Constitucional*, trad. esp., Madrid, 1992, páq. 17, na qual se reconhece que «as regras da Constituição não são completas nem perfeitas», afirmando mais tarde que «para o Direito Constitucional a importância da interpretação é essencial, pois, dado o caráter amplo e aberto da Constituição os problemas de interpretação surgem com mais frequência do que em outras partes da ordenação cujas regras são mais detalhadas» (*ibidem*, páq. 34).

¹¹ Em *La forma del poder*, Madrid, 1993, páq. 617.

Precisamente o que não aparece claramente como o conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado [...]. Neste sentido, a interpretação constitucional tem caráter criativo: o conteúdo da norma interpretada somente se completa com a sua interpretação; no entanto, apenas nesse sentido tem caráter criativo: a atividade interpretativa está ligada à norma»¹².

Consequentemente, ao passar da disposição à norma o exegeta, no nosso caso o Tribunal Constitucional, usa os argumentos interpretativos ao seu alcance no marco da atividade «não só explicativa, mas de preenchimento, que raramente recebe a forma de uma decifração ou concretização»¹³. E deve-se notar agora que o único vínculo hermenêutico submetido pela Constituição apenas explicitamente ao seu maior intérprete são justamente os tratados internacionais sobre os direitos fundamentais.

2.1. O conteúdo dos direitos fundamentais e os tratados internacionais

Ao proceder à interpretação das disposições que reconhecem os direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional estabelece o seu conteúdo, determina se os poderes, posições ou garantias envolvidas no processo em questão são adequados, ou não, àqueles enunciados normativos. Em outras palavras, o Tribunal, na qualidade de intérprete final da Constituição declara, com caráter vinculante, seus conteúdos¹⁴: confirma ou rejeita a adequação da

¹² *Escritos...*, *cit.*, págs. 40-41. Ver também, neste mesmo sentido, RUBIO LLORENTE, F. *op. cit.*, págs. 618-620.

¹³ BÖCKENFÖRDE, E. *op. cit.*, pág. 44. Enquanto isso, RODRÍGUEZ BEREIJO A. argumenta que a «função da jurisdição constitucional não é, portanto, uma tarefa puramente exequética da Constituição como se tratasse de uma Lei qualquer, mas uma interpretação criativa, de desenvolvimento e promoção da mesma» (RODRÍGUEZ BEREIJO, A., "Constitución y Tribunal Constitucional", *REDA*, n. 91, 1996, pág. 371). Este autor lembra o julgamento de TOMÁS, F., e VALIENTE sobre a «função *criativa, constituinte, completiva e necessária*» do Tribunal Constitucional, «que é condição fundamental para a ação integradora no tempo da Constituição» (*ibidem*, pág. 370).

¹⁴ Por isso, pode-se argumentar que a interpretação constitucional «assume uma nova e essencialmente diferente perspectiva diante de uma Jurisdição constitucional dotada de amplas competências. Se até então a interpretação estava dirigida à observância e realização da Constituição no processo político da legislação e no trabalho dos órgãos da Administração, a partir desse momento esta dirigida à *última decisão judicial vinculante de um Tribunal sobre o conteúdo da Constituição*», en BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, pág 14 (o itálico foi acrescentado). A interpretação que o Tribunal Constitucional realiza da Constituição não é, de fato, a única, mas,

atividade normativa do legislador ao mesmo (nos processos de controle da constitucionalidade das leis e fontes equiparadas), ou quando conhece os recursos de amparo, julga em conformidade com o conteúdo do desempenho dos poderes públicos¹⁵.

Em hipótese teórica que poderíamos ficar aqui na ficção da interpretação como atividade puramente cognitiva: O Tribunal não cria nada porque nada diz que ainda não esteja na Constituição. E, formalmente, deve-se reconhecer, assim é. O Tribunal Constitucional não tem poder constitucional: não elabora disposições (embora expresse normas), não escreve a Constituição. Mas, como acabamos de afirmar, a concretiza ou preenche cada vez, por exemplo, da (quase sempre) formulação concisa de um direito fundamental extrai um conjunto de faculdades nas quais este é implantado. A soma dessas faculdades, no seu caso previamente definidas como tais pelo legislador para desenvolver o direito fundamental ou regular seu exercício, integra o direito fundamental em questão; seu conteúdo constitucionalmente declarado.

Quando a Constituição espanhola refere-se ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais do Capítulo II do seu Título Primeiro (art. 53.1) para impô-lo como um limite para o legislador, está implicitamente reconhecendo que, uma vez que só o Tribunal Constitucional pode fiscalizar o comportamento normativo das Cortes Gerais (e dos Parlamentos territoriais) corresponderá a esse órgão a realização de qual seja, para cada direito, aquele conteúdo essencial presente na Constituição. Toda intervenção normativa no

como escreveu SÁINZ MORENO, F., a que «prevalece e corrige todas as demais», em SÁINZ MORENO, F., "Interpretación jurídica (Derecho Constitucional)", AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, vol. 3, pág. 3.711.

¹⁵ Agora supõe-se que o conteúdo constitucionalmente protegido ou declarado de todo direito fundamental é simplesmente o conjunto de faculdades, garantias e posições jurídicas que integram o seu conteúdo essencial ou mínimo e o seu conteúdo não-essencial ou normal. O primeiro insuscetível de limites e inatacável por lei, que nada pode incorporar ou subtrair do mesmo; o segundo, restringível pelo legislador para a salvaguarda ou proteção de outros bens ou direitos constitucionais tutelados e em respeito sempre do princípio da proporcionalidade. Em ambos os casos, insistimos, estamos em presença do conteúdo sobre determinado direito que emana diretamente da Constituição. Ver MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, 1996, *passim*.

domínio dos direitos fundamentais, beneficiando-se da presunção de constitucionalidade, sempre estará à custa do seu possível controle pelo Juiz das leis que é responsável por declarar sua eventual inadequação à Norma fundamental. Neste sentido, afirmamos que a o conteúdo constitucionalmente necessário dos direitos fundamentais, *em última análise*, depende da atuação do Tribunal Constitucional.

Se isto é assim, se o Tribunal Constitucional tem a palavra final sobre o que pode ser o conteúdo mínimo ou essencial dos direitos fundamentais e se, como comentávamos anteriormente, nesta tarefa interpretativa-integrativa o Tribunal deve proceder em conformidade com os tratados internacionais, a conclusão parece forçada: aquele conteúdo mínimo deve incorporar (no sentido de não contradizer) as faculdades, garantias ou posições jurídicas nas quais o direito fundamental é realizado de acordo com tais tratados. Essa mesma vinculação afeta o Legislativo quando desenvolve ou regula o exercício dos direitos já que «os elementos que o Tratado introduz no conteúdo dos direitos não são "faculdades adicionais" das que o legislador possa prescindir, mas parte do conteúdo mínimo do direito que o legislador deve respeitar»¹⁶, de modo que ao conformar aquelas faculdades suplementarias, *não impostas pela Constituição*, o Parlamento pode funcionar com uma margem muito maior de configuração. Se o Tribunal Constitucional *nada* pode acrescentar a essas faculdades adicionais, que dependem na sua existência da livre discricção do legislador, não ocorre o mesmo em relação ao conteúdo essencial que, *imposto pela Constituição*, aquele se responsabiliza por assegurar em todo caso (em ocasiões, corrigindo ao legislador) de conformidade com as convenções internacionais.

¹⁶ RUBIO LLORENTE, F., "Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España", *Claves*, No. 75, 1997, pág. 6.

Não oculto as dificuldades que o conceito de conteúdo essencial apresenta, algo que demonstre que talvez o fato de que a maioria dos casos nos quais é usado pelo Tribunal Constitucional a sua «influência real como *ratio decidendi* é praticamente inexistente»¹⁷. No entanto, não podemos deixar de reconhecer, e este é o aspecto que interessa aqui, que a chamada para o uso dos tratados internacionais para a interpretação dos direitos fundamentais pode contribuir muito para a definição dos contornos do mencionado conceito (jurídico indeterminado) de conteúdo essencial, servindo como critério decisivo para a investigação a sua averiguação e sujeitando assim o trabalho do Tribunal Constitucional a parâmetros cognoscíveis e controláveis. Tudo isso na convicção de que «a decisão jurídica, e particularmente no Direito Constitucional, nunca pode ser totalmente racionalizada; mas isso apenas pode significar que o que está envolvido é a *racionalidade* possível, não de que simplesmente pode prescindir de uma metodologia consciente»¹⁸.

Convém lembrar neste momento que quando o Tribunal Constitucional se atreveu, numa das suas primeiras decisões, e, nas suas próprias palavras, a «aproximar-se de alguma maneira da ideia de "conteúdo essencial"», não deixou de reconhecer que

«muitas vezes o *nomen* e o alcance de um direito subjetivo são prévios ao momento em que esse direito resulta reunido e regulado por um legislador concreto»,

e acrescentou que

«o tipo abstrato do direito pré-existente conceitualmente ao momento legislativo e, nesse sentido, podemos falar de uma recognoscibilidade deste tipo abstrato na regulação concreta».

Assim, depois de estimar que

«constituem o conteúdo essencial de um direito subjetivo àquelas faculdades ou possibilidades de atuação necessárias para que o direito seja recognoscível como pertencente ao tipo descrito»,

concluiu:

«Tudo se refere ao momento histórico de que se trata em cada caso e as condições inerentes nas sociedades democráticas, no caso dos direitos constitucionais»¹⁹.

¹⁷ MEDINA GUERRERO, *La vinculación...*, cit., pág. 160.

¹⁸ HESSE, *Escritos...*, cit., pág. 48.

¹⁹ STC 11/1981, de 8 de abril, RI, FJ 8. Conceito reiterado, entre outras, nas SSTC 37/1987, de 26 de março, RI, FJ 2, e 196/1987, de 11 de dezembro, CI, FJ 5.

Em minha opinião, nada impede entender que as referências reproduzidas agora sustentam *o uso privilegiado* do qual considere como *argumento comparativo para identificar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. Certamente, a presença de tais direitos nos tratados internacionais é muito mais antiga do que o seu reflexo na Constituição Espanhola, e o tipo abstrato de direitos é recognoscível e homologável nas diferentes sociedades democráticas, especialmente no campo das instituições, como o Conselho de Europa cuja Convenção de Direitos Humanos, e os conteúdos que para este contribui a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, afirma-se pela definição de um padrão mínimo comum de direitos e liberdades no qual sejam respeitados, em qualquer caso a sua (nos termos francês e inglês frequentes naquela jurisprudência) «*noyau dur*», «*substance même*» ou «*essence*»²⁰.

O Tribunal Constitucional, que, como veremos mais adiante, a respeito de alguns direitos em concreto parece ter assumido esta percepção, oferece em muitos de seus pronunciamentos formulações indubitáveis de caráter geral que suportam a utilidade dos tratados e acordos internacionais na identificação do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais. Assim, foi reconhecido prematuramente que

«os tratados internacionais ratificados pela Espanha são instrumentos valiosos para definir o *sentido* e o *alcance* dos direitos»

reunido pela Constituição²¹, enquanto que a sua utilidade foi estabelecida para efeito de não apenas esclarecedores, *mas*

²⁰ Para MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, págs. 162-163, a garantia do conteúdo essencial «talvez [...] adquira sua máxima virtualidade e sentido» pela sua conexão com o art. 10.2 CE. Para o efeito, lembre-se como em ocasiões o Tribunal Constitucional «atreve-se a submergir» no conteúdo essencial de certos direitos fundamentais «porque tem o suporte sólido dado pelos tratados [...] e, nomeadamente, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos».

Ver também na doutrina, e entre outros muitos, sobre onexo entre o art. 10.2 CE e o conteúdo essencial, RUBIO LLORENTE, «*Los derechos fundamentales...*», *cit.*, pág. 6; CRUZ VILLALÓN, P., «*Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas*», *REDC*, No. 35, 1992, pág. 66.

²¹ STC 38/1981, de 23 de novembro, RA, FJ 4 (o itálico está acrescentado). No mesmo sentido, SSTC 254/1993, de 20 de julho, RA, FJ 6, e 84/1989, de 10 de maio, RA, FJ 5. Ver também as

também integradores do conteúdo daqueles, cuja melhor identificação é possível graças aos tratados²². Embora a afirmação mais categórica neste encontre-se na STC 36/1991, na qual lembrando que o art. 10.2 EC «obriga a interpretar» os direitos fundamentais de acordo com os tratados, afirma-se

«que na prática este conteúdo [dos tratados ou convenções] torna-se de certa maneira no conteúdo constitucionalmente declarado dos direitos e liberdades estabelecidos no segundo capítulo do Título I da nossa Constituição»²³.

Resta-nos um esclarecimento para finalizar. Até agora tem sido considerado que o cânone interpretativo do art. 10.2 CE pode ser decisivo, e essa seria a sua principal virtualidade, na definição do conteúdo essencial ou mínimo, ou seja, dos elementos integrantes do direito que são absolutamente indisponíveis, não suscetíveis a limitações. Fala-se do conteúdo essencial como limite dos limites aos direitos fundamentais.

Agora gostaria de especificar (com o matiz que me limito a enunciar no campo do Direito da União Europeia) é que em termos de limites o intérprete dos direitos fundamentais, como o legislador para regular o seu exercício ou proceder ao seu desenvolvimento, está vinculado apenas por aqueles decorrentes da Constituição, e que nunca poderá alegar nenhum limite dos acordos internacionais que não se encaixem com os presentes na Constituição, que sempre deverão ser interpretados em conformidade com aqueles acordos. O problema, em concreto, não é focado em relação aos limites que a Constituição fixa ou estabelece por si mesma, ou seja, dos limites explícitos²⁴, mas dos conhecidos como limites

Sentenças 233/1993, de 12 de julho, RA, FJ 1, e 177/1994, de 10 de junho, RA, FJ 1, nas quais se afirma que tais acordos contribuem à configuração e ajudam ao entendimento dos direitos fundamentais.

²² Assim, SSTC 64/1991, de 22 de março, RA, FJ 4; 105/1994, de 11 de abril, RA, FJ 5; 181/1994, de 20 de junho, RA, FJ 2; 77/1995, de 22 de maio, RA, FJ 2, e 51/1996, de 26 de março, RA, FJ 1.

²³ STC 36/1991, de 14 de fevereiro, CI, FJ 5.

²⁴ Limites explícitos, a propósito, que é necessário diferenciar das previsões constitucionais que delimitando o conteúdo de um direito fundamental servem para excluir a sua presença. Assim, por exemplo, a comissão de um delito flagrante não é um limite para o direito à inviolabilidade do

implícitos ou indiretos (também chamados de limites inerentes), em virtude dos quais a tutela de outros direitos ou bens jurídicos consagrados na Constituição pode justificar a diminuição não apenas do conteúdo essencial, mas do que pode e costuma chamar-se conteúdo normal, ou seja, daquela parte do conteúdo constitucionalmente declarado de um direito fundamental que não integra as faculdades ou posições jurídicas em nenhum caso restringíveis²⁵.

Em princípio, a jurisprudência constitucional não parece mais limites inerentes àqueles decorrentes da própria Constituição, os que esta «prefigura»²⁶. No entanto, e no que interessa agora, de certas Sentenças parece possível inferir que o Tribunal Constitucional aceitou a existência de limites que não estão presentes na Norma Fundamental trazendo-os de algum dos tratados ratificados pela Espanha sobre direitos fundamentais. Já na STC 22/1981 assumiu-se que a aposentadoria forçada é uma limitação ao direito ao trabalho justificada pelo art. 29.2 DUDH (que se refere ao «reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades de outrem», que também se refere ao art. 10.1 CE), e também

«por sua contribuição para o bem-estar geral –outros dos limites reconhecidos na Declaração Universal dos

domicílio, pura e simplesmente, nesse caso, não há um direito suscetível de limitação (art. 18.2 CE). Da mesma forma, a realização de uma reunião com armas colocar-nos-ia fora do direito de reunião (art. 21.1 CE).

Dentro dos limites explícitos podem ser distinguidos os diretos, previstos nos dispositivos constitucionais (assim, por exemplo, a manutenção da ordem pública protegida por lei, em relação à liberdade ideológica, religiosa e de culto, art. 16.1 CE; e o direito à honra, à intimidade, etc., relativo à liberdade do art. 20 CE), e os limites que tomam a forma de ações específicas de limitação dirigidas ao legislador (entre os que são contados, sempre a título de exemplo, a exceção para a abolição da pena de morte em tempos de guerra, art. 15 CE, bem como a limitação do direito de associação para os membros das Forças Armadas e Institutos, art. 28.1 CE.).

²⁵ A respeito, MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, págs. 70 ss.; e AGUIAR DE LUQUE, L., “Los límites de los derechos fundamentales”, *RCEC*, No. 14, 1993, págs. 9 ss. Ver também o completo e esclarecedor estudo de UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., “Una reflexión acerca de los límites de los derechos fundamentales”, *Revista Colombiana de Derecho Constitucional*, No. 4, 1998, págs. 25 ss. Do mesmo autor, *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático*, Madrid, 1999, en concreto, págs. 239 ss.

²⁶ MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, pág. 73.

Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais—»,

embora também foi observada nessa ocasião que o limite em questão

«baseia-se em princípios e valores assumidos constitucionalmente, como a solidariedade, a igualdade real e efetiva e a participação de todos na vida econômica do país (art. 9 da Constituição)»²⁷.

O máximo que se pode dizer é que, nesta decisão, o Tribunal também se orientou de limites presentes em certos tratados, embora não resolveu de acordo com eles, na verdade, provavelmente poderia ter chegado à mesma conclusão a partir de apenas o texto constitucional.

Muito mais explícita pode ser considerada a atitude do Tribunal Constitucional na sua Sentença 62/1982, na qual foi reconhecido que o direito a um processo público e a liberdade de expressão pudessem ser limitados à proteção da «moral pública» que foi considerado um dos

«limites implícitos [...] prevista na área do Direito Internacional no qual está inserida a nossa Constituição»²⁸.

²⁷ STC 22/1981, de 2 de julho, CI, FJ 9.

²⁸ STC 62/1982, de 15 de outubro, RA, FFJJ 2, 3 e 5. Foi feita referência aqui para justificar tais limites para os arts. 29.2 DUDH, 14 PIDCP e 6 CEDH, para o direito a um processo público, e aos arts. 29.2 DUDH, 19.3.b PIDCP e 10 CEDH, para a liberdade de expressão. Ver também a STC 176/1995, de 11 de dezembro, RA, FJ 5, que reenvia à Sentença tratada agora a propósito do limite à liberdade de expressão.

Contra esse uso num sentido restrito dos tratados internacionais, e aludindo ao STC 62/1982, DE OTTO, I., "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución", na sua obra com MARTIN-RETORTILLO, L., *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988, págs. 114- 115; MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, páq. 87; AGUIAR DE LUQUE, «Los límites...», *cit.*, páq. 29, e GAY FUENTES, C., "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre en materia de libertad de expresión y su aplicación por el Tribunal Constitucional español", *RAP*, No. 120, 1989, págs. 259 ss.

Por sua vez REY MARTÍNEZ, F. "El criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a normas internacionales", *Rev. General de Derecho*, No. 537, 1989, páq. 3629, considera, de forma contrária, que o art. 10.2 CE «em sua função de formação do conteúdo, mas também por causa disso, dos limites dos direitos fundamentais, fornece critérios objetivos e relativamente seguros, os dos textos internacionais (apesar de serem mais ou menos indeterminados), ao TC por delimitar estes limites». Este autor continua sobre o problema, «delicado e fundamental, profundamente enraizado na atividade do TC consistente ao

Algumas (poucas) Sentenças posteriores podem levar a pensar que, juntamente com os limites inerentes, o Tribunal de Justiça assumiu esporadicamente outros limites decorrentes dos acordos internacionais e não pré-determinados pela Constituição (ou pelo menos não declarados por este como tais). Trata-se, em todo caso, de exemplos isolados dos que não parecem poder deduzir a existência de uma jurisprudência a respeito²⁹.

Em minha opinião, a «importação» (que a rigor não é tal) de limites está expressamente proibida, no caso da Convenção Europeia dos Direitos Humanos pelo seu já citado art. 53 (anterior art. 60.), segundo o qual nenhuma das disposições deste acordo «deve ser interpretado como uma limitação» os direitos reconhecidos pelas leis de qualquer Estado parte. O próprio art. 10.2 CE, ao transmitir à Convenção para a interpretação dos direitos fundamentais impediria qualquer exegese destes *em*

especificar se um limite introduzido por lei ao direito positivado ao mais alto nível viola ou não o conteúdo essencial deste. Bem, entre outras técnicas, a prevista no art. 10.2 CE prevê, como destaca a jurisprudência do TC neste ponto, critérios objetivos a tal atividade». Assegurando também o recurso aos tratados internacionais ex art. 10.2 CE para a determinação dos limites dos direitos fundamentais está disponível LLAMAZARES CALZADILLA, M.C., *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Madrid, 1999, en concreto, págs. 234 y ss. y 304 y ss.

²⁹ Alguns casos nos quais são aludidos a limites dos direitos fundamentais decorrentes dos tratados internacionais, embora nem sempre seja possível a sua desvinculação da Constituição, podem ser encontrados, além das duas Sentenças citados na nota anterior, no SSTC 13/1985 de 31 de janeiro, RA, FJ 3 (direito a um processo público e direito de receber informações: limita e x arts. 14.1 PIDCP e 6.1 CEDH); 51/1989, de 22 de fevereiro, RA, FJ 2 (liberdade de expressão e informação: art. 10.2 CEDH); 65/1992, de 29 de abril, RA, FJ 2 (direito a um processo público: arts. 20 e 10 DUDH, 14.1 PIDCP e 6.1 CEDH); 341/1993, de 18 de novembro, RI-CI, FJ 5 (liberdade pessoal: art. 6.3.c CEDH); 29/1995, de 6 de fevereiro, RA, FFJJ 3-4 (direitos de defesa: art. 6.3.c CEDH); 50/1995, de 23 de fevereiro, RA, FJ 6 (inviolabilidade do domicílio: art. 8.1 e 2 CEDH) e 140/1995, de 28 de setembro, RA, Pleno, FFJJ 3, 4 e 6 (direito à tutela judicial: Direto Internacional convencional sobre imunidades diplomáticas e art. 6.1 CEDH).

Também estão disponíveis as decisões nas quais o Tribunal Constitucional se refere ou alude aos limites decorrentes dos tratados, as SSTC 89/1989, de 11 de maio, CI, FJ 8; 171/1990, de 5 de novembro, RA, FFJJ 9 e 10; 205/1994, de 11 de julho, RA, FJ 5 (reiterado em STC 157/1996, de 15 de outubro, FJ 5), e 260/1994, de 3 de outubro, RA, FJ 1. Ver também as sentenças citadas na nota 124 (das quais resulta que o regime de imunidades dos Estados estrangeiros, que dependem em parte do Direito Internacional geral, pode atuar como limite para o direito a uma tutela judicial efetiva) e indivíduos úteis para STC 111/1983, de 2 de dezembro, RI, e a STC 115/1987, de 7 de junho, RI.

contradição com o art. 53 CEDH, ou seja, assumindo que não há limites constitucionalmente previstos.

Nos outros tratados empregados pelo Tribunal Constitucional, basicamente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, a situação é um pouco diferente. A primeira contém uma cláusula geral limitações legitimando «*estabelecidas pela lei*», a fim de garantir «o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar geral numa sociedade democrática» (art. 29.2), e o segundo, além de incorporar uma disposição geral semelhante ao art. 53 CEDH (art. 5.2 PIDCP), define os limites, com uma técnica semelhante a da Convenção de Roma, ao longo de seus artigos e respeito de direitos específicos, com referências frequentes à saúde, ordem e moral públicas e segurança nacional.

Assim, assumindo que não parece possível deduzir limites a partir da Convenção Europeia dos Direitos Humanos pela proibição expressa nele contida, e que os outros acordos internacionais *remetem sua fixação aos ordenamentos estatais* (a lei, genericamente aludida em todos estes) pode-se concluir que, na medida em que esses limites não resultem, sequer como os limites inerentes, da própria Constituição, o intérprete dos direitos fundamentais não poderá recorrer aos textos em busca de limitações que não se enquadrem na Norma fundamental. Neste sentido, a doutrina espanhola é praticamente unânime ao considerar que o art. 10.2 CE não possibilita a interpretação restritiva ou dos direitos fundamentais a partir da cláusula de hermenêutica nele contida. Coisa bem diferente é que, quando tais limites também estão presentes na Constituição, que ocorrerá quase sempre, seja como limites explícitos ou no seu caso iminentes, sua exegese deve ser realizada de acordo (na ausência de *contradição*) com os tratados e acordos internacionais.

2.2. Os tratados e a jurisprudência internacional como exemplo e como modelo

Para efeitos integrativo-interpretativos do art. 10.2 CE os tratados e acordos, bem como a jurisprudência emanada de seus órgãos de garantia, podem servir de duas maneiras: como *exemplo* e como *modelo*. Na primeira hipótese, a fonte de origem internacional *contribui* para a justificação de uma decisão já tomada, ou seja, serve para reforçar o discurso argumentativo do Tribunal, mas a solução que este dá ao caso seria exatamente a mesma na ausência do referente internacional. Pelo contrário, sempre que alguma dessas fontes *fundamenta* a decisão, ou seja, quando se torna instrumento principal –se não único– do raciocínio do intérprete, que não deveria necessariamente chegar à mesma solução, prescindindo dela, pode ser estabelecido que o tratado (*lato sensu*) atua como modelo³⁰.

Às vezes, é verdade, não é fácil fazer a distinção entre os dois casos. Quero dizer, não é percebida claramente a partir da fundamentação jurídica da Sentença que é a relevância exata do uso do cânone hermenêutico ex art. 10.2 CE no caso particular: se é limitado a reforçar ou serve de principal maneira para decidir. Os casos de ambiguidade na jurisprudência constitucional são, é justo reconhecê-lo, muito pouco numerosos³¹, sendo possível inferir com

³⁰ Os tipos «exemplo» e «modelo» utilizados no texto são uma adequação das categorias elaboradas por PERELMAN, CH. e OLBRECHTS-TYTECA, L., *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruselas, 1976, 3.ª ed., págs. 471 ss. Estes autores referem-se as várias formas nas quais os Tribunais usam a jurisprudência nas suas Sentenças: como exemplo, como ilustração e como modelo. É omitido aqui do que seria nível intermediário (a "iluminação"), porque, na minha opinião, a categoria aplicada ao campo estudado agora pode, em vez de proporcionar clareza, gerar confusão.

Entre nós, EZQUIAGA GANUZAS, F.J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñate, 1988 págs. 312 e ss., aplicou a proposta de Perelman ao emprego apresentado pelo Tribunal Constitucional a sua própria jurisprudência.

³¹ Um exemplo da ambiguidade apresentado no texto seria encontrado, na minha opinião, em STC 112/1988, de 8 de junho, RA, porque não é fácil discernir, à luz do tipo mencionado, o papel desempenhado pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que é utilizado para avaliar «a legalidade da detenção de um alienado». Embora à primeira vista poderia parecer que essa jurisprudência fundamenta a decisão do Tribunal (jurisprudência como modelo), as referências posteriores aos arts 17.1 CE e 8.1, do Código Penal vigentes podem dar a impressão de que, prescindindo daquela, a solução definitiva a qual o Tribunal Constitucional

relativa facilidade na maioria dos casos a intensidade da utilização que se faz dos tratados na exegese dos direitos fundamentais.

Deve-se afirmar que a importância da interpretação internacionalmente adequada ocorre em toda a sua intensidade quando os tratados e a jurisprudência que os acompanha no seu caso, se comportam como modelo. Nestes casos, o *conteúdo* do direito fundamental envolvido é condicionado, pelo menos em parte, pelo que para o mesmo resulta das fontes referidas no art. 10.2 CE. Formalmente será dito que aquele conteúdo da Constituição, que está presente nesta; no entanto, seu «afloramento» é possível através da utilização de acordos internacionais (e as decisões de seus órgãos de garantia), que exibem assim com plenitude seus efeitos interpretativos. A norma constitucional que é extraída a partir da respectiva disposição que declara o direito, é obtida de *maneira principal* em virtude da interpretação conforme desta última com o tratado ou os tratados internacionais aos quais tenha sido acudido.

Na maior parte das sentenças nas quais ficam vestígios da utilização do cânone hermenêutico do art. 10.2 CE, os textos internacionais se comportam como *exemplo*. O conteúdo dos direitos fundamentais resultante desta interpretação deve haverá ser igualmente não contraditório com o deduzido destes textos, embora agora o Tribunal irá utilizá-los não como um argumento decisivo, mas como um empregado mais no curso de motivação e, normalmente, para endossar a decisão tomada de acordo com outros parâmetros de interpretação³². Em suma, nestes casos, a

teria chegado, seria a mesma. Ver hipóteses similares contidas no SSTC 104/1990, de 4 de junho, RA, LC 2, e 24/1993, de 21 de janeiro de CI, FJ 4.

³² Os casos nos quais os tratados internacionais e, eventualmente, a jurisprudência destes resultante foi utilizados como exemplo pelo Tribunal Constitucional são *numerosíssimos*. Apresentarei aqui apenas algumas hipóteses.

STC 16/1981, de 18 de maio, RA, FJ 5: o art. 24,2 CE proíbe impor punição sem julgamento com todas as garantias. «Também consagram» o princípio do art. 14 PIDCP e o art. 6 CEDH.

STC 67/1985, de 24 de maio, CI, FJ 3: lembra-se que já no STC 5/1981, o Tribunal Constitucional tinha declarado que a liberdade de associação do art. 22.1 CE inclui o direito de não se associar, e também, é agora dito, no art. 20,2 DUDH.

STC 99/1985, de 30 de setembro de RA, FJ 2: o direito à tutela judicial efetiva é predicada na Constituição também dos estrangeiros («Todas as pessoas [...]»), conclusão a qual se chega igualmente de acordo com os arts. 10 DUDH, 6.1 CEDH e 14.1 PIDCP que usam termos muito parecidos, quando não idênticos.

STC 199/1987, de 16 de dezembro, RI, FJ 6, no qual, depois de afirmar que, de acordo com a própria doutrina a independência e imparcialidade do iudicante formam parte do direito ao juiz ordinário predeterminado pela lei (art. 24.2 CE), afirma que estas características estão presentes no art. 14.1 PIDCP e 6.1 CEDH.

menção amplamente interpretativa de um ou mais textos internacionais pode ser o suficiente para deixar claro que a interpretação realizada pelo Tribunal Constitucional usando outros instrumentos exegéticos diferentes do art. 10.2 CE está «de acordo» com aqueles textos.

Em seguida, serão analisados alguns casos nos quais a referência internacional é usada como *modelo*, de modo que a interpretação deste direito fundamental na Constituição resulta decisivamente influenciada por esta, sem a qual se pode pensar que o conteúdo constitucionalmente declarado do direito não teria sido necessariamente o mesmo. *Sob nenhuma circunstância*

STC 176/1988, de 4 de outubro, RA, FJ 2: o direito a um processo público (art. 24.2 CE) também está reconhecido nos arts. 11 DUDH, 14 PIDCP e 6 CEDH. Com referência à jurisprudência do TEDH.

STC 195/1989, de 27 de novembro, RA, FJ 3: nenhum dos parágrafos do art. 27 CE inclui como parte do direito constitucionalmente garantido o direito dos pais de que seus filhos recebam educação na língua de preferência dos pais no Centro público de sua escolha. Levam ao mesmo resultado os arts. 28 DUDH, 18.4 PIDCP, 13 PIDESC e 2 do Protocolo Adicional CEDH.

STC 59/1990, de 29 de março, RA, FJ 5: a exigência da natureza pacífica do exercício do direito de reunião (art. 21.1 CE) é completado com referência a uma STEDH.

STC 170/1993, de 27 de maio, RA, FJ 1: o direito ao juiz legal imparcial, para ser considerado incluído no art. 24.2 CE, é inseparável do princípio acusatório e constitui, como observado pela TEDH, um elemento indispensável da organização da Administração da Justiça de um Estado de Direito.

STC 85/1994, de 14 de fevereiro, CI, FJ 3. «Embora com o expressado» isto é, a própria doutrina constitucional, «seria suficiente para estimar a escuta telefônica ilegalmente obtida», deve-se lembrar do art. 8 CEDH e da jurisprudência do TEDH.

STC 241/1994, de 20 de julho, RA, FJ 4: como os parágrafos 1 e 4 do art. 17 EC, os tratados internacionais dão especial ênfase na previsão legal das causas e do processo que conduzem à privação da liberdade.

STC 50/1995, de 23 de fevereiro, RA, FJ 7, no qual após lembrar amplamente da doutrina de Estrasburgo sobre os limites da autorização judicial para a entrada num domicílio particular, nota-se que «este Tribunal Constitucional tinha advertido e, na mesma sintonia e com anterioridade à jurisprudência supracitada. que as medidas [...]».

STC 55/1996, de 28 de março, CI, FJ 5, depois de raciocinar sobre a ausência na Constituição de um direito que ampararia aos objetores de consciência para se negar realizar a prestação social alternativa, afirma-se que «esta doutrina converge com o discutido pela Comissão Europeia de Direitos Humanos [...]».

SSTC 16/1998, de 26 de janeiro, RA, FJ 4; 187/1998, de 28 de setembro, RA, FJ 2, e 230/1998, de 1 de dezembro de RA, FJ 2, nas quais se lembra a coincidência entre a própria jurisprudência e a do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre a incongruência negligente.

pretendem esgotar as hipóteses nas quais a jurisprudência constitucional resulte um uso das fontes internacionais como modelo. Farei referência apenas a alguns exemplos no convencimento de que somente a análise individual de cada um dos direitos fundamentais que nossa Norma básica declara pode levar à determinação de qual foi, a respeito do conteúdo do direito em questão, a influência do padrão hermenêutico imposto pelo 10.2 CE³³.

2.2.1. Apenas o tratado como modelo

O comportamento do tratado internacional como modelo ocorre quando o é sua própria literalidade, na ausência de qualquer interpretação atribuída aos órgãos jurisdicionais previstos no mesmo, que serve para concretizar ou preencher o direito fundamental constitucionalmente declarado. Na jurisprudência constitucional há alguns exemplos claros de desempenho do tratado nessa condição.

a) O direito ao recurso em matéria penal

Sabe-se que a Constituição Espanhola não incorpora (não explícita entre) o direito de recurso às garantias do processo penal. Uma garantia que, no entanto, o art. 14.5 PIDCP reconhece ao estabelecer que

«Qualquer pessoa declarada culpada de crime terá o direito a que a pena e a sentença a ser aplicada devem ser submetidas a um tribunal superior, nos termos da lei»³⁴.

Os resultados da interpretação do art. 24 CE, de acordo com aquele Pacto Internacional não podem ser mais óbvios.

³³ Além dos direitos aos quais me referirei posteriormente, o cânone interpretativo estudado aqui condicionou decisivamente o entendimento de outros, como as liberdades de expressão e informação, o direito de organização e a liberdade pessoal (particularmente no campo da prisão preventiva). Outra maneira de abordar os efeitos do art. 10.2 CE seria estudar os setores materiais sobre os quais a interpretação internacionalmente adequada foi projetada de forma mais intensa; por isso, por exemplo, a justiça militar e a juvenil, a igualdade dos sexos, a de estrangeiros (aqui pela interação do art. 13.1 CE) e o regime dos reclusos nas prisões.

³⁴ Este mesmo direito é reconhecido pelo art. 2 do Protocolo Sétimo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que a Espanha ratificou apenas em 2009.

Na sua Sentença 42/1982, de 5 de julho, o Tribunal Superior formulou pela primeira vez o princípio:

«Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de acordo com o qual devem ser interpretadas as normas relativas aos direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, nos termos do art. 10.2 desta, estabelece (art. 14.5) o direito [...]. Este mandato incorporado ao nosso Direito interno (cfr. "Diário Oficial do Estado" número 103 de 30 de abril de 1977) não é suficiente para criar por si mesmo recursos inexistentes, mas obriga a considerar que entre as garantias do processo penal às quais a Constituição refere-se genericamente na art. 24.2 encontra-se a do recurso diante um Supremo Tribunal e que, portanto, devem ser interpretados da forma mais favorável a um recurso deste tipo todas as normas do Direito Processual Penal do nosso ordenamento»³⁵.

Cinco meses após o maior intérprete da Constituição declararia a nulidade deste inciso no art. 14 da Lei Orgânica 9/1980 de 6 de novembro, de Reforma do Código de Justiça Militar, nos termos do qual era limitado o acesso ao recurso de decisão perante a Câmara do Supremo Tribunal Criminal aos condenados em primeira instância pelo Conselho Supremo de Justiça Militar a penas superiores a três anos de prisão, reconhecendo sempre, qualquer que seja a instituição de punição, ao Ministério Público. Num primeiro momento, o Tribunal parece depender exclusivamente do art. 24.2 CE quando

³⁵ RA, FJ 3. Apenas duas semanas depois, STC 51/1982, de 19 de julho, CI, FJ 3, o Tribunal reconhecia que nada se opõe na Constituição «à existência de recursos contra as sentenças pronunciadas em primeira instância, embora não exista nenhum preceito constitucional que imponha a dupla instância conforme necessária (pois tal tributação não seque nem o art. 24 CE), nem em matéria de jurisdição trabalhista há norma equivalente ao art. 14.5 do Pacto Internacional de direitos civis e políticos sobre o processo penal relativos ao processo penal». Uma declaração explícita, em suma, da ausência no texto do art. 24 CE do direito a recurso e, ao mesmo tempo, da sua incorporação *apenas em matéria penal* por meio do art. 10.2 CE (num sentido muito próximo pode ser consultado na STC 19/1998, de 27 de janeiro, RA, FJ 1). Ver GARBÉRÍ LLOBREGAT, J., "La apelación de las sentencias penales a la luz de la Constitución", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, No. 331, 1998, págs. 1, 3-5. Também, MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal*, Valencia, 1997, págs. 165 e ss., com considerações muito interessantes sobre o art. 14,5 PIDCP e sua projeção interna.

«exige que todas as partes do processo penal tenham oportunidades iguais de recurso. E neste caso, os condenados até três anos de prisão não podem interpor recurso judicial, como pode fazê-lo o Ministério Público, tal exclusão se opõe a este preceito constitucional».

Esta resulta ser toda a argumentação baseada naquele art. 24,2 CE. No entanto, posteriormente o Tribunal Constitucional analisa detalhadamente a referência que tanto a Procuradoria do Estado como o Ministério Público fazem nos seus articulados ao art. 14.5 PIDCP, «qualquer que seja a necessidade de levar isso em conta para a decisão do assunto em questão». E depois de reproduzir parcialmente o fundamento jurídico da STC 42/1982 conclui:

«No processo regulamentado pela Lei Orgânica 9/1980, o Tribunal Superior existe e o legislador criou o recurso perante este; mas o abriu ao Ministério Público, excluindo do mesmo aqueles condenados a menos de três anos de prisão. Desta última exclusão deriva a inconstitucionalidade do art. 14 da Lei Orgânica 9/1980: inconstitucionalidade que não nasce da sua contradição direta com o art. 14.5 do Pacto, mas da sua contradição com o art. 24 da Constituição [...]»³⁶.

Note-se que, neste caso, ao contrário do que o Tribunal parece apontar no início do seu raciocínio, o problema de constitucionalidade não seria pensado tanto em virtude da posição diferente do condenado em relação ao Ministério Público mas, pura e simplesmente, nos termos da impossibilidade do primeiro a recorrer quando a sentença não é superior a três anos. De fato, como mais tarde reconheceria o Tribunal Constitucional, corrigindo a própria jurisprudência, o direito de recorrer ao art. ex art. 14.5

³⁶ STC 76/1982, de 14 de dezembro, CI, FFJJ 4 e 5. Ver a opinião divergente do juiz AROZAMENA SIERRA para quem, em última instância, a inconstitucionalidade seria gerada pelo art. 14.5 PIDCP, sendo este um efeito não previsto pelo art. 10.2 CE. Para E. ALONSO GARCÍA, com quem concordo plenamente, embora de acordo com o Tribunal Constitucional a inconstitucionalidade nasce da contradição com o art. 24 CE e não com o 14.5 PIDCP, «no entanto, o resultado é o mesmo, já que o art. 24 CE tem esse conteúdo justamente porque o art. 14.5 do Pacto lhe dota do mesmo» (*A interpretação da Constituição*, Madrid, 1984, pág. 402).

PIDCP (...e 24.1 CE) é predicado apenas do condenado, e não das outras partes no processo penal (ou militar)³⁷.

Agora pode prescindir da abundante jurisprudência constitucional que gradualmente depurou os contornos do direito aqui estudado, particularmente por referência ao apelo criminal que cumpre, pelo menos em parte, o papel do recurso ao qual o art. 14,5 PIDCP³⁸ se refere, na pendência de uma extensão desejável pelo legislador do recurso a todos os processos penais. Interessa, em suma, ressaltar as seguintes ideias:

— O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos não cria para si mesmo os recursos não abrangidos pela legislação processual penal (seu art. 14.5 obviamente não é uma norma *self-executing*), mas requer interpretar aquela legislação, nos termos do art. 10.2 CE no mais favorável à existência de um recurso perante um Tribunal superior por parte de qualquer pessoa declarada culpada de um crime.

— O recurso criminal pode assumir um «caráter necessário» não previsível do mesmo recurso em outras áreas processuais³⁹.

³⁷ Ver SSTC 123/1986, de 27 de maio, RA, FJ 2 (quando esse direito ao réu absolvido que apenas busca a revisão dos fundamentos da resolução) e, principalmente, 33/1989, de 13 de fevereiro, RA, FJ 4 e 37/1988, de 3 de março de RA, Pleno, FJ 5.

³⁸ A lista de sentenças para este fim seria muito longa. Valham, por todas, as referências às SSTC 37/1988, de 3 de março, RA, Pleno, FJ 5, e 184/1997, de 28 de outubro, RA, FJ 5. Nesta última pode-se ler, citando algumas passagens da STC 37/1988, como o art.14.5 PIDCP «não estabelece propriamente uma dupla instância, mas a apresentação do julgamento e sentença para um Tribunal Superior, o que, ex art. 10.2 CE, levou a uma interpretação "integradora entre o direito à tutela judicial, o direito de render-se a um Tribunal superior e a regulamentação da cassação", segundo a qual ele serve não apenas a propósitos de satisfazer "um mandato ao legislador nacional", mas torna-se via do exercício de um "direito fundamental para os cidadãos"».

³⁹ A citação do «caráter necessário» é da STC 230/1993, de 12 de julho, RA, FJ 2. Sobre o recurso e o Supremo Tribunal e x art. 14.5 PIDCP, consulte STC 37/1988, de 3 de março, RA, Pleno, FJ 5. Estabelece-se aqui que o art.14.5 PIDCP, deixa liberdade ao legislador nacional («conforme o prescrito nos termos da lei», pode-se ler naquele art. 14.5) sobre «qual seja esse Tribunal superior e de como lhe são submetidas a sentença e a pena [...]. Isso permite que no nosso sistema cumpra essa função em certas circunstâncias, o recurso de apelação [...]; e também permite que dentro do sistema e nos crimes para cuja repressão tenha sido prevista pelo legislador, seja a apelação criminal o recurso que abra ao condenado na instância o acesso a um Tribunal Superior». A apelação criminal, portanto, protege interesses objetivos (depuração em Direito do ato judicial) e também protege o réu. De tudo isso deriva um direito fundamental para os cidadãos «de modo que a norma que diga o contrário será inconstitucional, "inconstitucionalidade que não nasce da sua contradição direta com o art. 14.5 do Pacto, mas da

— A liberdade do legislador de decidir sobre o sistema de recursos dentro de cada processo «tem um limite no processo criminal que é imposto pelo art. 14.5 do Pacto»⁴⁰.

Em outras palavras, forma parte do conteúdo essencial do direito à tutela judicial efetiva, o direito do réu ao recurso penal, enquanto o direito aos outros recursos legais (ou seja, em outras ordens jurisdicionais) «é contingente», totalmente disponível pelo legislador⁴¹. Afirmar que esta diferença *somente* é possível através da interpretação internacionalmente de acordo com o art. 24.1 CE, parece uma consequência necessária de quanto se acaba de dizer.

b) Direito à privacidade e uso da informação

Neste caso, a definição do conteúdo mínimo do direito fundamental foi o resultado da interpretação do art. 18.4 CE de acordo com a Convenção do Conselho da Europa para a proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento automatizado de dados pessoais, situação atual na Espanha desde 1985.

A questão surgiu na STC 254/1993, de 20 de julho, que resolvia o recurso de amparo interposto por um cidadão frente a resoluções contra indeferimento tácito do Governo Civil de Guipúzcoa e do Ministério do Interior, bem como contra as sentenças do Tribunal Regional de Pamplona e do Supremo Tribunal, o recorrente alega que teriam violado o art. 18.1 e 4 CE por ser negado o acesso aos dados automatizados que lhe dizem respeito em poder da Administração do Estado. Na ausência de desenvolvimento das disposições contidas no art. 18.4 CE⁴², o ator iniciou sua solicitação de informação –juntamente com a referida

sua contradição com o art. 24 da Constituição" (STC 76/1982)» (*c f r.* o voto particular discrepante de quatro Juízes para quem esta STC 37/1988 o Tribunal transfere, por várias razões, «as fronteiras da integração e a interpretação» levando a um desenvolvimento normativo).

⁴⁰ STC 37/1988, de 3 de março, RA, Pleno, FJ 5. Também 113/1992, de 14 de setembro, RA, FJ 5.

⁴¹ BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., e FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Madrid, 1995, pág. 45.

⁴² A Lei Orgânica que regulamenta o tratamento automatizado dos dados pessoais seria aprovada em outubro de 1992 (LO 5/1992). O recurso de amparo em questão foi registrado em julho de 1990, e a primeira solicitação do recorrente para o Governo Civil de Guipúzcoa é datada de fevereiro de 1986.

disposição constitucional– da citada Convenção (art. 8.a e .b), que em sua opinião possuiria efeito direto, característica que rejeitariam tanto o Tribunal de Pamplona como o Supremo Tribunal.

Os termos nos quais se considera o pedido de defesa são os seguintes: o recorrente tem direito ou não, em virtude do art. 18 CE, a que a Administração lhe forneça os dados solicitados? Para este fim, reconhece o Tribunal Constitucional,

«o nó górdio deste apelo consiste em determinar se as duas primeiras letras do art. 8 da Convenção do Conselho da Europa relativa à proteção de dados pessoais são diretamente aplicáveis, ou, eventualmente, interpretativo, em relação aos direitos fundamentais previstos no art. 18 da Constituição».

O Tribunal opta decisivamente pelo efeito interpretativo já que, depois de rejeitar que lhe compita mediante o recurso de amparo fiscalizar a adequação dos poderes públicos espanhóis com as disposições dos tratados, acrescenta que estes

«podem exibir certos efeitos para os direitos fundamentais, enquanto possam servir para definir o sentido e o alcance dos direitos consagrados na Constituição»,

para concluir que é a partir dessa perspectiva «a partir da qual devemos examinar o presente pedido de amparo».

É bom perguntar, continuou o Tribunal, qual pode ser o «conteúdo mínimo» deste direito, na ausência da *interpositio legislatoris* constitucionalmente prevista (art. 18.4). Na opinião do alto intérprete, este conteúdo mínimo foi integrado por um elemento negativo (a respeito da honra, a privacidade, e o pleno exercício dos direitos das pessoas), embora, adicione,

«a eficácia desse direito pode exigir imprescindivelmente alguma garantia adicional, e é aqui onde pode vir em auxílio interpretativo os tratados e convenções internacionais sobre esta matéria assinados pela Espanha»,

para concluir que a chamada «liberdade digital» é também o «direito para controlar a utilização dos mesmos dados inseridos

num programa informático (*habeas data*)». A este respeito, afirma-se,

«os padrões interpretativos que surgem a partir da Convenção para a proteção de dados pessoais de 1981 levam a uma resposta inequivocamente positiva aos argumentos do demandante de amparo».

Ao ignorar essas faculdades ou garantias, que são integradas no art. 18.4 *como este é interpretado em conformidade com a Convenção de 1981*, «a Administração demandada neste processo violou o conteúdo essencial do direito à privacidade do ator, para desprovê-lo da sua necessária proteção».

Também nesta ocasião pode-se perguntar se o Tribunal teria chegado à mesma conclusão na ausência da referida Convenção. A resposta *pode* ser positiva, mas com um toque que também se aplica ao direito ao recurso já estudado: certamente complicando o discurso argumentativo e tornando-o menos óbvio (persuasivo, talvez) do que pode ser através de referência internacional.

Em suma, o conteúdo constitucionalmente declarado⁴³ do direito à privacidade em relação ao tratamento automatizado de dados pessoais decorrentes da Constituição interpretada à luz da Convenção de 1981⁴⁴, sendo indiferente a estes efeitos o caráter *self-executing* ou não desta Convenção, porque *não se trata da aplicação imediata do mesmo, mas da sua utilização com a finalidade interpretativa-integrativa decorrente da redação do art.10.2 CE*⁴⁵. Assim é posto em evidência, e critica, na opinião

⁴³ Este conceito é mais correto aqui que o de conteúdo essencial que o próprio Tribunal Constitucional utiliza, porque não deixa de reconhecer que a autoridade administrativa pode recusar «algun extremo da informação solicitada, desde que tal recusa seja justificada por qualquer exceção prevista pela Lei, incluindo a própria Convenção Europeia de 1981» (FJ 9), e sempre –tinha que acrescentar– que a recusa em causa seja reconduzível a qualquer disposição constitucional.

⁴⁴ De fato, os arts. 13 e 14 da LO 5/1992 coincidem em seu conteúdo, com o definido nos parágrafos a) e b) do art. 8 da Convenção de 1981.

⁴⁵ Sobre o caráter *non self-executing* da Convenção, ver VILLAYERDE MENÉNDEZ, I., “Protección de datos personales, derecho a ser informado v autodeterminación informativa del individuo. Sobre a STC 254/1993”, páq. 191, com citação do *Explanatory Report on the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data*, em nota 5.

discrepante do então Presidente do Tribunal, RODRIGUEZ-PIÑERO, que acompanha esta Sentença da Primeira Seção, quando afirma:

«que a Convenção não é apenas utilizada, em comparação com o que é dito, como uma fonte interpretativa contribuindo para a melhor interpretação do conteúdo dos direitos [STC 64/1991, a base jurídica 4.º, a], mas como elemento de integração ante o atraso no desenvolvimento legislativo do preceito constitucional».

Esta crítica é infundada se é assumida, como foi feito aqui, que o cânone hermenêutico do art. 10.2 CE é usado para proteger o conteúdo constitucionalmente declarado dos direitos fundamentais, com o qual esta obra (na qual a última palavra corresponde ao Tribunal Constitucional) tem preenchimento ou realização dos mesmos⁴⁶.

c) O direito ao intérprete

Tanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14.3.f) como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (artigo 6.3.e) reconhecem, com redação quase idêntica, o direito de um acusado de ter a assistência gratuita de um intérprete se não compreende ou fala o idioma utilizado no processo (idioma usado no processo, de acordo com o Pacto Internacional). A Constituição, como se sabe, não reconhece *explicitamente* tal direito no seu art. 24.

No entanto, o Tribunal Constitucional considerou que o direito

«de toda pessoa acusada de ser assistida por um intérprete, se não compreende ou pode expressar-se fluentemente no idioma utilizado no Tribunal»

forma parte do direito de defesa

«como resulta da interpretação do art. 24 da Constituição, nos termos do art. 14.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o art.

⁴⁶ Eu não acho que resulte alheio à opinião de RODRIGUEZ-PIÑERO, o fato de que no momento de decidir a Sentença já tinha entrado em vigor a Lei Orgânica de Desenvolvimento do art. 18.4 CE, e eliminando o comportamento omissivo do legislador que, mediante a decisão, neste conhecido como caso Olaberri, certamente a maior parte do Conselho pretendia corrigir parcialmente. Em suma, para o presidente do Tribunal Constitucional já deixava de ter sentido uma Sentença cujo tom de injunção de pagamento com o Parlamento parece evidente.

6.3 da Convenção para a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais»⁴⁷.

O direito a um intérprete se integra, assim, no conteúdo essencial do direito de defesa, tornando-se indisponível pelo legislador. Assim deve ser entendida a declaração do Tribunal Constitucional segundo a qual os anteriormente mencionados arts. 14.3.f. PIDCP e 6.3.e CEDH

«estabelecem como uma das garantias mínimas que deverão ser respeitadas no processo penal, o direito à assistência gratuita de um intérprete [...]»;

um direito que

«deriva em qualquer caso diretamente da Constituição e não requer para a sua eficácia e exercício uma configuração jurídica, embora esta possa ser conveniente para a sua eficácia»⁴⁸.

Para o Tribunal Constitucional o direito ao intérprete gratuito se estende, pelo menos nos casos de assistência jurídica, às comunicações processadas com seu Advogado «para formalizar a fase processual da classificação provisória da causa a que estão sujeitos»; em suma, a todos os processos que superem o estágio de comunicação ou de conversa privada entre cliente e Advogado⁴⁹. É importante ressaltar que para esses fins, o Tribunal também se serviu dos

arts. 6.3.a CEDH e 14.3.a PIDCP (direito do acusado de ser informado da acusação numa linguagem que entenda) e 6.3.c CEDH e 14.3.d PIDCP (direito de acesso aos meios materiais necessários para a preparação da defesa), juntamente com referências a uma decisão da Comissão Europeia dos Direitos

⁴⁷ STC 5/1984, de 24 de janeiro, RA, FJ 2 (afirma-se ato seguido que o direito em questão está presente em vários artigos do Código de Processo Penal). Em sentido concordante, por exemplo, SSTC 188/1991, de 3 de outubro, RA, FJ 3, e 181/1994, de 20 de junho, RA, FJ 2.

A STC 74/1987, de 25 de maio, RI, sem uma única referência ao art. 10.2 CE nem aos tratados a este referidos, estende-se aos detidos ou presos cidadãos espanhóis que não entendam ou falem castelhano o direito de ser assistido gratuitamente por um intérprete, um direito que a redação do art. 520.2.e da Lei de Processo Penal preza somente dos estrangeiros, embora dos arts. 14.3.f PIDCP e 6.3.e CEDH não pode trazer tal limitação aos mesmos.

⁴⁸ STC 30/1989, de 7 de fevereiro, RA, FJ 4.

⁴⁹ STC 71/1988, de 19 de abril, RA, FFJJ 3-5.

Humanos e duas Sentenças do Tribunal de Estrasburgo que não tinham como objetivo uma questão idêntica a então submetida a seu conhecimento. De fato, vinte meses depois, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos determinou, pela primeira vez, de uma forma semelhante ao Tribunal Constitucional, sobre o direito a um intérprete para além do ato de audiência, considerando que é necessário garantir esse direito nas relações entre o Advogado e o seu cliente em todas as declarações [*statements*] que «este necessita entender para ter um julgamento justo»⁵⁰.

2.2.2. A jurisprudência (emanada dos órgãos de garantia previstos nos tratados) como modelo

Vou me referir neste novo título a alguns casos representativos nos quais a *jurisprudência* é aplicada *como modelo* nas Sentenças do Tribunal Constitucional. Agora já não é o texto do tratado –pelo menos, não é apenas–, a sua literalidade, o parâmetro que utiliza o Tribunal Supremo na interpretação-integração dos direitos fundamentais. Em vez disso, a jurisprudência é usada para garantir que os órgãos de garantia estabelecidos no próprio tratado elaboraram para avançar com a sua aplicação nos casos dos quais conheceram. Salva a especificidade do Direito da União e da jurisprudência do Tribunal de Justiça pelas razões referidas acima, e tendo em conta a utilização pelo intérprete último da Constituição do *case-law* da Comissão de Direitos Humanos apenas em tempos muito recentes, somente fica –e a qual me referirei– a jurisprudência que resulta da Comissão (para as demandas resultantes antes de 1 de novembro de 1998) e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos⁵¹. A esta imediatamente me referirei para esclarecer novamente que o que pretende ser destacado aqui são apenas alguns exemplos possíveis.

⁵⁰ No caso STEDH *Kamisinski c. Austria*, de 19 de dezembro de 1989, A 168, apdo. 74.

⁵¹ Uma jurisprudência que se comporta nestas ocasiões como «antecedente» (STC 131/1997, de 15 de julho, RA, FJ 2, sobre a validade da prova oral indireta) do que utiliza o Tribunal.

a) Igualdade-discriminação

Em uma das suas primeiras Sentenças, o Tribunal Constitucional assumiu os critérios desenvolvidos pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos para separar a diferenciação permitida pelo art. 14 CE, da proibição da discriminação. Então, depois de afirmar que esta disposição constitucional não implica

«em todos os casos, um tratamento legal igual com abstração de qualquer elemento diferenciador de relevância jurídica»,

lembra-se que o Tribunal de Estrasburgo declarou «em várias das suas sentenças» que o art. 14 CEDH

«não proíbe toda diferença de tratamento no exercício dos direitos e liberdades: a igualdade é violada somente se a desigualdade não tem justificativa objetiva e razoável, e a existência desta justificação deve ser avaliada em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo ser dada uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim prosseguido»⁵².

Estes critérios serão reiterados pelo Tribunal Constitucional, por vezes com recordatório explícito da sua inspiração estrasburguesa ou, inclusive, citando Sentenças específicas do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos⁵³. É lógico pensar que, se o Tribunal Constitucional tivesse prescindido (ou melhor, podido prescindir) da referência à doutrina de Estrasburgo teria chegado a

⁵² STC 22/1981, de 2 de julho, CI, FJ 3. Usando esta doutrina de Estrasburgo como modelo é deduzido claramente de quanto é deixado escrito mais adiante no mesmo FJ 3: «Assim, sob esta interpretação, de importância decisiva para o caso espanhol pela referência cruzada no art. 10.2 da Constituição, deve ser considerado que o argumento de que a abordagem à questão da inconstitucionalidade repousa não é suficiente para inferir a partir dele a inconstitucionalidade da disposição [...]». Sobre esta Sentença e, em geral, sobre a adequação do Tribunal Constitucional para os parâmetros que neste campo vêm de Estrasburgo, ver RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. e FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986, págs. 53 ss.

⁵³ Exemplos dos recordatórios e compromissos referidos no texto podem ser encontrados, entre outros, nas seguintes SSTC: 34/1981, de 10 de novembro, CI, FJ 3; 19/1982, de 5 de maio, RA, FJ 3; 75/1983, de 3 de agosto, CI, FJ 2; 6/1984, de 24 de janeiro, CI, FJ 2; 23/1984, de 20 de fevereiro, RA, FJ 6; 93/1984, de 16 de outubro, RA, FJ 3, e 99/1984, de 5 de novembro, RA, FJ 2. Lembre-se que as questões de combate à discriminação, em especial na área trabalhista e com base no sexo, a jurisprudência comunitária completa e aperfeiçoa o cânone estabelecido pelo Tribunal de Estrasburgo (ver notas 248-249 e texto correspondente).

conformar um teste muito semelhante ao que desta (e de muitos outros Tribunais Constitucionais) resulta em garantia do direito à igualdade. Neste caso, pode-se concluir que o art. 10.2 CE facilita a tarefa do Tribunal, que se adequa aos padrões europeus por imperativo constitucional.

b) O direito a um julgamento sem demora injustificada

Como acontece com o direito à igualdade, incluindo o direito a um julgamento sem demora injustificada (art. 24.2 CE) é explicitamente garantido pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos com uma formulação muito próxima a esta na Constituição, como reconheceu o Tribunal Constitucional. Especificamente, comenta-se no art. 6.1 CEDH que «Toda pessoa tem o direito de ter o seu caso visto [...] dentro de um prazo razoável [...]».

O conceito de julgamento sem demora injustificada (ou dentro de um prazo razoável)

«é claramente um conceito indeterminado ou aberto que deve ser fornecido com conteúdo específico em cada caso de acordo com critérios objetivos consistentes com a sua declaração genérica»⁵⁴.

Para este fim, o Tribunal Constitucional tem vindo de forma contínua, e desde o primeiro momento, com a jurisprudência elaborada em Estrasburgo para definir ou fixar aquele conceito, cadenciando a sua compreensão do mesmo com as diretrizes que vem sendo progressivamente especificado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de modo que, como o intérprete supremo da Constituição reconheceu, o conceito jurídico indeterminado em questão recebeu um conteúdo «à luz de», ou «seguindo», os «critérios objetivos estabelecidos» pelo Tribunal de Estrasburgo (SSTC 31 e 33/1997).

Já na STC 24/1981, o Tribunal Constitucional, de acordo com a jurisprudência mencionada acima, esclareceu que, embora o contexto global em que esse termo é utilizado pode-se inferir que a garantia do processo sem atraso injustificado é limitado ao

⁵⁴ Por todas, STC 36/1984, de 14 de março, RA, FJ 3.

domínio penal, no entanto a mesma também é projetada aos processos litigioso-administrativos. Estabeleceram-se ali também os elementos do teste, que sempre à luz da doutrina do Tribunal Europeu, servem para avaliar a razoabilidade da sua duração, ou seja, a complexidade do assunto, a conduta do requerente e como o assunto tenha sido tomado pelas autoridades administrativas e judiciais⁵⁵.

Algum tempo depois, e agora no campo trabalhista, os componentes do teste seriam apresentados: a complexidade do litígio, a conduta de (todos) os litigantes e as autoridades, e as consequências do processo demorado se seguem para os primeiros⁵⁶. Os componentes que seriam completados por um processo civil e de acordo com a evolução da jurisprudência de Estrasburgo, com o conhecido como o padrão médio permitido, ou seja, «as margens e padrões recorrentes nos tipos de processo em questão»⁵⁷.

⁵⁵ STC 24/1981, de 14 de julho, RA, FJ 3. Acrescentando no FJ 4 que o art. 10.2 CE «nos permite acudir àquela doutrina estabelecida no caso *Köniq* para determinar se o que está submetido agora a esta jurisdição constitucional concorrem os casos que permitam qualificar de prejudicial constitucionalmente o desempenho do Poder Judicial»

⁵⁶ STC 36/1984, de 14 de março, RA, FJ 3. Para concluir que «a aplicação destes critérios ao presente caso obriga à conclusão de que o ato impugnado produziu a lesão que lhe acusa».

⁵⁷ STC 5/1985, de 23 de janeiro, RA, FJ 6. Deve ser lembrado que esta Sentença nequiu o amparo solicitado pela *Unión Alimentaria Sanders SA* ao considerar o Tribunal Constitucional que as circunstâncias do caso, consideradas à luz dos elementos do teste referido no texto, não implicavam a violação do direito a um processo sem demora injustificada. Neste sentido discrepante, o juiz Tomás y Valiente declarou a seu favor da concessão do amparo.

Quatro anos e meio mais tarde iria se pronunciar sobre o mesmo assunto o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (STEDH Caso *Unión Alimentaria Sanders, S.A.*, de 7 de julho de 1989) que, ao contrário do Tribunal Constitucional Espanhol, entendeu violado o direito ao processo em um tempo razoável. Na sua opinião, o caso de litígio não apresentava dificuldades especiais, de fato ou de Direito, o comportamento da recorrente foi diligente, sem que em nenhum momento levasse a cabo ações dilatórias, e finalmente, as medidas adotadas pelas autoridades espanholas para aqilizar o funcionamento do Tribunais em Barcelona, não sendo ainda irrelevantes, foram tardias e incompletas.

A abordagem diferente de ambos Tribunais evidencia que, apesar dos mesmos parâmetros serem utilizados para a acusação, o intérprete pode chegar a conclusões opostas, como aconteceu nesta ocasião. Nada deve surpreender tal afirmação, se considerarmos que aqueles parâmetros (os elementos que formam o teste das demoras injustificadas) são vagos ou indeterminados e, portanto, em seu julgamento, há uma boa margem para avaliação.

Posteriormente, em muitas Sentenças que o Tribunal Constitucional emitiu a respeito do direito a um processo sem demora injustificada, podem-se encontrar desenvolvimentos ou esclarecimentos que são levados a cabo pela mão dos pronunciamentos dos órgãos de segurança da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Assim, por exemplo, notou-se com o apoio em duas decisões da Comissão, que se a estrutura do processo inclui uma fase preparatória independente

«o objetivo de uma duração razoável do processo particularmente se coloca em perigo se esta fase de instrução é ampliada exageradamente por ter uma relevância direta sobre a própria abertura do julgamento»⁵⁸.

Também foi apontado que não podem ser excluídos os atrasos «que venham causados por defeitos da estrutura da organização judicial»⁵⁹, e que a sobrecarga de trabalho de um órgão judicial não pode justificar o atraso, mas quando este

«é circunstancial e o Estado através das reformas orgânicas e processuais adequadas consegue o funcionamento normal do órgão judicial, [...] essa sobrecarga pode operar como uma justificativa»⁶⁰.

Finalmente, com base na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos declarou como o momento inicial a ser levado em consideração a partir da perspectiva do direito ao qual me refiro agora «deve ser interpretado extensivamente», e embora

«pudesse coincidir com o momento da acusação, no entanto, "a mesma pode, em alguns casos, assumir a forma de outras medidas que envolvam a acusação e

⁵⁸ STC 133/1984, de 4 de julho, RA, FJ 3.

⁵⁹ Por todas, STC 223/1988, de 25 novembro, RA, Pleno, FJ 7, sempre com apoio na jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo.

⁶⁰ Por todas, STC 206/1991, de 30 de outubro, RA, FJ 7, com remissões a Sentenças do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

que constituam também um impacto significativo sobre a situação do acusado”»⁶¹.

Verifica-se, em última análise, como nesta ocasião a conformidade na interpretação imposta pelo segundo parágrafo do art. 10 da Constituição Espanhola significou a identidade de conteúdos na definição dos critérios que formam o direito a um processo sem demoras desnecessárias em conformidade com as diretrizes estabelecidas tanto pela Comissão como pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

c) A proibição da tortura e de tratamento desumano ou degradante

O art. 3 CEDH prevê que «ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento cruel, desumano ou degradante», com fórmula reproduzida quase literalmente no final do primeiro parágrafo do art. 15 CE. Para a definição do que possam ser os tratamentos desumanos ou degradantes, o Tribunal Constitucional tem usado a *case-law* da Comissão e do Tribunal de Estrasburgo.

Já na STC 65/1986, e devido à suposta violação do art. 15 CE pelo recorrente em amparo, o Tribunal, citando uma Sentença de 1978 do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, declarou que

«a qualificação de uma pena como desumana ou degradante depende da execução da pena e das modalidades que esta assuma, de modo que por sua natureza, a pena não pode causar sofrimento de uma intensidade especial (penas desumanas) ou causar humilhação ou senso de degradação que atinja um determinado nível, diferente e superior ao que normalmente implica a simples imposição da condenação»⁶².

Poucos meses depois, seria avaliada a (in)existência de um tratamento desumano ou degradante, como resultado de uma pena de vários dias em confinamento solitário imposta a um preso

⁶¹ STC 13/1994, de 17 de janeiro, RA, FJ 5, correspondendo a citação a duas Sentenças do Tribunal de Estrasburgo.

⁶² STC 65/1986, de 22 de maio, RA, FJ 4. Tais considerações, conclui o Tribunal Supremo, estabelecidas pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, ao interpretar o art. 3 da Convenção, «são plenamente aplicáveis à interpretação do art. 15 da Constituição». Critério reafirmado na STC 89/1987, de 3 de junho, RA, FJ 2.

num Centro Penitenciário, transferindo ao julgamento em curso os critérios que num caso muito semelhante tinha sido elaborado pela Comissão Europeia de Direitos Humanos, cinco anos antes:

«não é a própria pena, mas todas as circunstâncias e condições da sua aplicação, incluindo a sua realização particular, o caráter mais ou menos estrito da medida, a sua duração, o objeto pretendido e os seus efeitos sobre a pessoa em questão, os que poderiam fazer concretamente essa sanção, uma violação do art. 3 da Convenção de Roma».

Para concluir, «à luz desta doutrina», rejeitando o argumento do recorrente⁶³.

Os dados da humilhação ou degradação para os outros ou para si mesmo, que o tratamento desumano deve gerar no interessado, foi reiterado na jurisprudência constitucional sempre encaminhando para a doutrina de Estrasburgo⁶⁴, da qual também é assumido que a tortura e os tratamentos desumanos ou degradantes são «noções graduadas» de forma que a distinção entre ambos deve ser feita sob a intensidade do sofrimento causado⁶⁵.

d) O direito a um processo com todas as garantias e a imparcialidade do juiz. As causas da abstenção e recusa

Trata-se de uma hipótese singular numa dupla perspectiva. De fato, isso é assim, não apenas porque seja possível a citação de uma única Sentença do Tribunal Constitucional sobre o particular, mas também porque, nesta Sentença é manifestado claramente o valor da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos como modelo, de acordo com o que se tem vindo a defender aqui.

⁶³ STC 2/1987, de 21 de janeiro, RA, FJ 2.

⁶⁴ SSTC 120/1990, de 27 de junho, RA, Pleno, FJ 9; 137/1990, de 19 de julho, RA, Pleno, FJ 7; 57/1994, de 28 de fevereiro, RA, FJ 4, e 215/1994, de 14 de julho, CI, FJ 5.

⁶⁵ SSTC 120/1990, de 27 de junho, RA, Pleno, FJ 9; 137/1990, de 19 de julho, RA, Pleno, FJ 7, e 57/1994, de 28 de fevereiro, RA, FJ 4. A gradação prevista no texto parece resultar igualmente da Convenção contra a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (ver os arts. 1.1 e 16.1), que é mencionado nas duas primeiras Sentenças, e que foi ratificado pela Espanha em 1987.

Nesta ocasião, e lembrando que a Constituição não enumera as causas da abstenção e recusa que permitem preservar o direito a um processo com todas as garantias (art. 24,2 SC), o Tribunal considera que, no entanto, a Norma fundamental impõe ao legislador que deva ordenar essas causas «determinados requisitos». Estes,

«derivam do conteúdo essencial dos direitos reconhecidos no art. 24,2 CE, à luz dos mandatos do art. 10.2 CE e, em relação com o mesmo, dos pronunciamentos dos órgãos judiciais chamados a interpretar e aplicar os tratados e acordos [...]. Com relação a estes mandatos, [...], basta dizer que tais pronunciamentos judiciais (os ditados, em particular, pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos) podem chegar a identificar casos de abstenção e recusa até agora não incluídos na nossa legislação, hipótese ante a qual poderia argumentar-se a exigência de adaptação do Direito espanhol ao preceito internacional interpretado pelo órgão competente para tal»⁶⁶.

Reconhece-se, deste modo, que por meio do art. 10.2 CE se podem completar as causas de abstenção e recusa para preservar o conteúdo essencial do direito a um processo com todas as garantias⁶⁷.

e) O direito à assistência jurídica gratuita

Este direito foi duplamente afetado pela jurisprudência de Estrasburgo, designadamente no que diz respeito à natureza real da assistência jurídica e também quanto à eventual prestação do mesmo.

⁶⁶ STC 157/1993, de 6 de maio, CI, FJ 2. Continua o Tribunal Constitucional que «a questão levantada não é baseada em qualquer decisão judicial proferida em conformidade com os acordos ou tratados relacionados com o art. 10.2», para concluir que a única Sentença do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em que «apresenta alguma semelhança com o agora levantado», aponta na direção oposta pretendida pelo órgão judicial *a quo* que coloca a questão da inconstitucionalidade (FJ 2). *Cfr.* a crítica ao aspecto que aqui é relevante para esta Sentença do Tribunal Constitucional em MONTERO AROCA, J., *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia, 1999, págs. 223-224.

⁶⁷ Sobre o particular, é imprescindível a consulta da obra de JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Cizur Menor, 2002, *passim*.

Quanto a esta última, o Tribunal Constitucional utiliza o teste que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos elaborou para estabelecer quando «os interesses da justiça» exigem que o réu deve receber «assistência gratuita de um advogado de ofício»⁶⁸. Além, evidentemente, da falta de recursos financeiros, também presente no art. 6.3.c CEDH como requisito, o Tribunal de Estrasburgo compreende a complexidade do assunto, a capacidade da pessoa em causa para se defender, e a importância do que está em jogo no processo, são os elementos a ser valorizados para reconhecer o direito em questão.

O Tribunal Constitucional não hesitou em dizer, «de acordo com a doutrina declarada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos», que

«a negação do direito à assistência jurídica gratuita em processo que permite a comparência pessoal, constituirá uma violação constitucional apenas se a autodefesa exercida por aquele a quem é negado o direito manifesta-se incapaz [...] de contribuir com êxito para a revisão das questões jurídicas levantadas no processo, que será determinado, em cada caso, com base na complexidade variável do debate processual e à cultura ou conhecimentos jurídicos do comparecente pessoalmente, deduzidos da forma e nível técnico com que tenha sido realizada sua defesa»⁶⁹.

Opinião reiterada posteriormente em diversas Sentenças lembrando que a negação da assistência jurídica não significa uma violação do art. 24,2 CE: a situação real e efetiva de desamparo material do requerente de advogado de ofício deve ser determinada à luz das circunstâncias específicas do processo, com base em critérios considerados acima⁷⁰.

⁶⁸ Estes são os termos que permitem essa assistência nos termos do art. 6.3.c CEDH, que prega «todo acusado». O Tribunal de Estrasburgo também estendeu este direito ao domínio civil, fazendo-o derivar do genérico direito de acesso aos tribunais ao qual se refere o primeiro parágrafo do art. 6.1 CEDH; assim, por primeira vez, no caso CEDH *Airey c. Irlanda*, de 9 de outubro de 1979, A 32.

⁶⁹ STC 47/1987, de 22 de abril, RA, FJ 3.

⁷⁰ Ver, por exemplo, SSTC 194/1987, de 9 de dezembro, RA, FJ 3; 216/1988, de 14 de novembro, RA, FJ 2; 92/1996, de 27 de maio, RA, FJ 3, e 105/1996, de 11 de junho, FJ 2.

Além disso, como já foi referido, o Tribunal Constitucional interpretou, com base na doutrina emanada de Estrasburgo, que a assistência jurídica gratuita não é satisfeita apenas pela nomeação ou designação de um Advogado de ofício. Observou-se, para esses fins, que o art. 6.3.c CEDH usa, como o art. 24.2 CE, o termo «assistência», sendo assim que «o réu tem direito a assistência técnica efetiva», porque caso contrário, é acrescentado com citação do Tribunal de Estrasburgo, «a assistência jurídica [s i c] gratuita teria o risco de se revelar como uma palavra vazia mais de uma vez»⁷¹. Em suma, e sempre em conformidade com a jurisprudência de fonte convencional,

«o direito fundamental de caráter prestacional à assistência jurídica não pode conduzir a uma mera designação de ritual que resulte numa falta de assistência eficaz, os tribunais devem tomar precauções extras para que o direito da defesa não seja meramente formal ou ilusório, mas a fim de que a assistência jurídica resulte real e efetiva»⁷².

Mais uma demonstração, em suma, de como a compreensão dos direitos fundamentais parece condicionada pela jurisprudência que resulta da interpretação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos realizada pelo Tribunal de Estrasburgo e, enquanto existiu, a Comissão Europeia dos Direitos Humanos.

3. BIBLIOGRAFIA BÁSICA

AGUIAR DE LUQUE, L., “Los límites de los derechos fundamentales”, *RCEC*, No. 14, 1993

ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. esp., Madrid, 1993.

BÖCKENFÖRDE, E., *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. esp., Baden-Baden, 1993.

⁷¹ STC 37/1988, de 3 de março, RA, Pleno, FJ 6.

⁷² STC 18/1995, de 24 de janeiro, RA, FJ 3. No mesmo sentido, SSTC 106/1988, de 8 de junho, RA, FJ 3; 180/1990, de 15 de novembro, RA, FJ 3; 178/991, de 19 de setembro, RA, FJ 3; 135/1991, de 17 de junho, RA, FJ 2; 12/1993, de 18 de janeiro, FJ 2; 162/1993, de 18 de maio, FJ 4; 91/1994, de 21 de março, FJ 4, e 175/1994, de 6 de junho, RA, FJ 4.

- BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., e FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Madrid, 1995.
- CRISAFULLI, V., "Disposizione (e norma)", *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milán.
- CRUZ VILLALÓN, P., "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas", *REDC*, No. 35, 1992
- DE OTTO, I., "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución", en su obra con MARTIN-RETORTILLO, L., *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988.
- EZQUIAGA GANUZAS, F.J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñate, 1988
- EZQUIAGA GANUZAS, F.J., *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Valencia, 1998.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., "La apelación de las sentencias penales a la luz de la Constitución", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, No. 331, 1998.
- GAY FUENTES, C., "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre en materia de libertad de expresión y su aplicación por el Tribunal Constitucional español", *RAP*, No. 120, 1989.
- GUASTINI, R., *Commentario della Costituzione. Gli organi ausiliari art. 99-100. La magistratura art. 101-103*, Bolonia-Roma, 1994
- HESSE, K., *Escritos de derecho Constitucional*, trad. esp., Madrid, 1992.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Cizur Menor, 2002.
- LLAMAZARES CALZADILLA, M.C., *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Madrid, 1999.
- MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, 1996.
- MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal*, Valencia, 1997.
- MONTERO AROCA, J., *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia, 1999.
- PALADIN, L., *Le fonti del diritto italiano*, Bolonia, 1996
- PERELMAN, CH. e OLBRECHTS-TYTECA, L., *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruselas, 1976.
- REY MARTÍNEZ, F. "El criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a normas internacionales", *Rev. General de Derecho*, No. 537, 1989.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, A., "Constitución y Tribunal Constitucional", *REDA*, n. 91, 1996.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. e FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986.
- RUBIO LLORENTE, F., “Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España”, *Claves*, No. 75, 1997
- SÁINZ MORENO, F., “Interpretación jurídica (Derecho Constitucional)”, AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, vol. 3.
- SCHENEIDER, H.P., *Democracia y Constitución*, trad. esp., Madrid, 1991.
- TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Milán, 1980, págs. 9-10, y GUASTINI, R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, 1994.
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., “Una reflexión acerca de los límites de los derechos fundamentales”, *Revista Colombiana de Derecho Constitucional*, No. 4, 1998
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático*, Madrid, 1999.

4. JURISPRUDÊNCIA BÁSICA

- CEDH *Airey c. Irlanda*, de 9 de outubro de 1979, A 32.
- STEDH *Kamisinski c. Austria*, de 19 de dezembro de 1989
- STEDH *Caso Unión Alimentaria Sanders, S.A.*, de 7 de julho 1989
- STEDH *Funke c. Francia*, de 25 de fevereiro de 1995
- STEDH *Niemietz c. Alemania*, de 16 de dezembro de 1992.
- STEDH *Sentencia Chappell*, de 30 de março de 1989.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 188/1991, de 3 de outubro, RA, FJ 2
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 84/1989, de 10 de maio, RA, FJ 5.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 104/1990, de 4 de junho, RA, FJ 2.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 105/1994, de 11 de abril, RA, FJ 5.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 105/1996, de 11 de junho, FJ 2.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 106/1988, de 8 de junho, RA, FJ 3.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 12/1993, de 18 de janeiro, FJ 2.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 120/1990, de 27 de junho, RA, Pleno, FJ 9.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 120/1990, de 27 de junho, RA, Pleno, FJ 9.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 123/1986, de 27 de maio, RA, FJ 2

- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 13/1985, de 31 de janeiro, RA, FJ 3
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 135/1991, de 17 de junho, RA, FJ 2.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 137/1990, de 19 de julho, RA, Pleno, FJ 7.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 137/1990, de 19 de julho, RA, Pleno, FJ 7.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 140/1995, de 28 de setembro, RA, Pleno, FFJJ 3, 4 e 6
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 16/1998, de 26 de janeiro, RA, FJ 4.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 162/1993, de 18 de maio, FJ 4.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 171/1990, de 5 de novembro, RA, FFJJ 9 e 10.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 175/1994, de 6 de junho, RA, FJ 4.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 178/991, de 19 de setembro, RA, FJ 3.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 180/1990, de 15 de novembro, RA, FJ 3.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 181/1994, de 20 de junho, RA, FJ 2.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 181/1994, de 20 de junho, RA, FJ 2.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 184/1997, de 28 de outubro, RA, FJ 5.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 187/1998, de 28 de setembro, RA, FJ 2.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 188/1991, de 3 de outubro, RA, FJ 3.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 19/1982, de 5 de maio, RA, FJ 3.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 19/1983, de 14 de março, RA, FJ 2
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 194/1987, de 9 de dezembro, RA, FJ 3.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 196/1987, de 11 de dezembro, CI, FJ 5.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 205/1994, de 11 de julho, RA, FJ 5.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 215/1994, de 14 de julho, CI, FJ 5.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 216/1988, de 14 de novembro, RA, FJ 2.

- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 23/1984, de 20 de fevereiro, RA, FJ 6.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 230/1998, de 1 de dezembro, RA, FJ 2.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 24/1993, de 21 de janeiro, CI, FJ 4.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 254/1993, de 20 de julho, RA, FJ 6
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 260/1994, de 3 de outubro, RA, FJ 1.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 29/1995, de 6 de fevereiro, RA, FFJJ 3-4
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 33/1989, de 13 de febrero, RA, FJ 4.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 34/1981, de 10 de novembro, CI, FJ 3.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 341/1993, de 18 de novembro, RI-CI, FJ 5
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 37/1987, de 26 de março, RI, FJ 2.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 37/1988, de 3 de março, RA, Pleno, FJ 5.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 37/1988, de 3 de março, RA, Pleno, FJ 5.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 51/1989, de 22 de fevereiro, RA, FJ 2
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 51/1996, de 26 de março, RA, FJ 1.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 57/1994, de 28 de febrero, RA, FJ 4.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 57/1994, de 28 de febrero, RA, FJ 4.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 6/1984, de 24 de janeiro, CI, FJ 2.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 64/1988, de 12 de abril, RA, FJ 1
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 64/1991, de 22 de março, RA, FJ 4.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 65/1992, de 29 de abril, RA, FJ.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 75/1983, de 3 de agosto, CI, FJ 2.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 77/1995, de 22 de maio, RA, FJ 2.

- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 89/1989, de 11 de maio, CI, FJ 8.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 91/1994, de 21 de março, FJ 4.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 92/1996, de 27 de maio, RA, FJ 3.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 93/1984, de 16 de outubro, RA, FJ 3.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC 99/1984, de 5 de novembro, RA, FJ 2.
- Tribunal Constitucional Espanhol, SSTC STC 50/1995, de 23 de fevereiro, RA, FJ 6
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 11/1981, de 8 de abril, RI, FJ 8.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 111/1983, de 2 de dezembro, RI.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 112/1988, de 8 de junho, RA
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 113/1992, de 14 de setembro, RA, FJ 5.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 115/1987, de 7 de junho, RI.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 13/1994, de 17 de janeiro, RA, FJ 5.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 133/1984, de 4 de julho, RA, FJ 3.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 137/1985, de 17 de outubro, RA, FJ 3
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 157/1993, de 6 de maio, CI, FJ 2.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 157/1996, de 15 de outubro, FJ 5.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 16/1981, de 18 de maio, RA, FJ 5.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 161/1997, de 2 de outubro, CI, FJ 5.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 170/1993, de 27 de maio, RA, FJ 1.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 176/1988, de 4 de outubro, RA, FJ 2.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 176/1995, de 11 de dezembro, RA, FJ 5
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 177/1994, de 10 de junho, RA, FJ 1.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 18/1995, de 24 de janeiro, RA, FJ 3.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 195/1989, de 27 de novembro, RA, FJ 3.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 196/1987, de 11 de dezembro, CI, FJ 4.

- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 197/1995, de 21 de dezembro, CI, FJ 6
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 199/1987, de 16 de dezembro, RI, FJ 6.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 2/1987, de 21 de janeiro, RA, FJ 2.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 206/1991, de 30 de outubro, RA, FJ 7.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 21/1997, de 10 de fevereiro, RA, FJ 4
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 214/1991, de 11 de novembro, RA, FJ 3.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 22/1981, de 2 de julho, CI, FJ 3.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 22/1981, de 2 de julho, CI, FJ 9.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 223/1988, de 25 novembro, RA, Pleno, FJ 7.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 230/1993, de 12 de julho, RA, FJ 2.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 233/1993, de 12 de julho, RA, FJ 1.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 24/1981, de 14 de julho, RA, FJ 3.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 241/1994, de 20 de julho, RA, FJ 4.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 30/1981, de 24 de julho, RA, FJ 3.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 30/1989, de 7 de fevereiro, RA, FJ 4.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 36/1984, de 14 de março, RA, FJ 3.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 36/1984, de 14 de março, RA, FJ 3.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 36/1991, de 14 de fevereiro, CI, FJ 5.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 37/1988, de 3 de março, RA, Pleno, FJ 5.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 37/1988, de 3 de março, RA, Pleno, FJ 5.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 37/1988, de 3 de março, RA, Pleno, FJ 6.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 38/1981, de 23 de novembro, RA, FJ 4.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 47/1987, de 22 de abril, RA, FJ 3.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 5/1984, de 24 de janeiro, RA, FJ 2.

- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 5/1985, de 23 de janeiro, RA, FJ 6.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 50/1995, de 23 de fevereiro, RA, FJ 7.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 51/1982, de 19 de julho, CI, FJ 3.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 55/1996, de 28 de março, CI, FJ 5.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 59/1990, de 29 de março, RA, FJ 5.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 62/1982, de 15 de outubro, RA, FFJJ 2, 3 y 5
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 65/1986, de 22 de maio, RA, FJ 4.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 67/1985, de 24 de maio, CI, FJ 3.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 71/1988, de 19 de abril, RA, FFJJ 3-5.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 74/1987, de 25 de maio, RI.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 76/1982, de 14 de dezembro, CI, FFJJ.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 85/1994, de 14 de março, RA, FJ 3.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 89/1987, de 3 de junho, RA, FJ 2.
- Tribunal Constitucional Espanhol, STC 99/1985, de 30 de setembro, RA, FJ 2.

SEGUNDA PARTE

PERSPECTIVA HORIZONTAL: SISTEMA GLOBAL E REGIONAL DE PROTEÇÃO DE DIREITOS

3

**SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO DOS
DIREITOS HUMANOS**Renata Bregaglio¹

Pontificia Universidad Católica del Perú

Resumo

Este capítulo apresenta uma introdução ao sistema universal de direitos humanos, descreve suas origens, estrutura institucional e diferentes expressões legais.

1. INTRODUÇÃO

Em 1945, a Carta das Nações Unidas (ONU) proclamou a dignidade da pessoa e o respeito aos direitos humanos, este último tornando-se um dos propósitos da ONU. Assim, podem-se encontrar disposições relativas aos direitos humanos no Preâmbulo da Carta e nos artigos 1.3, 13, 55, 56, 62, 68, 73 e 76 da mesma.

Como uma resposta à declaração deste propósito de respeito e promoção dos direitos humanos, e como um primeiro passo no programa da Carta Internacional dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, mediante a Resolução da Assembleia Geral Nº 217 (III), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)² foi adotada, colocando os direitos humanos ao lado do princípio da soberania dos Estados. Isso significou a transformação do direito internacional tradicional, concebido por e para os Estados, produzindo uma erosão e relativização do princípio da soberania. Assim, por serem soberanos, os Estados assumirão obrigações

¹ Para a elaboração deste texto foi tomado como referência: BREGAGLIO, R. e CHAVEZ, C., El sistema universal de protección de los derechos humanos. Cambios en la organización de Naciones Unidas y el papel de la sociedad civil, Guía práctica para defensores de derechos humanos, CNDDH/CEDAL, Lima, 2008.

² No entanto, a DUDH já havia tido a sua antecessora no sistema americano, quando em 2 de maio de 1948 foi aprovada como parte da IX Conferência Internacional em Bogotá, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

internacionais em matéria de direitos humanos em relação à sociedade como um todo³. De fato, como as disposições da Carta estabelecem obrigações jurídicas para os Estados e a própria Organização, uma série de mudanças do direito internacional dos direitos humanos irá se desenvolver gradualmente.

No entanto, embora a DUDH enumere e defina os mais importantes direitos políticos, econômicos, sociais e culturais civis, não determina qualquer direito de reclamação dos particulares perante instâncias internacionais, nem estabelece qualquer outro mecanismo jurídico de controle. Diante desta situação, os órgãos das Nações Unidas assumirão uma série de papéis na promoção e proteção dos direitos humanos, especialmente a Assembleia Geral, Secretaria-Geral e o ECOSOC. É este último que vai dar lugar a uma rede de proteção e promoção dos direitos humanos a partir de uma série de resoluções emitidas sobre o assunto.

2. O SISTEMA GLOBAL

2.1. A ONU e o sistema global de proteção dos direitos humanos

O Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos foi criado no âmbito da ONU, da qual são membros quase todos os Estados do mundo. Este sistema consiste num conjunto de mecanismos orientados para proteger os direitos de todas as pessoas. O termo "global" vem da Declaração Universal dos Direitos Humanos e indica que esses direitos são próprios de todas as pessoas de forma igual, sem exclusões nem discriminações de qualquer tipo.

A ONU, organização internacional única na história, atualmente composta por 193 membros, é o expoente por excelência dos pontos fortes, dos desafios e das contradições da comunidade internacional, sendo o Fórum Intergovernamental com maior capacidade de decisões e mais recursos da história contemporânea. Pode-se considerar o que foi a Liga das Nações,

³ CARIILLO SALCEDO, J.A., Soberanía de los Estados y derechos humanos (2da edición), Tecnos, Madrid, 2001.

durante a Primeira Guerra Mundial⁴ um precedente histórico, mas aparece somente com a ONU, após a Segunda Guerra Mundial, uma organização internacional com verdadeira vocação universal. A ONU foi criada em 24 de outubro de 1945, com a aprovação da Carta das Nações Unidas, ratificada por 50 Estados e aprovada na Conferência das Nações Unidas em San Francisco (EUA). Esta Carta aponta como a principal meta da ONU manter a paz através da cooperação internacional e da segurança coletiva, fomentando as relações amistosas entre as nações e promovendo o progresso social, a melhoria do padrão de vida e o respeito com os direitos humanos⁵.

A maior preocupação da ONU no momento da sua formação foi a manutenção da paz e da segurança, bem como a fraternidade entre os povos do planeta. Devido a isso reconheceu muito cedo a necessidade de desenvolver instrumentos para garantir a plena observância desses princípios e tiveram como sujeito central de proteção as pessoas, sendo um dos primeiros passos na sua evolução a adoção da DUDH em 10 de dezembro de 1948.

A DUDH foi uma declaração de boas intenções voluntariamente emitida pelos Estados, e não um documento que os obriga juridicamente nem que tivesse natureza vinculativa. Portanto, a mudança que ocorreu de tal concepção inicial até o seu sentido atual é uma das revoluções mais marcantes da história da sociedade e das ideias contemporâneas. Uma mudança que ajudou a salvar e proteger as vidas de milhões de pessoas.

A DUDH reconhece 30 direitos, tanto civis e políticos, como econômicos, sociais e culturais. Também reconhece o princípio da não discriminação no gozo das mesmas, mas não estabelece qualquer mecanismo de reclamação específico no caso em que um Estado não cumpra com o que ela estabelece. A tarefa de preencher essa lacuna gerou um grande desenvolvimento institucional, como parte do qual foram criados, dentro da ONU,

⁴ Fundada em 1919 pelo Tratado de Versalhes, que teve como objetivo promover a cooperação internacional e conseguir a paz e a segurança.

⁵ Podem-se encontrar disposições relativas aos direitos humanos no Preâmbulo da Carta e nos artigos 1.3, 13, 55, 56, 62, 68, 73 e 76 da mesma.

órgãos, como a Assembleia Geral, a Secretaria-Geral e o Conselho Econômico e Social (ECOSOC), responsáveis pela promoção e proteção dos direitos humanos.

2.1.1. Composição da ONU

Conforme estabelecido na Carta das Nações Unidas, a ONU é composta por seis órgãos principais:

- **A Assembleia Geral:** integrada por 193 Estados-membros da ONU, é o principal órgão deliberativo, de formulação de políticas e representativo das Nações Unidas. A Assembleia também desempenha um papel importante no processo de criação de normas de Direito internacional, pois nela são discutidas as propostas de tratados internacionais, que criam novas obrigações para os Estados-membros.
- **Conselho de Segurança:** a Carta das Nações Unidas afirma como a sua última instância de representação à Assembleia Geral, e como o órgão responsável por garantir a paz e a segurança entre as nações no Conselho de Segurança. É composto por 15 Estados-membros: 5 permanentes, de acordo com as disposições da Carta⁶ e 10 eleitos a cada dois anos com um critério de equidade na representação regional. A presidência gira mensalmente de maneira alfabética e cada membro tem um voto. As decisões são tomadas por maioria, exigindo pelo menos nove votos a favor para a aprovação. No entanto, os membros permanentes têm poder de veto, basta que apenas um deles vote contra para que as resoluções não sejam aprovadas⁷.
- **Conselho de Tutela:** criado como órgão de supervisão do Regime Internacional de Administração Tributária, regime que procurava alcançar a livre determinação ou independência dos territórios que ainda não eram autônomos no momento da criação da ONU, através da criação de um governo próprio ou a união com países independentes. Este órgão, de acordo com a Carta das Nações Unidas, foi constituído pelos 5 membros permanentes do Conselho de Segurança. Atualmente o Conselho de Tutela encontra-se inativo porque todos os territórios sob tutela já atingiram essa meta, mas pode se reunir se considerado necessário.
- **A Corte Internacional de Justiça:** é o principal órgão judicial da ONU. Tem duas funções principais: a contenciosa e a consultiva. Em sua função contenciosa, a CIJ busca resolver litígios por controvérsias jurídicas entre os Estados ou por qualquer dos assuntos previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor. Na sua função consultiva, opina sobre questões jurídicas levantadas pela Assembleia Geral, o Conselho de Segurança ou outros órgãos da ONU, com a permissão da Assembleia Geral, desde que tais questões sejam da esfera de suas atividades.

⁶ Estados Unidos, França, Reino Unido, República Popular da China e Rússia.

⁷ No entanto, a Resolução No. 377, intitulada "Unidos pela Paz", afirma que, quando o Conselho de Segurança, por falta de unanimidade entre os membros permanentes, deixa de exercer a sua responsabilidade primordial de manutenção da paz e da segurança internacional em situações de ameaça à paz, ruptura da paz ou atos de agressão, a Assembleia Geral deliberará sobre o assunto imediatamente, para recomendar medidas coletivas aos Estados, inclusive o uso das forças armadas, quando necessário, para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais.

- **Conselho Econômico e Social (ECOSOC):** é o órgão que coordena o trabalho econômico e social da ONU e das instituições e agências especializadas que a integram. Pode iniciar pesquisas e relatórios sobre questões internacionais de natureza econômica, social, cultural, educacional ou sanitária, ou sobre outros temas relacionados e fazer recomendações à Assembleia Geral, aos membros da ONU e aos demais órgãos para promover o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como a observância na prática destes princípios. É composto por 54 membros eleitos pela Assembleia Geral, cada um dos quais tem direito a um voto. São nomeados com um critério de equidade na representação geográfica.
- **Secretariado:** é o órgão administrativo da ONU. Entre as suas funções está a prestação de serviço aos principais órgãos da ONU administrando os programas e as políticas elaboradas por estes. Assim, administra operações de manutenção da paz, é um mediador em conflitos internacionais, analisa tendências e problemas econômicos e sociais e elabora estudos sobre direitos humanos e desenvolvimento sustentável, entre outras coisas.

2.2. O sistema convencional das Nações Unidas

O sistema universal convencional consiste de numerosas convenções e órgãos criados para monitorar o cumprimento dos diversos tratados de direitos humanos celebrados. Estes órgãos, chamados comitês, são nove:

Convenção	Órgão
Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP)	Comissão dos Direitos do Homem (CDH)
Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DPIDESC)	Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC)
Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial	Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (CERD)
Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes	Comitê contra a Tortura (CAT)
Convenção sobre os Direitos da Criança	Comitê sobre os Direitos da Criança (CRC)
Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias	Comitê para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (CMW)
Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres	Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (CEDAW)
Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência	Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CRPD)
Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados	Comitê sobre os Desaparecimentos Forçados (CED)

Estes comitês estão regularmente compostos por 18 especialistas, todos independentes no exercício das suas funções.

De acordo com o sistema convencional, dois tipos de mecanismos de controle, os mecanismos não contenciosos e os mecanismos contenciosos. Dentro dos mecanismos não contenciosos encontram-se: (I) o envio de relatórios periódicos aos Comitês, (ii) a adoção de comentários gerais pelos comitês, e (iii) as investigações de ofício a Estados por violações massivas e sistemáticas. Por outro lado, os mecanismos quase contenciosos são: (i) a apresentação de queixas individuais, e (ii) a apresentação de comunicações interestaduais.

Nem todos os comitês têm as mesmas funções, mas depende do que esteja estabelecido na convenção que monitoram, num protocolo adicional ou nas suas normas internas. Assim, como podemos observar na tabela, as funções dos comitês são distribuídas da seguinte maneira:

Órgão	Relatórios periódicos	Denúncias individuais	Denúncias estatais	Investigações de ofício	Observações gerais
CDH	SIM	SIM	SIM	NÃO	SIM
CDESC	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
CERD	SIM	SIM	SIM	NÃO	SIM
CAT	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM
CRC	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
CMW	SIM	SIM	SIM	NÃO	SIM
CEDAW	SIM	SIM	NÃO	SIM	SIM
CRPD	SIM	SIM	SIM	NÃO	SIM
CED	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM

Os mecanismos não contenciosos são os mais antigos do sistema convencional de controle, e correspondem com o respeito absoluto do princípio da soberania do Estado que prevalecia no Direito internacional clássico. Com esta abordagem foram aceites apenas os procedimentos que não envolvessem qualquer tipo de condenação ou punição dos Estados responsáveis por violações aos

direitos humanos, pois este era um assunto que pertencia exclusivamente ao âmbito interno dos Estados⁸.

Estes sistemas são baseados na troca de informações entre os comitês e os Estados-membros das convenções cujo cumprimento devem ser monitorados, e desempenham um papel muito importante, pois para que funcionem (exceto no caso das investigações de ofício), não se exige o consentimento do Estado-membro. Assim, os mecanismos não contenciosos permitem monitorar a situação dos direitos humanos sem estabelecer a responsabilidade dos Estados. Embora isso possa ser negativo do ponto de vista da proteção dos direitos humanos, pelo menos permite que os estados não se distanciem destes mecanismos de proteção. Estes sistemas são:

2.3. Sistema de relatórios dos Estados membros

O mecanismo de análise de relatórios periódicos apresentados pelos Estados-membros das diversas convenções é uma competência de todos os comitês⁹. Este é o maior e mais antigo sistema de controle das Nações Unidas, apesar das duras críticas que recebeu por sua ineficiência. Este sistema é principalmente um sistema preventivo – *ex ante* – em longo prazo, já que espera que mediante a análise das situações no interior dos Estados, possam prevenir futuras violações dos direitos humanos.

Através deste mecanismo de controle dos Estados-membros das Convenções enviam relatórios periódicos aos comitês, indicando as medidas (administrativas, legislativas, judiciais) tomadas para a correta implantação das obrigações estabelecidas, bem como os progressos realizados quanto ao respeito destes direitos na sua jurisdição. O Comitê, depois de analisar cada

⁸ VILLÁN DURÁN, C., Curso de Derecho internacional de los derechos humanos, Trotta, Madrid, 2002, p. 379.

⁹ Art. 40 do PIDCP, art. 16 e 17 do PIDESC, art. 9 da Convenção contra a Discriminação Racial, art. 19 da Convenção contra a Tortura, art. 44 da Convenção sobre os Direitos da Criança, art. 73 da Convenção sobre os Trabalhadores Migrantes, e art. 18 da Convenção contra a Discriminação das Mulheres.

Antes da criação do CDESC, os relatórios apresentados ao amparo do PIDESC eram direcionados para o ECOSOC.

relatório, dialogará com os Estados em questão, a fim de identificar os sucessos e fracassos na prática legislativa e administrativa da legislação interna dos Estados e, em relação ao respeito e à implantação interna eficaz dos direitos consagrados nas convenções de referência. Após este diálogo cada comitê emitirá seus "comentários finais", que recomendará aos Estados a adoção de medidas específicas, legislativas e administrativas ou outras, que sejam apropriadas para aproximar gradualmente a prática interna às exigências das normas das convenções correspondentes.

Existem dois tipos de relatórios, os relatórios iniciais que os Estados devem emitir após o prazo a partir do qual o tratado tenha entrado em vigor para este Estado e os relatórios periódicos, que são transmitidos posteriormente de acordo com o prazo que tenha sido estabelecido para cada comitê. Além disso, as comissões poderão solicitar aos Estados-membros que lancem um relatório adicional, anterior ao próximo relatório periódico, se considerar pertinente.

É importante neste processo de análise, o papel que desempenham as ONGs, porque a presença destas durante a análise dos relatórios dá ao processo mais credibilidade e transparência. O CDESC foi o primeiro comitê autorizado a receber relatórios de ONGs com status consultivo junto ao ECOSOC. Atualmente estão autorizados no CDH, CCR, CEDR e CAT. Outra possibilidade sobre a prestação de informação é constituída pelas agências especializadas que podem fornecer informações para o CDH, CDESC, CEDR, CCR e CEDAW. No entanto, esta última possibilidade não deu resultados muito bons.

a. Adoção de comentários e recomendações gerais

Todas as comissões, sob o poder de analisar relatórios e emitir comentários finais, podem, a partir da análise dos relatórios e das informações recebidas pelos Estados-membros, adotar comentários e recomendações gerais, que interpretam as disposições dos pactos e esclarecem o âmbito das obrigações dos Estados-membros em virtude destes.

Os Comentários Gerais das comissões, longe de se contradizer ou repetir posições, são complementados de forma

harmoniosa. Assim, por exemplo, em relação à proibição de discriminação e a igualdade entre homens e mulheres a CDH pronunciou-se nos seus comentários gerais No. 4, 18 e 28, em perfeita correspondência com as recomendações gerais No. 5 e 25 do CEDAW que estabeleceu a conveniência das medidas de ação positiva, que também é indicada pela CDH nos comentários No. 4 e 28. Sobre o mesmo assunto, o CERD pronunciou-se sobre As dimensões da discriminação racial relacionadas com o gênero, no seu Comentário Geral No. 25.

Além disso, o CDH emitiu um comentário geral sobre os direitos das crianças. Comentário Geral n^o 17, longe de interferir com a ação do CRC, realiza uma análise da proteção especial que as crianças necessitam em relação aos direitos contidos no PIDCP.

Neste sentido, a prática de Comentários Gerais contribui para a formação de uma doutrina homogênea sobre os direitos humanos, que permite interpretar de forma integrada as disposições contidas nas principais convenções de direitos humanos.

b. Investigações de ofício

Quando as comissões recebam informação confiável que, em sua opinião, pareça indicar que um Estado-membro está realizando uma prática grave ou sistemática de violações dos direitos consagrados nos acordos, poderão abrir uma investigação contra este Estado e convidarão esse Estado a cooperar na análise das informações e apresentar comentários sobre as informações recebidas. Considerando as informações fornecidas pelo Estado-membro, as comissões poderão designar um ou vários dos seus membros para continuar a realizar uma investigação confidencial, que poderia incluir uma visita ao território do Estado, para que depois desta sejam informadas as comissões. O Estado-membro em questão deverá cooperar em todo momento com esta investigação. Este procedimento, portanto, não se destina a investigar violações individuais, mas a amplitude dessas práticas violadoras para, se necessário, fazer recomendações ao Estado em questão, a fim de evitar futuras violações das convenções.

Apenas quatro comissões gozam desta competência, o CAT, o CEDAW, o CRPD e o CED. Estes procedimentos têm três

características comuns: (i) são confidenciais durante todo o procedimento, mesmo no momento do relatório final, (ii) a investigação de ofício será iniciada apenas se o comitê receber informação fidedigna (de fonte governamental ou não governamental) que indique uma prática sistemática de violação dos direitos consagrados na respectiva convenção, e (iii) a investigação de ofício será realizada em estreita colaboração com o Estado em questão.

Uma vez concluída a investigação, e depois da análise das conclusões desta pelas comissões, estas procederão a transmitir as suas conclusões, comentários ou sugestões, ao Estado-membro em questão, que num período de seis meses, deverá apresentar os seus próprios comentários às comissões.

Os mecanismos quase contenciosos, entretanto, caracterizam-se por operar *ex post*, ou seja, depois de produzido alguma violação aos direitos consagrados em alguma das convenções. Pode-se recorrer a estes mecanismos mediante a existência de uma única e simples violação, desde que tenham se esgotado os recursos internos. Neste sentido, os mecanismos quase contenciosos serão subsidiários dos procedimentos nacionais judiciais.

O objetivo destes procedimentos é que o comitê pronuncie-se sobre se houve ou não uma violação dos direitos consagrados numa das convenções. Estamos, portanto, na presença de procedimentos contraditórios, sancionatórios e condenatórios do Estado, sendo este obrigado a tomar medidas para reparar a violação que o comitê determine.

Estes mecanismos são chamados "quase contenciosos", na medida em que a resolução das comissões que finaliza o procedimento não é uma sentença estritamente falando, nem estas comissões são tribunais¹⁰. No entanto, o parecer das comissões tem a aparência formal de uma sentença. Para que estes mecanismos funcionem, os Estados devem aceitá-los, seja mediante uma declaração expressa ou mediante a omissão de uma

¹⁰ VILLÁN DURÁN, Op. Cit. p. 437

reserva. Isso ocorre porque, embora eles não sejam mecanismos contenciosos propriamente ditos, é estabelecida certa responsabilidade dos Estados.

c. Atenção de comunicações individuais

Este mecanismo permite que um indivíduo apresente perante um comitê uma comunicação alegando que o Estado cometeu uma violação dos direitos consagrados na respectiva convenção, contra um indivíduo sujeito à sua jurisdição. O objetivo da comunicação é conseguir um parecer ou opinião do comitê, no qual se pronuncie sobre a existência ou não, de violação de direitos, a fim de restabelecer uma reparação do Estado infrator.

Este procedimento, que é confidencial, está restrito, na medida em que os únicos comitês que têm essa competência são os CDH, CEDR, CAT, CEDAW, CMW, CRPD e CED. No entanto, espera-se que, com a aprovação e entrada em vigor dos seus respectivos protocolos adicionais, tanto o CDESC como o CRC possam agregar esta função.

Estes mecanismos não procuram prevenir as violações dos direitos humanos (como poderia ocorrer com os procedimentos de envio de relatórios), mas tentam que o comitê competente pronuncie-se sobre se houve ou não uma violação dos direitos humanos e estabeleça algum tipo de sentença.

Requisitos

Dentro dos requisitos de elegibilidade destas comunicações podemos assinalar como aqueles relacionados com as competências do comitê (material, pessoal, de lugar e temporal):

- Competência *Ratione materiae*: A comunicação deve ser compatível com as disposições da convenção. Contrario sensu isto implica que os direitos que se alega que foram violados devem estar contidos na convenção em questão. Além disso, a denúncia não deve constituir um abuso de direito.
- Competência *Ratione personae*: O autor da denúncia deve ser a vítima ou seu representante (terceiros poderão apresentar a denúncia, se fica claro que a vítima é incapaz de fazê-lo). Além disso, de acordo com as normas de cada comitê, a vítima deve ser uma pessoa física.
- Competência *Ratione loci*: O autor da denúncia deve ser uma pessoa sob a jurisdição do Estado denunciado, ou que pelo menos se encontrava nessa condição no momento da violação.
- Competência *Ratione temporis*: A violação deve ter ocorrido depois que a convenção entrasse em vigor para o Estado-membro contra o qual se apresente a comunicação.

Por outro lado, há certos requisitos formais de admissibilidade, como, que a comunicação não seja anônima e seja apresentada por escrito (como qualquer outra comunicação), que tenham sido esgotados os recursos internos (a menos que a aplicação destes seja prolongada injustificadamente, ou que o dano seja tal que não haja possibilidade de repará-lo), e que o mesmo caso não esteja sendo visto por outro procedimento internacional de proteção dos direitos humanos.

Na medida em que para ativar os procedimentos de denúncias individuais, é necessário o esgotamento dos recursos internos, estes mecanismos de controle devem ser considerados subsidiários dos procedimentos judiciais internos. Além disso, cada comitê poderá definir requisitos adicionais¹¹.

Depois de analisar a informação fornecida, o comitê deve tomar uma decisão sobre o mérito. Se a comissão considera que houve uma violação de direito, o Estado-membro deverá remediá-la. O ressarcimento da vítima pelo Estado-membro pode assumir diferentes formas, seja através do pagamento de uma indenização, a satisfação ou a restituição ao estado anterior das coisas (como seria a revogação ou alteração da sua legislação interna, ou a liberação de uma pessoa injustamente detida).

Alguns comitês, como o CDH e o CAT têm Relatores Especiais para monitoração das comunicações. Assim, depois de estabelecida a forma de reparação, o caso é entregue a este relator, que entrará em contato com as partes para conseguir uma solução adequada, de acordo com o que é indicado pelos comitês.

No âmbito do procedimento de comunicações individuais, os comitês podem solicitar ao Estado em questão a adoção de medidas provisórias, que permitem enfrentar as emergências que ocorram quando uma comunicação seja examinada, e que possam causar danos irreparáveis.

¹¹ Embora cada comitê tenha o seu próprio procedimento para o tratamento das comunicações individuais, é possível encontrar certas semelhanças em todos eles. Assim, após o recebimento da comunicação, e realizada a análise sobre a admissibilidade, o respectivo comitê comunicará com o Estado em questão. Num prazo, que pode variar entre três ou seis meses (dependendo do que as regras do procedimento e o próprio tratado estabeleçam), o Estado deverá apresentar ao comitê explicações ou declarações que permitam esclarecer o assunto e indicam as medidas que, eventualmente, teriam sido adotadas a este respeito.

d. Reclamações interestatais

O procedimento de reclamações interestatal consiste no envio de uma comunicação de um Estado-membro, na qual alega que outro Estado-membro não está cumprindo com as obrigações estabelecidas no respectivo tratado.

Os comitês que possam exercer este mecanismo são o CDH, o CERD, o CAT, o CMW, o CRPD e o CED, de acordo com o estipulado no respectivo tratado¹². É importante ressaltar que este procedimento nunca foi utilizado, talvez porque os governos não o considerem "politicamente correto", no contexto das suas relações diplomáticas tradicionais¹³.

Como ativar este procedimento?

Em geral, para poder ativar este procedimento é necessário:

- Que ambos Estados-membros tenham aceitado a competência do comitê para analisar tais comunicações;
- Que essa comunicação tenha sido enviada ao comitê depois de ter tentado chegar a um acordo amigável por parte dos Estados; e
- Que todos os recursos internos tenham sido esgotados, a menos que a aplicação dos recursos mencionados tenha sido prolongada injustificadamente ou que não seja provável que realmente melhore a situação da pessoa que seja vítima.

Então, antes de ativar o procedimento, o Estado que alega o incumprimento das obrigações deverá trazer o assunto à atenção de outro Estado, dando-lhe um prazo de três meses para fornecer uma explicação ou declaração que esclareça a situação, na qual será feita referência, na medida do possível, aos procedimentos nacionais e aos recursos adotados, em trâmite ou que possam ser adotados a este respeito.

Se o assunto não for resolvido de forma satisfatória no prazo de seis meses desde que o Estado-membro em questão tenha

¹² Esta competência é concedida ao CDH, CAT e CTM através de uma declaração de aceitação da competência prevista no artigo 41 do PIDCP, no artigo 21 da Convenção contra a Tortura, e do artigo 76 da Convenção sobre os Trabalhadores Migrantes, respectivamente. No caso do CEDR, a competência está estabelecida nos termos do artigo 11 da Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial. No entanto, neste caso, nenhuma declaração adicional é necessária, mas a competência é atribuída com uma única ratificação ou adesão a essa Convenção.

¹³ VILLÁN DURÁN. Op Cit, p. 439.

recebido a primeira comunicação solicitando informação, qualquer dos Estados-membros interessados tem direito de submeter o assunto ao respectivo comitê, que disponibilizarão os seus bons ofícios aos Estados-membros interessados, a fim de chegar a uma solução amigável. Para isso, o Presidente do comitê nomeará uma Comissão Especial de Conciliação, composta por cinco pessoas que poderão ou não ser membros do comitê. Os membros desta comissão serão nomeados com o consentimento unânime das partes na controvérsia e disponibilizarão aos Estados interessados os seus bons ofícios, a fim de chegar a uma solução amigável do assunto.

Depois que a Comissão Especial de Conciliação tenha examinado atentamente o assunto, elaborará e apresentará ao comitê um relatório com as suas conclusões sobre todas as questões de fato relevantes para o assunto suscitado entre as partes e as recomendações que considere adequadas para a solução amigável da controvérsia. O comitê transmitirá este relatório para cada um dos Estados-membros na controvérsia. Dentro dos seguintes três meses, estes Estados notificarão o comitê se aceitam ou não as recomendações contidas no relatório.

No entanto, nem todos os comitês têm competência para realizar todos os procedimentos de controle. Além disso, em alguns casos, os mecanismos de reclamações individuais e comunicações interestatais estão previstos no respectivo tratado, entre outros, foram estabelecidos no âmbito de um protocolo adicional. Igualmente, em alguns casos, é necessária uma declaração expressa do Estado aceitando a competência do comitê para conhecer comunicações individuais ou reclamações interestatais. Em seguida, estes tratados e seus comitês serão discutidos separadamente.

2.4. Os pactos de 1966

Um dos objetivos da Comissão de Direitos Humanos, criada em 1946, foi a elaboração de um Pacto de direitos humanos. Originalmente, a ONU tinha encomendado a elaboração de um único corpo normativo. No entanto, durante os anos da Guerra Fria, os Estados ocidentais planejaram que o projeto seria dividido em dois tratados, com diferentes obrigações e órgãos de

fiscalização, um sobre direitos civis e políticos e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais (DESC). Do seu ponto de vista, somente os direitos civis e políticos eram considerados direitos de "primeira geração", ou seja, verdadeiros direitos humanos, que podiam ser implantados e garantidos imediatamente através de procedimentos judiciais. Os DESC, entretanto, foram considerados direitos de "segunda geração". Os Estados socialistas defendiam a interdependência e indivisibilidade de todos os direitos humanos. Estas diferenças ideológicas foram a causa de que o objetivo tivesse um atraso de dezessete anos, finalmente sendo adotados em 1966 os dois pactos de direitos humanos. Atualmente, a distinção entre "gerações" de direitos já não é aceita.

2.4.1. O PIDCP

O PIDCP foi adotado por unanimidade, em 19 de dezembro de 1966 e entrou em vigor em 23 de março de 1976, após a ratificação ou adesão de 35 Estados. Está dividido em seis partes principais:

O catálogo de direitos enumerados no PIDCP prevê direitos que não foram previstos na DUDH, tais como: o direito de não ser preso por dívidas, o direito das pessoas privadas de liberdade a ser tratadas com humanidade e garantindo o respeito pela sua dignidade, e o direito de toda a criança a ter uma nacionalidade. Por outro lado, certos direitos da DUDH não foram incluídos no PIDCP, tais como: o direito a uma nacionalidade, o direito à propriedade privada e o direito de asilo. Especificamente, o direito à propriedade privada não foi incluído no PIDCP porque os diferentes blocos políticos e ideológicos que formavam a ONU naquela época não puderam chegar a um acordo sobre a definição e o alcance deste direito¹⁴. Além disso, o PIDCP não oferece uma proteção específica para o direito à educação, mas já o PIDESC sim. Finalmente, a proibição de expulsão coletiva de estrangeiros, referida na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, não é

¹⁴ BUERGENTHAL, T., et al., *International human rights* (3 edición), West group, St. Paul, 2002, p. 46.

mencionada no PIDCP, enquanto o direito geral de um nome, mencionada na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também não foi incluído no PIDCP.

Chama a atenção para os direitos protegidos pelo PIDCP, o direito à livre determinação, enumerado no artigo 1. Este direito, de natureza coletiva, embora seja particularmente importante para o CDH, porque sua realização é uma condição essencial para a garantia efetiva e observância dos direitos humanos individuais e para a promoção e fortalecimento desses direitos¹⁵, foi entendido pelo CDH como fora do âmbito de proteção das comunicações individuais. Neste sentido, observou o CDH, que através das comunicações individuais apenas serão atendidas aquelas que dizem respeito a violações dos direitos consagrados na Parte III do PIDCP¹⁶.

Os Estados-membros do PIDCP também podem ratificar qualquer um dos dois Protocolos Facultativos do PIDCP. O Primeiro Protocolo Facultativo ao PIDCP (Protocolo I) foi adotado em 16 de dezembro de 1966¹⁷ e entrou em vigor, como o PIDCP, em 23 de março de 1976. A adesão a este Protocolo, como o próprio nome indica, é opcional.

Este protocolo prevê um sistema de controle para o cumprimento das disposições do PIDCP, mediante a atribuição ao CDH da faculdade de atender comunicações individuais em termos de supostas violações deste tratado pelos Estados-membros. Embora a adesão a este protocolo seja facultativa, depois que um Estado tenha sido parte do mesmo, qualquer pessoa sujeita à sua jurisdição (ou seja, não necessariamente nacional) poderá apresentar uma comunicação ao CDH, se considerar que tal Estado-membro violou algum dos direitos contidos no PIDCP.

O Segundo Protocolo Facultativo destinado à abolição da pena de morte (Protocolo II), foi aprovado em 15 de dezembro de

¹⁵ CDH Comentário Geral No. 12 de 13 de março de 1984. p. 1.

¹⁶ Comunicação No. 167/1984. Lubicon Lake Band v. Canada. CCPR/C/38/D/167/1984, p. 32.1.

¹⁷ Resolução da Assembleia Geral No. 220 A (XII), de 16 de dezembro de 1966.

1989¹⁸ e entrou em vigor em 11 de julho de 1991. Este protocolo prevê que nenhuma pessoa que esteja sob a jurisdição de algum Estado-membro será condenada à pena de morte, e que cada Estado-membro deverá tomar as medidas necessárias para abolir a pena de morte. No entanto, este protocolo prevê, no seu artigo 2, que, no momento da ratificação ou da adesão, os Estados formulem uma reserva na qual seja prevista a aplicação da pena de morte em tempo de guerra como consequência de uma condenação por um crime extremamente grave de natureza militar cometido durante a guerra. Este protocolo estende a jurisdição do CDH sobre a análise dos relatórios periódicos, da análise das reclamações interestatais, e das comunicações individuais para aqueles Estados que façam parte dos dois protocolos.

O PIDCP foi estabelecido como órgão de supervisão para a implantação deste tratado para o CDH¹⁹. No desempenho destas funções, o CDH pode analisar os relatórios que os Estados-membros devem enviar, indicando as medidas que estão sendo tomadas na sua jurisdição para implantar os direitos consagrados no PIDCP; adotar comentários gerais, analisar denúncias individuais, de acordo com o procedimento previsto no Protocolo I; e analisar reclamações interestatais.

2.4.2. O PIDESC

O PIDESC foi adotado em 16 de dezembro de 1966, e entrou em vigor em 3 de janeiro de 1976. Este pacto contém um catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais muito maior do que o estabelecido na DUDH. Entre os direitos listados está o direito ao trabalho, a desfrutar de condições de trabalho justas e favoráveis,

¹⁸ Resolução da Assembleia Geral No. 44/128, de 15 de dezembro de 1989.

¹⁹ Artigo 28 del PIDCP. Este comitê, composto de 18 membros, eleitos de entre os nacionais dos Estados-membros do PIDCP, é o responsável pela supervisão do cumprimento e implantação das disposições do PIDCP pelos Estados-membros. Os membros do CDH e de outros órgãos de supervisão de tratados são conhecidos como "especialistas" e devem ser pessoas com elevada moral e um histórico comprovado no campo dos direitos humanos. Os membros do CDH são eleitos por votação secreta entre os nacionais dos Estados-membros. A formação final do CDH não deve conter mais de um nacional do mesmo Estado. Além disso, dentro do CDH deve ser mantida uma distribuição geográfica equitativa e estarão representadas as diferentes formas de civilização e os principais sistemas jurídicos.

à segurança social, à proteção da família, a usufruir de um padrão de vida adequado, à educação, e a usufruir de uma vida cultural. Estes direitos não são simplesmente descritos no PIDESC, mas são descritos e definidos, e, geralmente, estabelecem os passos que os Estados devem cumprir para conseguir a sua adequada implantação. No entanto, se comparamos a redação do PIDESC com a da Carta Social Europeia, pode ser observado que o PIDESC, embora abranja uma vasta gama de direitos, sofre por ter uma redação muito vaga e geral. Por exemplo, enquanto a Carta Social Europeia utiliza três itens para se referir ao direito à segurança social, o PIDESC faz apenas uma breve enumeração das disposições relativas a este direito²⁰. Além disso, em comparação com o Tratado Europeu, o PIDESC não indica especificamente todos os grupos de pessoas que merecem uma proteção especial, mas que esta menção é feita somente em relação a mulheres e crianças²¹.

Por outro lado, se comparamos o PIDESC com as disposições do Protocolo de San Salvador, no sistema interamericano, pode-se observar que este último tem um alcance mais amplo de direitos protegidos, como o direito à saúde, ao meio ambiente saudável, e à infância.

Os Estados que ratificaram o PIDESC não assumem a obrigação da implantação imediata, tal como estabelecido no PIDCP. Ao contrário disso, o PIDESC no seu artigo 2 prevê que os Estados devem tomar medidas, tanto individualmente como mediante a assistência e a cooperação internacionais, especialmente econômicas e técnicas, até o máximo dos recursos disponíveis, para alcançar progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos DESC.

No entanto, de acordo com o Comentário Geral nº 3 do CDESC²², são duas as obrigações que são particularmente

²⁰ CRAVEN, M., "The Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", en HANSKI, R. e MARKKU, S. (Eds.), *An Introduction to the International Protection of Human Rights* (2da Ed.), Institute for Human Rights, Turku, 2000, p. 105.

²¹ Artigo 3 e 10 do PIDESC.

²² CDESC Comentário Geral No. 3 de 14 de dezembro de 1990.

importantes para a compreensão da índole exata das obrigações assumidas pelos Estados-membros. Uma delas consiste em que os Estados se "comprometem em garantir" que os direitos relevantes serão exercidos sem discriminação de qualquer tipo. O segundo é um compromisso de tomar medidas. Assim, enquanto a plena realização dos direitos relevantes pode ser alcançada progressivamente, as medidas devem ser tomadas para alcançar este objetivo dentro de um prazo razoavelmente curto, após a entrada em vigor do PIDESC aos Estados interessados. Tais medidas devem ser deliberadas, concretas e orientadas tão claramente quanto possível no sentido de cumprir as obrigações reconhecidas no PIDESC.

Nesse sentido, embora a falta de recursos financeiros suficientes possa ser uma razão para alegar a não implantação dos direitos consagrados no PIDESC, deve-se notar, como indicou o CDESC, que muitos destes direitos estão sujeitos a uma imediata implantação. Este é o caso, por exemplo, do direito a uma igual remuneração por um igual trabalho (artigo 7-a-i), o direito de fundar e aderir a sindicatos (artigo 8), o direito dos pais escolherem as escolas para os seus filhos (artigo 13.3 e 13.4), entre outros. Neste sentido, podemos observar como todos os DESC têm um âmbito de implantação que não necessita de grandes recursos econômicos.

O CDESC é o órgão de supervisão do PIDESC, e foi criado mediante a Resolução do ECOSOC No. 1985/17, de 28 de maio de 1985²³. No desempenho destas funções de supervisão e

²³ Nesta Resolução, o ECOSOC decidiu que este comitê seria composto por 18 membros, nacionais dos Estados-membros do PIDESC e que seria responsável pela supervisão do cumprimento e implantação das disposições do PIDESC pelos Estados-membros. Como os membros dos outros órgãos de supervisão dos tratados, os membros do CDESC são conhecidos como "especialistas" e devem ser pessoas com um moral elevado e um histórico comprovado no campo dos direitos humanos. Antes do estabelecimento do CDESC, o ECOSOC contava com o apoio do Grupo de Trabalho sobre a Implantação do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (conhecido como o Grupo de Peritos Governamentais). Isso, no entanto, nunca conseguiu um desempenho adequado devido a diferenças políticas constantes, especialmente em relação à participação de agências especializadas. Esta experiência levou o ECOSOC, em 1985, a estabelecer o CDESC como novo órgão, composto por especialistas

monitoramento, o CDESC tem duas funções principais: i) recebe e examina os relatórios que os Estados-membros devem enviar, indicando as medidas que estão sendo tomadas em sua jurisdição para implantar os direitos consagrados no PIDESC; e ii) adota comentários gerais, destinados a aconselhar os Estados-membros para a aplicação das disposições do PIDESC, mediante a análise e interpretação das obrigações contidas neste Tratado.

O CDESC não pode considerar comunicações individuais. No entanto, em 10 de dezembro 2008, a Assembleia Geral da ONU aprovou o texto de um Protocolo Facultativo ao PIDESC, que estabelece a competência do CDESC para considerar denúncias individuais e reclamações interestatais. Este protocolo entrará em vigor quando tenha sido ratificado em pelo menos dez Estados. Isso ainda não aconteceu, mas significaria um grande avanço para a tutela e exigência dos DESC.

2.5. Convenções de caráter específico

2.5.1. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial

A Convenção sobre a Discriminação Racial foi aprovada em 21 de dezembro de 1965²⁴ e entrou em vigor em 4 de janeiro de 1969. O antecedente imediato desta convenção pode ser encontrado na Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, proclamada mediante R. AG. No. 1904 (XVIII) de 20 de novembro de 1963.

Esta convenção define discriminação racial como: *qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública (art. 1).* Também prevê

independentes. Desde esse dia, o CDESC tornou-se o principal órgão de controle do PIDESC e pôde desempenhar adequadamente a função de auxiliar na análise dos relatórios.

²⁴ Resolução da Assembleia Geral No. 2106 A (XX), de 20 de dezembro de 1965.

que os Estados-membros comprometem-se a alterar, revogar ou anular as leis e regulamentos que tenham o efeito de criar a discriminação racial ou perpetuá-la onde já exista, bem como não se envolver em qualquer ato ou prática de discriminação racial, e a proibir e pôr fim a qualquer tipo de discriminação racial por qualquer indivíduo, grupo ou organização.

O artigo 8 da convenção estabelece como órgão de fiscalização para o CERD, que tem a seu cargo a supervisão do cumprimento e implantação das disposições da Convenção sobre a Discriminação, pelos Estados-membros. Devido aos direitos legislados, e ao estabelecimento do CERD, como órgão de supervisão antes da adoção das Convenções internacionais de 1966, esta convenção foi uma grande conquista no âmbito universal.

O CERD é composto de 18 peritos, eleitos entre os nacionais dos Estados-membros, e é responsável pela supervisão do cumprimento e implantação das disposições da Convenção sobre a Discriminação, pelos Estados-membros²⁵. No desempenho destas funções, o CERD pode analisar os relatórios que os Estados-membros devem apresentar, adotar comentários gerais, analisar denúncias individuais, e analisar reclamações interestatais.

2.5.2. A Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Convenção contra a Tortura)

Como antecedente a esta convenção pode ser mencionada a Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e Outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes²⁶. A Convenção contra a Tortura foi aprovada em 10 de dezembro de 1984 e entrou em vigor em 26 de junho de 1987. Esta convenção traz um novo elemento de particular relevância

²⁵ Os membros do CERD são nacionais do Estado-membro que os postula. A formação final do CERD deve manter uma distribuição geográfica equitativa e ter em conta a representação das diferentes formas de civilização e dos principais sistemas jurídicos.

²⁶ Proclamada mediante Resolução da Assembleia Geral No. 3452 (XXX), de 9 de dezembro de 1975.

para a luta da ONU contra a tortura, ao prever a possibilidade de que seja realizada uma investigação internacional quando exista informação sobre práticas sistemáticas de tortura no território de Estados-membros da convenção (este processo será discutido abaixo).

Outras disposições desta convenção estabelecem a obrigação dos Estados-membros a adotar medidas de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra índole para impedir atos de tortura em todo território que esteja sob sua jurisdição. Além disso, fica estabelecido que não se possa invocar circunstâncias excepcionais de guerra ou ameaça de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública como justificação para a tortura. Finalmente observa-se que a obediência devida não pode ser uma justificação válida para a prática de atos de tortura.

O CAT foi instituído pelo artigo 17 da Convenção contra a Tortura como órgão de supervisão do referido instrumento internacional, para supervisionar e acompanhar a implantação das disposições desta Convenção. Este comitê é composto por 10 especialistas.

No desempenho destas funções, o CAT pode analisar os relatórios que os Estados-membros devem apresentar; adotar comentários gerais; analisar reclamações individuais; analisar reclamações interestatais, e realizar investigações de ofício.

Em 22 de junho de 2006 entrou em vigor o Protocolo Facultativo à Convenção. Este Protocolo definiu um sistema de visitas de inspeção aos locais de detenção, em conjunto com órgãos nacionais de visita, criando, assim, o Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis Desumanos ou Degradantes do CAT, com a missão de visitar os locais designados e fazer recomendações aos Estados-membros relativas à proteção das pessoas privadas da sua liberdade contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Este subcomitê é composto por 10 membros independentes. O Protocolo também prevê no seu artigo 17 que cada Estado-membro deve designar, no prazo de um ano após a entrada em vigor do Protocolo, um ou vários mecanismos nacionais independentes para a prevenção da tortura no âmbito nacional.

Funções

Estes mecanismos terão as seguintes funções:

- Analisar regularmente o tratamento das pessoas privadas da sua liberdade em centros de detenção para reforçar a sua proteção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes;
- Fazer recomendações às autoridades competentes para melhorar o tratamento e as condições das pessoas privadas da sua liberdade e prevenir a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, de acordo com as normas relevantes das Nações Unidas;
- Fazer propostas e observações a respeito da legislação vigente ou dos projetos existentes sobre o tema.

2.5.3. Convenção sobre os Direitos da Criança

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada em 20 de novembro de 1989²⁷ e entrou em vigor em 2 de setembro de 1990. Este instrumento reconhece que existem em todos os Estados do mundo crianças vivendo em condições precárias, e que essas crianças merecem uma atenção especial.

A Convenção sobre os Direitos da Criança procura ter em conta as diferentes realidades culturais, sociais, econômicas e políticas dos Estados, de modo que cada um possa determinar as medidas de implantação que sejam compatíveis com a sua própria estrutura. Para atingir este objetivo, a convenção propõe a existência de quatro princípios gerais. Estes orientam a interpretação desta convenção e o estabelecimento dos programas de implantação.

Os princípios gerais

- Não discriminação (artigo 2): Os Estados-membros respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão a sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, étnica ou social, riqueza, deficiência física, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais.
- Interesse superior da criança (artículo 3): Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

²⁷ Resolução da Assembleia Geral No. 44/25, de 20 de novembro de 1989.

- Direito à vida, sobrevivência e desenvolvimento (artigo 6): Os Estados-membros reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida, e assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança. O termo "desenvolvimento" deve ser interpretado em sentido amplo, ou seja, o direito ao desenvolvimento físico, emocional, mental, social e cultural.
- A formação do juízo da criança (artigo 12): A criança terá o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos que lhe digam respeito, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

Entre os principais direitos protegidos pela Convenção sobre os Direitos da Criança está o direito à vida; a um nome e a uma nacionalidade desde o seu nascimento; a não ser separada dos seus pais (a menos que as autoridades competentes o determinem em função do bem estar da criança); à reunião familiar; à proteção contra danos mentais ou físicos (incluindo a proteção contra o abuso ou exploração sexual); à proteção especial em caso de deficiência; ao ensino primário obrigatório; ao uso do tempo livre para o descanso e o lazer; à proteção contra a exploração econômica, e contra o trabalho que interfira em sua educação, ou que seja nocivo para sua saúde; à proteção contra o tráfico ilícito de drogas; a ser colocada em celas separadas dos adultos em caso de detenção; que a pena de morte não seja imposta àqueles que cometeram o crime antes da idade de 18 anos; a que nenhuma criança com menos de 15 anos participe em hostilidades num conflito armado; a que as crianças pertencentes a minorias étnicas ou povos indígenas tenham o direito de desfrutar livremente da sua cultura, religião e língua.

Em 25 de maio de 2000 foram aprovados dois protocolos facultativos, o Protocolo Facultativo da Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Participação de Crianças em Conflitos Armados, e o Protocolo Facultativo da Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil. O primeiro deles entrou em vigor em 12 de fevereiro de 2002 e prevê que os Estados-membros devem tomar todas as medidas necessárias para assegurar que os membros das suas forças armadas menores de 18 anos não participem nas hostilidades. Além disso, as leis relativas ao recrutamento voluntário devem conter disposições para proteger os menores de 18 anos. Finalmente, no artigo 4, o protocolo estabelece que, no

caso de grupos armados nas forças armadas do Estado, eles não podem, em hipótese alguma, recrutar menores de 18 anos.

O segundo protocolo entrou em vigor em 18 de janeiro de 2002 e prevê que os Estados-membros devem assegurar, pelo menos, que as atividades descritas neste sejam penalizadas, afirmando que o Estado terá tanto jurisdição territorial, como jurisdição pessoal ativa e passiva.

No início de 1991, numa reunião dos representantes dos Estados-membros da Convenção sobre os Direitos da Criança, foi acordado o estabelecimento de um órgão de supervisão para esta convenção: o Comitê sobre os Direitos da Criança. Este comitê é composto por 18 especialistas e é responsável pela supervisão do cumprimento e implantação das suas disposições pelos Estados-membros.

No exercício das funções de supervisão e acompanhamento da implantação das disposições da Convenção sobre os Direitos da Criança, o CRC tem 2 funções principais: i) recebe e analisa os relatórios que os Estados-membros devem enviar, indicando as medidas que estão sendo tomadas na sua jurisdição para implantar os direitos consagrados na Convenção sobre os Direitos da Criança; e ii) é responsável pela elaboração dos comentários gerais, destinados a aconselhar os Estados-membros para a aplicação das disposições da Convenção sobre os Direitos da Criança, mediante a análise e interpretação das obrigações contidas nesta convenção.

O CRC não pode analisar comunicações individuais. No entanto, em 19 de dezembro de 2011, a Assembleia Geral da ONU aprovou o texto de um terceiro Protocolo Facultativo à Convenção que estabelece a competência do CRC de considerar denúncias individuais, reclamações interestatais e realizar comunicações de ofício. Este protocolo entrará em vigor quando tenha sido ratificado em pelo menos dez Estados.

2.5.4. Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias

Esta convenção foi adoptada em 8 de dezembro de 1990²⁸ e entrou em vigor em 1 de julho de 2003.

O papel que a OIT teve como órgão de proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes tem sido importante. Embora esta questão já tivesse sido abordada por esta organização na Convenção No. 97 de 1949 e na Convenção No. 143 de 1975, é no início de 1970 que a preocupação pelos trabalhadores migrantes entra no domínio da ONU. Em 1972, o ECOSOC, mediante a sua Resolução No. 1706 (LIII) chamou a atenção para o transporte ilegal de trabalhadores para certos Estados europeus e da exploração dos trabalhadores em alguns Estados da África. O ECOSOC lamentou que alguns estados estivessem se beneficiando da ignorância e o desemprego que existiam nos outros, e apelou aos governantes a tomar medidas para combater o problema. Nesse mesmo ano, a Assembleia Geral das Nações Unidas, na sua Resolução No. 2920 (XXVII), condenou a discriminação contra trabalhadores estrangeiros e solicitou aos Estados que pusessem fim a esta situação. Além disso, convidou os governantes a ratificar a Convenção No. 97 (1949). O mesmo pedido de ratificação foi feito novamente em 1973 pelo ECOSOC mediante a Resolução No. 1789 (LIV).

Nos anos seguintes, ocorreu uma grande cruzada para proteger os direitos dos trabalhadores migrantes²⁹. No entanto, apenas em 1978, como parte da primeira Conferência Mundial de Combate ao Racismo, realizada em Genebra, é que foi recomendada a elaboração de uma convenção internacional sobre

²⁸ Resolução da Assembleia Geral No. 45/158.

²⁹ O Plano de Ação Global sobre a população mundial, adotado pelas Nações Unidas em 1974; o seminário sobre Direitos Humanos dos Trabalhadores Migrantes, organizado pelas Nações Unidas em novembro de 1975, o estudo das normas internacionais sobre a proteção dos direitos humanos para os não-cidadãos, elaborado por Baroness Elles; o seminário internacional sobre diálogo cultural entre Estados de origem e Estados de emprego, organizado pela ONU em setembro de 1989, entre outros.

a proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes. Como resultado destas recomendações, em 1980 foi estabelecido um grupo de trabalho, formado por Estados-membros da ONU, responsável pela elaboração da convenção³⁰. O grupo de trabalho finalizou o projeto da Convenção para proteger os Direitos dos Trabalhadores Migrantes e suas Famílias, em 1990. E foi nesse mesmo ano, em 18 de dezembro, que esta convenção foi adotada.

Os trabalhadores migrantes não são novidade na história da humanidade, mas durante o século XX houve mais trabalhadores migrantes do que em qualquer outro período. Uma contribuição da Convenção para os Trabalhadores Migrantes, no entanto, será a classificação destes.

Classificação dos trabalhadores

A convenção distingue entre:

- a) Trabalhadores fronteiriços,
- b) Trabalhadores sazonais,
- c) Trabalhadores a bordo de navios que pertencem a um estado do que não são nacionais,
- d) Trabalhadores que trabalham em plataformas ou estruturas marítimas,
- e) Trabalhadores itinerantes, empregados que migram para uma obra determinada, e
- f) Trabalhadores independentes.

Também é importante ressaltar que a Convenção estabelece regras para o recrutamento e para o retorno aos seus Estados de origem. Além disso, indica os passos a seguir para combater a migração ilegal.

Nos termos do artigo 72 da Convenção foi estabelecida a criação do CMW como órgão de supervisão deste tratado. Este comitê é composto por 14 membros. No desempenho de funções de supervisão o CMW pode analisar os relatórios que os Estados-membros devem apresentar; adotar comentários gerais; analisar denúncias individuais; e analisar reclamações interestatais.

³⁰ Também foram convidados a contribuir com este trabalho a Comissão de Direitos Humanos, a Comissão para o Desenvolvimento Social, a OIT, a UNESCO e a OMS.

2.5.5. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres

A Convenção CEDAW foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 18 de dezembro de 1979, e entrou em vigor em 3 de setembro de 1981. Composta por um preâmbulo e 30 artigos, e estabelece uma agenda para o desenvolvimento de ações locais para acabar com tal discriminação. Esta convenção define a discriminação contra as mulheres, no seu artigo 2, como *“toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha o propósito ou o efeito de impedir ou anular o reconhecimento, o gozo ou o exercício pelas mulher, independentemente do seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil, ou em qualquer outro campo”* (artigo 1).

Esta convenção estabelece uma série de obrigações para os Estados-membros para adotar medidas orientadas a eliminar a discriminação contra as mulheres, em todas as suas formas. Estas incluem a incorporação do princípio da igualdade entre homens e mulheres nos sistemas legais internos, a revogação de todas as leis discriminatórias e a aprovação de outras que proíbam a discriminação contra as mulheres, e a criação de tribunais e instituições públicas que assegurem às mulheres uma proteção eficaz contra a discriminação.

Nos termos do artigo 17 da Convenção foi estabelecida a criação do CEDAW como órgão de supervisão deste tratado, composto por 23 especialistas. As funções deste comitê estão complementadas por aquelas especificadas no Protocolo Facultativo à Convenção, que entrou em vigor em 22 de dezembro de 2000. Assim o CEDAW pode analisar os relatórios que os Estados-membros devem enviar; adotar comentários gerais; analisar denúncias individuais, e realizar investigações de ofício.

2.5.6. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi aprovada em 13 de dezembro de 2006 e entrou em vigor em 3 de maio de 2008. Esta convenção conta com cinquenta artigos, tem como objetivo principal promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, e promover o respeito pela sua dignidade inerente. A Convenção também tem como tarefa essencial "adaptar" as normas pertinentes dos tratados de direitos humanos já existentes, no contexto da deficiência. Isso significa que, além de reiterar o reconhecimento dos direitos que estabelecem esses tratados, um dos principais objetivos da Convenção é estabelecer mecanismos para assegurar o exercício destes direitos das pessoas com deficiência, sem discriminação e em igualdade de oportunidades que as outras pessoas³¹. Portanto, é considerado um suplemento dos tratados internacionais vigentes sobre os direitos humanos adaptando-os ao contexto específico da deficiência.

A Convenção também representa uma grande mudança na forma de entender a deficiência, porque abandona a abordagem médico-assistencial a favor do modelo social ou de direitos humanos.

O artigo 3 da Convenção estabelece um conjunto de princípios gerais e fundamentais que orientam a interpretação e a aplicação da Convenção na sua totalidade.

Os princípios

Estes princípios são o ponto de partida para a compreensão e interpretação dos direitos das pessoas com deficiência e fornecem pontos de referência que servem de

³¹ DE LORENZO, R. e PALACIOS, A., "Discapacidad, derechos fundamentales v protección constitucional", em Los derechos de las personas con discapacidad, Vol. I Aspectos jurídicos, Madrid, 2007, p 43.

parâmetros para a avaliação de cada direito³². Estes oito princípios são:

- Respeito pela dignidade inerente, à autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;
- A não discriminação;
- A participação e inclusão plenas e efetivas na sociedade;
- Respeito pela diferença e a aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
- A igualdade de oportunidades;
- A acessibilidade;
- A igualdade entre o homem e a mulher;
- Respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo seu direito de preservar sua identidade.

O artigo 34 da Convenção cria o CDPD e, como seus análogos, este é responsável por assegurar o cumprimento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Com esta finalidade pode, além de analisar relatórios periódicos, tratar denúncias individuais e reclamações interestatais.

2.5.7. A Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados

A Convenção Internacional para a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados foi aprovada em 20 de dezembro de 2006 e entrou em vigor em 23 de dezembro de 2010. Esta Convenção, que tem 45 artigos, define o desaparecimento forçado como a prisão, a detenção, o sequestro ou qualquer outra forma de privação de liberdade por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou aquiescência do Estado, seguido de uma recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a ocultação do destino ou paradeiro da pessoa desaparecida, fora da proteção da lei.

³² Gabinete de Alto Comissariado das Nações Unidas, “Vigilancia del cumplimiento de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Guía para los observadores de la situación de los derechos humanos”, Serie de Capacitación Profesional, No. 17, disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Disabilities_training_17_sp.pdf, p.17.

Uma das contribuições da Convenção é o reconhecimento do direito à verdade no artigo 24.2. Esta regra estabelece que cada vítima tenha o direito de saber a verdade sobre as circunstâncias do desaparecimento forçado, o progresso e os resultados da investigação e o destino da pessoa desaparecida. Cada Estado-membro tomará as medidas adequadas a este respeito.

O órgão de supervisão da presente Convenção é o Comitê contra os Desaparecimentos Forçados. Esse comitê, composto por 10 especialistas independentes, monitora a convenção através de todos os mecanismos de supervisão previstos: relatórios periódicos, investigações de ofício, denúncias individuais e reclamações interestatais. Além disso, a Convenção prevê, no artigo 30, um procedimento de emergência em que o Comitê poderá examinar qualquer petição apresentada por parentes de uma pessoa desaparecida, seus representantes legais, seus advogados ou pessoas autorizadas por eles, e todo aquele que tenha um interesse legítimo, para buscar e localizar uma pessoa desaparecida.

2.6. O sistema extra-convencional

Além dos órgãos de supervisão dos tratados de direitos humanos da ONU, existem outras instituições e procedimentos para a proteção dos direitos humanos com base na Carta das Nações Unidas. Este é o caso dos procedimentos especiais monitorados pelo Conselho de Direitos Humanos.

2.6.1. A Comissão de Direitos Humanos e do Conselho de Direitos Humanos

A Comissão foi um órgão subsidiário do ECOSOC e o mais importante fórum de direitos humanos de todo o mundo até 2003. Este órgão foi criado em 1946, sob uma disposição da Carta da ONU³³, para estabelecer a estrutura legal e institucional que

³³ O artigo 68 da Carta das Nações Unidas estabeleceu que o ECOSOC criasse comissões nas áreas econômicas e sociais, e na promoção dos direitos humanos. Na sua primeira reunião, em 1946, o ECOSOC estabeleceu duas comissões, a Comissão de Direitos Humanos e a Comissão sobre o Status da Mulher.

proteja os direitos e liberdades fundamentais. Posteriormente, foi ampliando seu mandato original para lidar com todos os problemas dos direitos humanos.

Esta Comissão foi criada com um objetivo triplo: (I) elaborar uma Declaração de direitos humanos, (ii) adotar um Pacto de direitos humanos -instrumento jurídico vinculativo, e (iii) estabelecer medidas para a implantação dos direitos reconhecidos na Declaração e no Pacto. Destes três objetivos apenas o primeiro foi alcançado, quando em 10 de dezembro de 1948 foi aprovada a DUDH, graças ao trabalho conjunto da Comissão e da Subcomissão. Os demais objetivos tiveram que esperar alguns anos. Então, com esta afirmação como base, entre 1948 e 1966, a Comissão concentrou os seus esforços no estabelecimento de padrões e desenvolver o projeto de um impressionante conjunto de normas sobre Direito internacional dos direitos humanos. Este processo culminou em 1966 com a aprovação pela Assembleia Geral do PIDCP e do PIDESC.

Evolução histórica

A Comissão nem sempre gozou das mesmas funções que hoje goza. Neste sentido, podemos identificar quatro fases no desenvolvimento deste órgão:

- *Primeira Etapa (1947)*: o ECOSOC emite as resoluções 75 e 76 (V) nas quais indica que a Comissão não tinha competência para receber comunicações individuais. Isso aconteceu porque no momento estava entendido que esta iniciativa caía dentro da proibição de intervenção nos assuntos internos dos Estados.
- *Segunda Etapa (1959)*: o ECOSOC emite a resolução 728F (XXVIII) que confirma a anterior, mas por sua vez encarrega a Secretaria Geral a elaboração de 2 listas, uma confidencial e outra não confidencial e que agrupe as comunicações em listas que depois seriam remetidas à Comissão, sem qualquer finalidade posterior além do conhecimento das mesmas. Além disso, possibilita-se aos membros da Subcomissão referente a comunicações sobre minorias e discriminação.
- *Terceira Etapa (1967)*: o ECOSOC emite a resolução 1235 (XLII) e a Comissão as resoluções 8 e 9 (XXIII), de modo que a Comissão fica autorizada a receber comunicações individuais e a examinar estas comunicações da lista não confidencial sobre violações notórias de direitos humanos nos seguintes assuntos: (i) apartheid; (ii) discriminação racial; e (iii) dominação colonial. Desde então, a Comissão elaborou uma série de mecanismos e procedimentos, temáticos ou por países (que operam através de relatores especiais e grupos de trabalho), responsáveis pela fiscalização do cumprimento do direito internacional dos direitos humanos por parte dos Estados, e por investigar as supostas violações dos direitos humanos, mediante o envio de missões de investigação aos Estados.
- *Quarta Etapa (1970)*: o ECOSOC emite a resolução 1503 (XLIII), que dá origem ao procedimento confidencial para examinar situações de violação massiva e flagrante dos direitos humanos.

Em 2003, Kofi Annan, então Secretário-Geral da ONU, apresentou uma declaração³⁴ à Assembleia Geral sobre os desafios que, da sua perspectiva, a ONU devia enfrentar, propondo a criação de grupos de trabalho para fazer as mudanças relevantes, incluindo um grupo de análise das funções dos principais órgãos da ONU e outro responsável por formular recomendações para o fortalecimento do papel da ONU. Depois desta declaração, em novembro do mesmo ano, Kofi Annan criou o Grupo de Alto Nível sobre Ameaças, Desafios e Mudança³⁵, com a tarefa de elaborar propostas para o fortalecimento da segurança internacional. O grupo apresentou suas recomendações em 2 de dezembro de 2004, num relatório intitulado "Um mundo mais seguro: a responsabilidade que compartilhamos". Este documento apresentou recomendações para todos os órgãos da ONU³⁶.

Aceitando estas recomendações, em 15 de março de 2006 a Comissão de Direitos Humanos foi substituída pelo Conselho de Direitos Humanos³⁷. Este órgão, que é o mais novo do sistema, tem a tarefa de garantir os direitos humanos em todo o mundo, emitindo recomendações onde quer que ocorram as violações dos mesmos e «examinando» permanente-mente os seus progressos e problemas em cada país do mundo.

Sua estrutura é semelhante ao da antiga Comissão de Direitos Humanos, e, como esta, é um órgão de supervisão intergovernamental. A diferença, porém, é que a Comissão estava integrada por 53 representantes de Estados, enquanto que o

³⁴ Declaração do Secretário-Geral de 23 de setembro de 2003.

³⁵ Composto por dezesseis ex-chefes de Estado, ministros de relações exteriores e oficiais de segurança, militares, diplomáticos e de desenvolvimento.

³⁶ Uma destas foi a de modificar a formação da Comissão de Direitos Humanos, escolher os seus membros universalmente e aconselhá-la mediante um comitê consultivo, visto que, conforme o Grupo de Alto Nível, muitos Estados fizeram parte desta Comissão, mais que para proteger os direitos das pessoas, para se proteger das críticas por uma má gestão destes. O Grupo de Alto Nível recomendou também, por um lado, formar uma Comissão para a Consolidação da Paz encarregada de identificar os Estados em risco de conflito armado e adotar medidas de prevenção e, por outro, desvincular o ECOSOC de questões administrativas e centrar as suas funções na supervisão do cumprimento das Metas do Milênio, criando um comitê executivo, com um representante de cada região do mundo, para aconselhá-lo.

³⁷ Resolução da Assembleia Geral No. 60/251, de 3 de abril de 2006.

Conselho tem 47 membros eleitos diretamente e individualmente, por voto secreto por maioria na Assembleia Geral³⁸. O mandato dos membros do conselho é de três anos e poderão não ser imediatamente reeleitos depois de dois mandatos consecutivos. Além disso, a Comissão de Direitos Humanos era um órgão criado dentro do ECOSOC, enquanto que o Conselho é um órgão subsidiário da Assembleia Geral.

O Conselho tomou os mandatos e responsabilidades que antes eram confiadas à Comissão, mas também adicionou algumas funções, tais como a realização da Revisão Periódica Universal (RPU), que avalia a situação dos direitos humanos em todos os Estados-membros da ONU. O exame é realizado por um grupo de trabalho constituído pelo Presidente do Conselho e os 47 Estados-membros do mesmo. Para cada exame são nomeados, por sorteio entre os membros do Conselho, três relatores (troika), cuidando que procedam de diferentes grupos regionais. O Estado em questão pode solicitar que um relator seja do seu próprio grupo regional. Os relatores preparam um relatório resumindo os procedimentos, conclusões e recomendações formuladas ao Estado examinado e os compromissos voluntariamente assumidos por este.

2.6.2. Mecanismos de supervisão

No âmbito do sistema de proteção global dos direitos humanos, a Comissão (e agora o Conselho) foi a principal responsável pela realização dos mecanismos extra-convencionais de supervisão. Estes mecanismos, como já foi comentado, têm como característica não ter sido diretamente criados por tratados internacionais, mas derivar das competências gerais da ONU sobre direitos humanos.

Os mecanismos extra-convencionais envolvem procedimentos que estabelecem órgãos de supervisão, a fim de monitorar e

³⁸ A representação deverá ser geograficamente equitativa, distribuídos da seguinte forma: treze membros representantes de Estados Africanos, treze de Estados da Ásia, seis de Estados da Europa Oriental, oito Estados da América Latina e Caribe e sete Estados da Europa Ocidental e outros Estados.

analisar possíveis violações dos direitos humanos fora do âmbito convencional. Estes procedimentos foram instituídos por duas resoluções do ECOSOC e foram desenvolvidos na área de competências da Comissão e da Subcomissão.

Ambos os procedimentos estabelecem órgãos subsidiários com procedimentos de investigação que compilam e analisam informações sobre uma determinada situação de graves violações dos direitos humanos. Estes órgãos, que podem ser unipessoais (relator especial, representante, enviado, especialista, etc.) ou órgãos coletivos (grupo de trabalho, comitê *ad hoc*) estão integrados por especialistas independentes.

Quanto aos instrumentos aplicáveis ou que podem ser invocados para justificar a violação de algum direito, encontra-se a DUDH. No entanto, estes órgãos também levarão em conta todos os instrumentos convencionais nos quais faça parte o Estado em questão.

Procedimentos extra-convencionais

Os procedimentos extra-convencionais, de acordo com as suas normas internas podem ser de dois tipos:

- I. Público (estabelecido em virtude da Resolução do ECOSOC No. 1235), e
- II. Privado (estabelecido em virtude da Resolução do ECOSOC No. 1503).

Por sua vez, estes procedimentos podem usar dois tipos de mecanismos:

- III. Instrumentos geográficos, que estão relacionados com um determinado Estado; e
- IV. Instrumentos temáticos, que lidam com fenômenos globais. Dentro desta categoria podemos encontrar quatro temas principais: a) de violações do DESC, b) de violações dos direitos civis e políticos, c) de violações dos direitos de determinados grupos da população, e d) de fenômenos específicos.

Através da combinação de ambas as características, de acordo com as normas de cada procedimento, observamos que estes podem ser:

- V. Instrumentos geográficos, que podem ser realizados dentro de um procedimento público ou confidencial, e
- VI. Instrumentos temáticos, que somente podem ser realizados através de um procedimento público.

2.6.3. Procedimento 1235

Este mecanismo foi criado mediante a Resolução nº 1235 (XLII) do ECOSOC³⁹ para resolver situações de violação massiva e flagrante dos direitos humanos relacionadas com o apartheid, a discriminação racial e a dominação colonial⁴⁰. Como antecedente à criação deste procedimento, podemos remontar à prática da Assembleia Geral, que já em 1952 tinha criado a primeira Comissão para estudar a situação racial na União da África do Sul; em 1963, estabeleceu uma Missão para investigar a situação no Vietnã do Sul para que investigasse discriminações e perseguições contra a comunidade budista; e, em 1968, o Comitê Especial responsável por investigar as práticas israelenses que afetavam os direitos humanos do povo palestino e outros habitantes árabes dos territórios ocupados (este último ainda está em vigor sob o Relator Especial sobre a situação dos direitos humanos nos territórios ocupados da Palestina desde 1967)⁴¹.

Como foi indicado ao comentar a evolução da Comissão, o procedimento 1235 foi estabelecido como uma resposta para o problema apresentado pela chegada ao Secretariado da ONU de reclamações individuais sob o procedimento não confidencial sobre questões como o apartheid e a discriminação racial na Rodésia e África do Sul. Perante esta situação, e mediante a Resolução 1235, autorizou-se à Comissão a analisar a informação sobre violações flagrantes dos direitos humanos e liberdades fundamentais⁴². As questões para as quais a Comissão foi autorizada foram relacionadas a violações graves dos direitos humanos nas seguintes áreas: (i) apartheid; (ii) discriminação racial; e (iii) dominação colonial. Em 1975, a criação do grupo de trabalho para investigar a situação dos direitos humanos no Chile após o golpe

³⁹ Adotada em 6 de junho de 1967.

⁴⁰ O parágrafo 2 desta resolução autorizava a Comissão e a Subcomissão a analisar as informações sobre graves violações dos direitos humanos e liberdades fundamentais, tais como a política de apartheid na África do Sul e a discriminação racial na Rodésia.

⁴¹ VILLÁN DURÁN. Op. Cit. pp. 626-627.

⁴² No entanto, após uma série de mudanças introduzidas em 2000, a Subcomissão já não analisa violações dos direitos humanos que ocorrem num país, exceto sob o procedimento confidencial.

de Estado, abriu a porta para uma nova concepção deste mecanismo. A partir desse momento, a prática da Comissão desenvolveu a potencialidade que tinha de realizar estudos sobre situações que revelem quadros de violência persistente de violações dos direitos humanos, em áreas não contempladas inicialmente na resolução 1235⁴³.

Os Mandatos Temáticos estão a cargo de grupos de trabalho, relatores especiais (cuja função tem um caráter predominantemente técnico e de investigação) e representantes da Secretaria-Geral (que apresentam um matiz político e diplomático orientado ao assessoramento em certas questões). Os Mandatos Geográficos, por sua vez, estão a cargo dos relatores especiais, representantes especiais (enviados para Estados que têm atitude de cooperar com o Conselho), e especialistas independentes (que enfatizam a elaboração de recomendações de caráter técnico destinadas a melhorar a situação dos direitos humanos num país determinado). Estes mandatos são essencialmente de caráter humanitário. Este não é um processo contraditório, mas um meio da comunidade internacional tentar controlar situações de graves violações dos direitos humanos. No entanto, como argumenta Villán Durán⁴⁴ a proteção exercida pelos mecanismos extra-convencionais não é puramente humanitária, mas enquadra-se perfeitamente dentro da área jurídica, um prelúdio para as futuras demandas de responsabilidade internacional aos Estados por violação das normas internacionais de direitos humanos.

Embora este procedimento tenha sido estabelecido inicialmente para ajudar a resolver problemas globais (situações de violações graves e massivas dos direitos humanos), a medida que os procedimentos investigavam e avançavam ao longo do tempo, chegou-se à separação na concepção de aplicar o procedimento 1503 (discutido abaixo) a situações globais, e o procedimento 1235 a casos específicos através das ações individuais e urgentes,

⁴³ A prática dos Estados consolidou esta ação em função da obrigação de cooperar com a organização na realização dos seus fins (artigo 55.c) e o cumprimento de boa fé do tratado (artigo 2.2).

⁴⁴ VILLÁN DURÁN. Op Cit. p 648.

bem como de situações globais. No entanto, nem todos os mandatos temáticos (próprios do procedimento 1235) são responsáveis por casos individuais, mas alguns, como o Representante do Secretário-Geral para as Pessoas Deslocadas Internamente, aborda apenas o fenômeno e não aceita casos individuais nem envia medidas urgentes.

As atividades do procedimento 1235 (mecanismos por países e temáticos) são baseadas em comunicações recebidas de várias fontes (as vítimas ou suas famílias, organizações locais e internacionais, etc.) que contêm denúncias de violações dos direitos humanos. Estas comunicações podem ser de várias formas (por exemplo, cartas, fax, telegramas) e pode se referir a casos particulares, bem como a detalhes de situações de alegadas violações dos direitos humanos.

Requisitos mínimos

Quanto à apresentação de comunicações, não há diferenças entre os mecanismos dos países e os mecanismos temáticos; ambos devem cumprir os mesmos requisitos mínimos, a saber:

- i. Identificação da suposta vítima (ou supostas vítimas);
- ii. Identificação dos autores da violação;
- iii. Identificação da/s pessoa/s ou organização/organizações, que apresentam a comunicação. As comunicações anônimas não são admissíveis;
- iv. Descrição detalhada das circunstâncias do incidente em que a suposta violação ocorreu.

Outra característica do procedimento 1235 consiste em ser um procedimento público, que permite que os relatórios sejam considerados nas reuniões do Conselho abertas ao público. Nestas sessões não apenas podem comparecer os Estados-membros do Conselho, mas também todos os outros Estados da ONU e observadores, as organizações internacionais e ONGs com status consultivo junto ao ECOSOC. Além disso, a admissibilidade das comunicações recebidas no âmbito deste procedimento não está sujeita a tais regras estritas nem à regra do esgotamento dos recursos internos. Em geral, são os métodos de trabalho dos próprios órgãos públicos especiais os quais decidem as regras de admissibilidade das comunicações. Estes critérios foram gradualmente sendo harmonizados.

A possibilidade de fazer uma visita *in situ* é compartilhada com o procedimento 1503. Estas visitas são feitas a fim de avaliar melhor a situação, entrevistar as vítimas e as testemunhas, ou enviar operações humanitárias urgentes. No entanto, para que estas visitas sejam realizadas é necessário ter um convite do governo em questão. Depois que o governo em questão tenha dado o seu consentimento para que o órgão possa entrar no território do Estado, as autoridades nacionais devem facilitar as medidas apropriadas para que a visita possa ser realizada.

Quanto às fontes de informação, o procedimento 1235 é bastante liberal, permitindo desde o princípio toda fonte de informação que o próprio órgão de investigação considere confiável, seja oficial ou privada.

Outra característica a destacar é que os órgãos especiais do procedimento 1235 são temporários, por isso devem renovar seus mandatos. Inicialmente, esta renovação devia ocorrer cada ano. No entanto, nos últimos anos observa-se que os mandatos geográficos ainda têm a duração de um ano, enquanto os temáticos prolongam-se por três anos.

Finalmente, observamos que existem dentro do procedimento 1235 mecanismos que permitem interagir diretamente com os governos, devido a alegadas violações dos direitos humanos. Isto porque, na maioria dos casos, os procedimentos geográficos não desenvolveram, como regra geral, medidas preventivas perante uma ameaça verossímil de violação dos direitos e liberdades fundamentais de uma pessoa em particular (daí o dever de investigar situações apresentando um padrão consistente de violações). No caso dos mandatos temáticos houve, no entanto, um maior interesse em abordar casos específicos e individuais. Portanto, pode-se dizer que estes são responsáveis pela criação deste procedimento de ações urgentes⁴⁵. Estas ações visam a prevenção de violações estatais dos direitos mais fundamentais (como vida, integridade, liberdade e segurança pessoais). Assim, as medidas de emergência podem ser em

⁴⁵ VILLÁN DURÁN. Op. cit, p. 774.

relação a uma violação que esteja ocorrendo, ou que exista um elevado risco de que ocorra. Neste processo, dada a sua urgência, as regras processuais foram facilitadas substancialmente, de modo que o procedimento envolve o envio de uma carta aos governos envolvidos (por qualquer meio), solicitando informações e comentários sobre a comunicação recebida, bem como ações de prevenção ou de investigação. Em termos legais, essas ações são equivalentes às medidas provisionais do sistema convencional.

A decisão de intervir é discricional de quem detenha o mandato (relator especial, grupo de trabalho) para tratar das ações urgentes, e geralmente levam em conta questões como a credibilidade das informações recebidas e o âmbito do mandato.

Esta prática não foi bem desenvolvida nos mandatos geográficos. No entanto, podem ser identificadas algumas intervenções nas quais, a pesar de diferentes e sem obedecer a um padrão genérico, uniforme e preestabelecido, alguns relatores especiais não hesitaram em interpor seus bons ofícios. Este é o estado de implantação desta prática no contexto dos mandatos em Burundi, Guiné Equatorial, República Democrática do Congo, Sudão, Chile, Cuba, El Salvador, Guatemala, Haiti, Afeganistão, Iraque, Myanmar, ou territórios palestinos ocupados. No caso dos mandatos temáticos, há um maior desenvolvimento desta prática, particularmente no caso do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários; o Relator Especial sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias; o Relator Especial sobre a Tortura, o Grupo de Trabalho sobre a Questão de Detenção Arbitrária, e o Relator Especial sobre a Independência dos Juízes e Advogados.

2.6.4. Procedimento 1503

O ECOSOC estabeleceu na sua Resolução No. 1503 (XLVIII)⁴⁶ um mecanismo processual permanente e confidencial para o recebimento e processamento de reclamações individuais de

⁴⁶ Adotada em quarta-feira, 27 de maio de 1970.

violações dos direitos humanos⁴⁷. De acordo com este mecanismo, o Conselho deve determinar a existência de uma situação de violação manifesta dos direitos humanos. Se assim for, a Comissão poderá decidir se esta situação merece a realização de uma linha de estudo de base, ou uma investigação por um comitê especial. Nestes casos, o Conselho solicitará o consentimento do Estado em questão. Como podemos observar a diferença do procedimento 1235, o procedimento 1503 não foi criado com a intenção de ser aplicado a situações relacionadas com o apartheid, a discriminação racial ou a dominação colonial, portanto conclui-se que o procedimento 1503, desde as suas origens, esteve habilitado para receber comunicações relativas a todo tipo de situação de violações graves e massivas dos direitos humanos.

O procedimento de 1503, apesar de poder receber e analisar reclamações individuais dos direitos humanos, não se centra em atendê-las individualmente, mas serão levadas em consideração para efeitos de determinação da existência ou não de uma situação de violações flagrantes e massivas dos direitos humanos no território de um determinado Estado (é por isso que, sob o procedimento 1503 não caibam mandatos temáticos). Se tal situação é determinada, a atenção do Conselho incidirá sobre ela, considerada globalmente, e não na reclamação individual específica. Neste sentido, o exame não será realizado com uma finalidade protetora dos direitos humanos, entendida no sentido de proteção específica para o indivíduo que vê seus direitos violados, porém mais com a finalidade de uma maior promoção dos direitos humanos, de acordo com o dever de cooperação dos Estados, e nos termos do artigo 5 da Carta da ONU⁴⁸.

As atuações deste procedimento serão confidenciais até que o Conselho emita suas recomendações ao ECOSOC e este as aprove. Há casos, no entanto, onde o ECOSOC decidiu levantar o

⁴⁷ De acordo com a Resolução No. 1503, a finalidade deste procedimento é identificar as comunicações que pareçam revelar um quadro persistente de violações manifestas e claramente demonstradas dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. (Parágrafo 1 in fine).

⁴⁸ VILLÁN DURÁN, Carlos. Curso de Derecho internacional de los derechos humanos. Madrid: Trotta, 2002, p. 634.

sigilo após a conclusão do estudo de uma situação determinada, ou por recomendação do Conselho⁴⁹. Ao finalizar o procedimento, o Conselho anuncia publicamente a relação dos Estados que foram analisados no âmbito do processo 1503.

3. BIBLIOGRAFIA BÁSICA

- BREGAGLIO, R. e CHAVEZ, C., El sistema universal de protección de los derechos humanos. Cambios en la organización de Naciones Unidas y el papel de la sociedad civil, Guía práctica para defensores de derechos humanos, CNDDH/CEDAL, Lima, 2008.
- BUERGENTHAL, T., et al., International human rights (3 edición), West group, St. Paul, 2002.
- CARIILLO SALCEDO, J.A., Soberanía de los Estados y derechos humanos (2da edición), Tecnos, Madrid, 2001.
- CRAVEN, M., "The Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", en HANSKI, R. e MARKKU, S. (Eds.), An Introduction to the International Protection of Human Rights (2da Ed.), Institute for Human Rights, Turku, 2000.
- DE LORENZO, R. e PALACIOS, A., "Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional", en Los derechos de las personas con discapacidad, Vol. I Aspectos jurídicos, Madrid, 2007.
- VILLÁN DURÁN, C., Curso de Derecho internacional de los derechos humanos, Trotta, Madrid, 2002.

4. FONTES COMPLEMENTÁRIAS

- ALSTON, P., *International Human Rights in context*, Oxford University Press Oxford, 2000.
- BUERGENTHAL, T., GROSSMAN, C. e NIKKEN, P., *Manual internacional de Derechos Humanos*, IIDH, San José, 1990.
- CANÇADO TRINDADE, A., *El derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

⁴⁹ Por exemplo, sob o mandato da antiga Comissão de Direitos Humanos, foi ordenado levantar sigilo em casos de Guiné Equatorial (1979), Argentina (1985), Uruquai (1985), Filipinas (1986) e Haiti (1987) Além disso, em 1999, a Comissão finalizou o exame da situação em Serra Leoa sob o procedimento 1503, para abrir estudo sob o procedimento 1235. Atualmente, a pedido dos respectivos Governos, a documentação analisada pela Comissão sob o procedimento confidencial 1503 relativa à situação dos direitos humanos na Argentina (analisados entre 1980 e 1985), Uruquai (1978 e 1985) e do Paraguai (1978 e 1990) deixou de ser considerado confidencial e está disponível para indivíduos e organizações interessados.

CASSESE, A., *Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1993.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C. (Coord.). *Derecho internacional de los derechos humanos*, Diles S.A., Madrid, 2000.

HANSKI, R. e MARKKU, S. (Ed.), *An Introduction to the International Protection of Human Rights* (2da. Ed.), Institute for Human Rights, Turku, 2000.

5. RECURSOS ELETRÔNICOS

CDESC Comentário Geral No. 3 de 14 de dezembro de 1990.

CDH Comentário Geral No. 12 de 13 de março de 1984.

Comunicação No. 167/1984. Lubicon Lake Band v. Canada. CPR/C/38/D/167/1984.

Gabinete de Alto Comissariado das Nações Unidas, "Vigilancia del cumplimiento de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Guía para los observadores de la situación de los derechos humanos", *Serie de Capacitación Profesional*, No. 17, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Disabilities_training_17_sp.pdf

Resolução da Assembleia Geral No. 60/251, de 3 de abril de 2006.

Resolução da Assembleia Geral No. 2106 A (XX), de 20 de dezembro de 1965.

Resolução da Assembleia Geral No. 220 A (XII), de 16 de dezembro de 1966.

Resolução da Assembleia Geral No. 3452 (XXX), de 9 de dezembro de 1975.

Resolução da Assembleia Geral No. 44/128, de 15 de dezembro de 1989.

Resolução da Assembleia Geral No. 44/25, de 20 de novembro de 1989.

Portal das Nações Unidas: <http://www.un.org>

Portal do Alto Comissariado para os Direitos Humanos: <http://www.ohchr.org/SP/Pages/WelcomePage.aspx>

4

O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Felipe Arias Ospina e Juliana Galindo Villarreal
Universidad de los Andes

Resumo

Este capítulo apresenta uma introdução ao sistema interamericano de direitos humanos, descreve suas origens, estrutura institucional e suas diferentes expressões jurídicas.

1. INTRODUÇÃO

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem desempenhado um papel importante na proteção e promoção dos direitos humanos nas Américas. Isso foi possível através da consolidação de um quadro normativo vinculativo para os Estados em matéria de direitos humanos, e a consequente criação dos organismos responsáveis por garantir a segurança dos mesmos, bem como a formulação de procedimentos específicos que monitorem e avaliem o cumprimento das obrigações adquiridas pelos Estados-membros a respeito. Neste sentido, este documento tem como objetivo apresentar os elementos mais importantes que formam a estrutura do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

2. OS INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Enquanto os antecedentes do Sistema Interamericano remontam ao início do século XX¹, foi na 9ª Conferência Pan-Americana, realizada de 30 de março a 2 de maio de 1948, em Bogotá, Colômbia - onde o estabelecimento do Sistema Interamericano como um sistema de proteção de direitos humanos entrou em vigor, já que foi adotada a Carta da Organização dos Estados Americanos², o Tratado Americano de Soluções Pacíficas (Pacto de Bogotá) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (doravante DADH ou Declaração Americana).

É oportuno ressaltar que, juntamente com a Carta da OEA, a DADH - adotada meses antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos - foi o instrumento mais relevante para o surgimento posterior dos órgãos de proteção dos direitos humanos, uma vez que estabeleceu a relevância da proteção internacional dos direitos humanos por parte dos Estados Americanos. No entanto, apesar das importantes discussões que giraram em torno das obrigações em matéria de direitos humanos, a DADH não foi aprovada como uma convenção com efeitos vinculativos para os Estados, mas foi consagrada como uma declaração que definiam os meios para fortalecer o compromisso dos Estados com os direitos e liberdades individuais e sociais. Não obstante, a Corte Interamericana de Direitos Humanos dispôs em sua Opinião Consultiva No. 10/90 que *"para estes Estados a Declaração Americana constitui, em relação à Carta da Organização, uma fonte de obrigações internacionais. (...) O fato de que a Declaração não seja um tratado não leva, então, à conclusão de que careça de efeitos jurídicos, ou que a Corte esteja impossibilitada para interpretá-la no âmbito da*

¹ GOLDMAN, R., "Historia y Acción: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", em COVARRUBIAS VELASCO, A. e ORTEGA NIETO, D. (Coords), La protección internacional de los derechos humanos un reto en el siglo XXI, México D.F., 2007, pp. 101, 109-148.

² Modificada posteriormente pelos Protocolo de Buenos Aires de 1967, o Protocolo de Cartagena das Índias 1985, Protocolo de Washington de 1992, e o Protocolo de Manágua em 1993.

explicação anterior”³. Este mesmo critério foi sustentado pela Comissão⁴.

No entanto, dada a importância de desenvolver um instrumento com força vinculativa para fazer cumprir as obrigações em matéria de direitos humanos nas Américas, foi assinado na cidade de San José de Costa Rica em 22 de novembro de 1969, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante CADH ou Convenção Americana). Conforme indica o preâmbulo da mesma, o espírito dos Estados Americanos é reafirmado por consolidar na região as instituições democráticas: liberdade pessoal, justiça social e direitos humanos básicos consagrados na DADH, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os princípios da Carta da OEA.

Primeira parte

A primeira parte da Convenção é chamada Deveres dos Estados e Direitos dos protegidos, onde estão incorporados os aspectos mais importantes da CADH, a saber:

- A obrigação de respeito e garantia dos Estados (art. 1) e o dever de adotar disposições de direito interno para a plena implantação da CADH (art. 2);
- Os direitos civis e políticos, entre os quais: direito à personalidade jurídica (art. 3), direito à vida (art. 4), direito à integridade pessoal (art. 5), proibição da escravidão e servidão (art. 6), direito à liberdade e à segurança pessoal (art. 7), garantias judiciais e proteção judicial (arts. 8 e 25), proteção da honra e da dignidade (art. 11), liberdade de pensamento e expressão (art. 13), direito à liberdade de reunião (art. 15), direito de associação (art. 16), direitos políticos (art. 23), direito à igualdade perante a lei (art. 24), entre outros;
- Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 26), onde esses direitos são considerados desenvolvimento progressivo;
- Suspensão de garantias (art. 27), interpretação (art. 29) e implantação (arts. 28, 30 e 31) da CADH;
- Deveres das pessoas (art. 32), que estabelece a correlação entre os deveres e os direitos consagrados.

³ Corte IDH, Opinião Consultiva OC-10/89, Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no âmbito do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 14 de julho de 1989, Ser. A. No. 10 (1989), par. 45 e 47.

⁴ Comissão IDH Relatório Anual 1986-1987, James Terry Roach e Jav Pinkerton vs Estados Unidos ref. 9647, Res. 3/87, de 22 de setembro de 1987, par. 46-49 Comissão IDH Relatório Nº 51/01 Rafael Ferrer-Mazorra e Otros vs Estados Unidos No. 9903, de 4 de abril de 2001.

Os seguintes capítulos da Convenção regulam as questões relativas a: meios de proteção; órgãos competentes (Comissão Interamericana e Corte Interamericana); assinatura, ratificação, emenda, protocolo e denúncia da CADH; e as disposições comuns e transitórias. Vale destacar quanto às reservas e denúncias da Convenção, o art. 75 da CADH que se refere à Convenção de Viena de 1969⁵, segundo o qual a reserva apenas pode ser realizada no momento de assinar, ratificar, aceitar ou aderir ao tratado, não depois. Estas reservas não são absolutas, pois são limitadas pelo Direito Internacional⁶ quando o tratado proíbe expressamente que sejam efetuadas reservas, quando disponha que só possam ser feitas determinadas reservas, ou quando as reservas efetuadas resultem incompatíveis com a finalidade do tratado. No entanto, no que se refere à denúncia da Convenção, o art. 60 da CADH proíbe esta figura ao consagrar que não são permitidos a suspensão ou o cancelamento de tratados cujo objetivo seja a proteção da pessoa humana⁷.

A partir da Convenção Americana, como veremos a seguir, foram formulados os orçamentos atuais de funcionamento do Sistema Interamericano, especialmente pela reformulação dos órgãos e procedimentos adequados para assegurar a observância dos direitos humanos. Após a sua entrada em vigor em 1978, no âmbito do Sistema Interamericano foram estabelecidos outros instrumentos jurídicos referentes aos direitos humanos individuais ou a populações de proteção especial, como a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura⁸, o Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em

⁵ Art. 2 Convenção de Viena de 1969 define a reserva como "(...) *uma declaração unilateral, qualquer que seja o seu enunciado ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado ou aderir a este com o objetivo de excluir ou modificar os efeitos jurídicos de certas disposições do Tratado em sua aplicação a esse Estado*".

⁶ Art. 19 Convenção de Viena de 1969.

⁷ Neste sentido não se aplicam os arts. 56 e 78 da Convenção de Viena, de 1969, segundo os quais a denúncia consiste na manifestação da vontade do Estado de não continuar vinculado a um tratado determinado, antes de decorrido um período de cinco anos a partir da data de entrada em vigor do instrumento, com aviso prévio de um ano.

⁸ Adotada em 9 de dezembro de 1985. Entrada em vigor em 28 de fevereiro de 1987.

matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de San Salvador"⁹, o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos relativo à abolição da pena de morte¹⁰, a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher "Convenção de Belém do Pará"¹¹, a Convenção Interamericana sobre o desaparecimento forçado de pessoas¹², e a Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência¹³.

3. OS ÓRGÃOS DO SISTEMA INTERAMERICANO

Os órgãos que compõem o Sistema Interamericano são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH ou Comissão), que por sua vez está a cargo dos diferentes Relatórios do sistema, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH ou Corte)¹⁴. O primeiro foi criado com o objetivo de promover a observância e defesa dos direitos humanos na região e ser o órgão consultivo da Organização dos Estados Americanos (OEA), em matéria de direitos humanos, enquanto a Corte IDH é o órgão judicial do sistema responsável pela interpretação e aplicação da CADH, de acordo com os casos que sejam apresentados sob a sua jurisdição. Ambos os órgãos têm trabalho complementar dentro do sistema de petições individuais, em que perante a CIDH é esgotada a primeira fase do procedimento e na Corte IDH a fase final do mesmo, se for o caso.

Estas instituições têm origens diferentes que definem o seu papel dentro do sistema interamericano e que são a base das funções que lhes foram concedidas pela OEA.

⁹ Adotado em 17 de novembro de 1988. Entrada em vigor em 16 de novembro de 1999.

¹⁰ Adotado em 8 de junho de 1990. Entrada em vigor em 28 de agosto de 1991.

¹¹ Adotada em 9 de junho de 1994. Entrada em vigor em 5 de março de 1995.

¹² Adotada em 9 de junho de 1994. Entrada em vigor em 28 de março de 1996.

¹³ Adotada em 7 de junho de 1999. Entrada em vigor em 14 de setembro de 2001.

¹⁴ CADH art. 33.

3.1. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)

A Comissão foi criada em 1959 pela OEA para a promoção e defesa dos direitos humanos na região, e servir como um órgão consultivo da OEA¹⁵. Está formada por sete membros eleitos pela Assembleia Geral da OEA. Sua missão, no início (1959-1967) foi relatar a situação dos direitos humanos por meio de relatórios que advertiam e relacionavam as violações de direitos humanos ocorridas em países americanos. Com a entrada em vigor da CADH, as funções da Comissão foram ampliadas: (i) além do monitoramento da situação dos direitos humanos, foi incluído (ii) a formulação de recomendações aos Estados, (iii) atender consultas formuladas pelos Estados-Membros e (iv) o processamento de petições individuais do sistema¹⁶.

A função de monitoramento da Comissão consiste em elaborar relatórios sobre o estado dos direitos humanos a partir de três categorias: um relatório anual, outro por países e outro temático. Na primeira, a Comissão descreve o progresso ou regressão da proteção dos direitos em cada país. A saber, no relatório de 1970, por exemplo, a CIDH apresentou as reformas processuais penais que estavam ocorrendo em países como Argentina, Colômbia, Panamá e Estados Unidos, como temas relacionados à igualdade e não discriminação, direito ao trabalho e a uma justa remuneração entre outros¹⁷. O segundo tipo de relatório que a Comissão faz é por países, descrevendo a situação de cada Estado em relação à proteção e garantia dos direitos humanos. O último relatório publicado incidiu sobre a situação na Jamaica, enfatizando questões como a discriminação baseada na orientação sexual e identidade de gênero no acesso à justiça,

¹⁵ CIDH, regulamento art. 1.1. modificado 2 de setembro de 2011.

¹⁶ CADH, art. 41 Lit. a-g.

¹⁷ Comissão IDH Relatório Anual 1970, de 12 de março de 1971. Parte I. Até o momento foram publicados 31 relatórios anuais sobre a situação dos direitos humanos na região. A partir do relatório de 2009 podem ser consultadas as intervenções e os comentários dos Estados-Membros no relatório anual da CIDH. Informação disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/informes/anales.asp>, consultado em 18 de janeiro de 2013.

violência policial e comunitária¹⁸. Finalmente, os relatórios temáticos analisam situações específicas que estão sendo apresentadas no continente, abordando temas desde o papel das mulheres nas Américas (1998), Liberdade de Expressão (2002), a situação dos defensores e defensoras dos direitos humanos na região (2006), as comunidades indígenas e tribais sobre suas Terras Ancestrais e Recursos Naturais (2009), até a restrição e abolição da pena de morte no âmbito do sistema interamericano (2011), entre muitos outros¹⁹.

Para que servem os relatórios?

Os relatórios da CIDH servem de suporte para realizar as recomendações gerais e/ou específicos de cada Estado, a fim de proteger e garantir o pleno exercício dos direitos previstos na CADH. Na maioria dos casos, as recomendações são encontradas no final dos relatórios acima mencionados, onde são propostas diretrizes e parâmetros para a correta implantação de medidas tendentes a cumprir o objetivo mencionado anteriormente. Por exemplo, no relatório geral de 1997, a Comissão recomendava aos Estados uma definição melhor e mais clara dos papéis desempenhados pelas Forças Armadas e segurança de países membros. De fato, observava que as Forças Armadas não podiam revogar a investigação e prisões de crimes comuns, porque, devido à sua complexidade e especialização, além do contato social que isto produz, devia ser responsabilidade de uma força policial cumpridores da lei e devidamente instruídos²⁰. Além disso, em 2009, a Comissão publicou o seu segundo relatório sobre a situação dos direitos humanos na Venezuela, com particular ênfase no respeito à Liberdade de Expressão. As recomendações indicavam problemas desde a imparcialidade nos processos de julgamento, tanto administrativos como judiciais, sobre a radiodifusão, até assegurar que os funcionários públicos se abstivessem de fazer declarações que gerassem uma atmosfera de intimidação sobre a mídia²¹.

¹⁸ Comissão IDH Relatório sobre a situação dos direitos humanos na Jamaica de 2012, de 10 de agosto de 2012. Desta vez, a CIDH especificou a ênfase que teve na avaliação deste país: "A Comissão prestou especial atenção à situação dos direitos humanos e a segurança pública, a conduta das forças de segurança do país, a administração da justiça e as condições prisionais, bem como a situação das mulheres, crianças, pessoas com deficiência, pessoas com HIV/AIDS, as pessoas privadas de liberdade e aqueles que sofrem discriminação em razão da orientação sexual". Par. 4.

¹⁹ Comissão IDH Relatórios temáticos, disponíveis em <http://www.oas.org/es/cidh/informes/tematicos.asp> consultado em 19 de janeiro de 2013.

²⁰ Comissão CIDH Relatório Anual 1997, ponto três das Recomendações.

²¹ Comissão IDH Relatório sobre a situação de Direitos Humanos na Venezuela de 2009, de 30 de dezembro de 2009, par. 555. Núm. 1-8

Outra forma de recomendação é através de consultas que possam realizar os Estados da CIDH²². Esta função da Comissão consiste em dar aconselhamento respetivo para ajudar aos países a melhorar o nível de cumprimento dos direitos humanos contidos na CADH. Como a maioria das recomendações, esta função tem um carácter preventivo que visa evitar danos futuros aos direitos humanos causados pela incorreta implantação de medidas estatais. Este trabalho preventivo também é exercido por meio de investigação ou visita *in loco* realizada pela Comissão em alguns Estados²³. Esta visita tem como objetivo avaliar diretamente no Estado alguma situação de violação dos direitos humanos que esteja sendo apresentada. O relatório sobre os desafios para a democracia na Guatemala, em 2003, por exemplo, a CIDH referiu que desde 1982 tinha realizado mais de onze visitas a este país e que na última delas tinha-se reunido com várias autoridades do Estado, representantes da sociedade civil, tinha recebido relatórios da situação dos direitos humanos em várias regiões do país, assim como denúncias de supostas violações dos direitos contidos na CADH²⁴. O objetivo das visitas *in loco* consiste, então, em oferecer insumos à Comissão para que formule recomendações que sirvam para melhorar o gozo efetivo dos direitos humanos nesse país.

A CIDH também é responsável pelo processamento de petições individuais que são apresentadas perante o sistema interamericano por supostas violações dos direitos humanos contidos na CADH²⁵. Esta função será explicada na próxima seção, apenas lembrando que este trabalho da Comissão é o que permite que os indivíduos que estão em Estados-Membros da CADH possam aceder ao sistema de proteção interamericano e expor qualquer alegada violação dos seus direitos fundamentais no âmbito internacional.

²² CADH art. 41 lit. e.

²³ Comissão CIDH Regulamento art. 39. Citada em *Ref.* 2.

²⁴ Comissão IDH Relatório sobre Guatemala, Justiça e Inclusão social: desafios da democracia em Guatemala 2003, de 29 de dezembro de 2003.

²⁵ CADH art. 41 lit. f.

Finalmente, cabe ressaltar que, no âmbito da CIDH encontram-se as relatorias do sistema interamericano, que foram criadas no início dos anos noventa para apoiar a Comissão no seu trabalho de promover e defender os direitos humanos na região. Seu principal objetivo é dar atenção a grupos, comunidades e povoados que se encontram particularmente vulneráveis e expostos a riscos constantes de violação dos direitos humanos²⁶.

3.2. Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte IDH é o órgão jurisdicional do Sistema Interamericano responsável pela implantação e interpretação da CADH. Criado em 1969, mas com funções a partir de 1978, a Corte foi peça fundamental para garantir o respeito pelos direitos humanos na América. Esta instituição só pode pronunciar-se sobre disputas envolvendo os Estados que tenham ratificado a sua jurisdição através dos procedimentos estabelecidos na CADH, com esta finalidade²⁷. A Corte tem sete juízes²⁸ encarregados de fundamentar e resolver disputas que a CIDH ou qualquer Estado-Membro submeta aos seus conhecimentos. Neste sentido, as funções da Corte IDH são divididas principalmente em dois: conhecer casos individuais ou interestaduais onde aleguem a violação de qualquer direito contido na CADH²⁹ e, por outro lado, dar opiniões consultivas a pedido dos Estados-Membros³⁰.

²⁶ Atualmente existem 8 relatorias e duas unidades especiais. A primeira foi a relatoria sobre os Direitos dos Povos Indígenas (1990), seguida pela de Direitos das Mulheres (1994), Migrantes (1996), Liberdade de Expressão (1997), Crianças (1998), Defensores e Defensoras dos Direitos Humanos (2001), Pessoas Privadas de Liberdade (2004), Afro-descendentes e contra a Discriminação Racial (2005), e, mais recentemente, a Unidade para os Direitos das Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais (2011) e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (2012). Informação disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/relatorias.asp>, consultada em 19 de janeiro de 2013.

²⁷ CADH art. 62. O primeiro parágrafo do artigo observa que "[c]ada Estado-Membro pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação ou adesão à presente Convenção, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória de pleno direito e sem acordo especial a jurisdição da Corte em todas as questões relativas à interpretação ou aplicação da presente Convenção".

²⁸ CADH art. 52 a 55.

²⁹ CADH art. 61.

³⁰ CADH art. 64.

O conhecimento dos casos individuais é fornecido assim que o procedimento tenha sido esgotado perante a Comissão. É por isso que somente podemos conhecer aqueles casos que sejam apresentados pela CIDH ou pelos Estados, concluído o primeiro processo perante a Comissão, a fim de resolver o litígio³¹. A Corte deve determinar, em cada caso, se o Estado é internacionalmente responsável pela violação das obrigações contraídas na CADH sobre o respeito, a proteção e a garantia dos direitos humanos nela consagrados³². Como será explicado abaixo, este órgão deve determinar se os atos ou omissões do Estado, representado por qualquer instituição ou funcionário, violou qualquer direito humano reconhecido na Convenção e, conseqüentemente, determinar os reparos que podem ser necessários.

A segunda função da Corte IDH é resolver as consultas apresentadas pelos Estados-Membros da OEA³³. As consultas podem estar relacionadas com a interpretação da CADH ou com os tratados de proteção dos direitos humanos que envolvem os Estados americanos, bem como sobre a compatibilidade entre as leis internas e os tratados internacionais mencionados antes. As opiniões consultivas proferidas por este órgão foram várias e esclareceram o panorama de certas obrigações contidas na Convenção. Assim, ilustrativamente, se pronunciou sobre a continuidade da pena de morte à luz da vigência da CADH (OC-3/1982), a proposta de alteração da Constituição em Costa Rica relacionada com a naturalização (OC-4/1984), o Habeas Corpus sob a suspensão de garantias (OC-8/1987), Garantias Judiciais em

³¹ CADH, arts. 62 núm. 3 e 63 núm. 1.

³² A responsabilidade internacional do Estado é derivada da análise de dois elementos: em primeiro lugar o cometimento de um ato internacionalmente ilícito, ou o que é o mesmo, transgressão de uma obrigação por parte do Estado, e a mesma atribuição que é feita para um Estado. Comissão de Direito Internacional, Projeto de Artigos sobre Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos. 12 de dezembro de 2001. Disponível em

<http://www.iloj.us.es/eulalia/derecho%20internacional/materiales%20dpto/proyecto%20resp.htm>, consultado em 19 de janeiro de 2013. No caso do sistema interamericano, o ato internacional ilícito ocorre quando um Estado supostamente violou algum direito contido na CADH. Se a Corte considerar que a violação desse direito é imputável ao Estado, seja por ação ou por omissão, será declarado internacionalmente responsável.

³³ CADH art. 64 núm. 1.

Estados de Emergência (OC-9/1987), a Exceção ao Esgotamento dos Recursos Internos (OC-11/1990), a Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados (OC-18/2003), o Art. 55 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OC-20/2009), entre outros³⁴.

Para que serve o trabalho interpretativo?

Este trabalho interpretativo exercido pela Corte permitiu esclarecer vários aspetos da relação entre o direito interno e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, particularmente no que respeita ao âmbito e natureza das obrigações contidas na CADH. Isto implica que o seu trabalho, tal como a CIDH, é promover o respeito e a defesa dos direitos humanos. Embora não seja a sua principal função e não seja mencionado desta forma nos instrumentos que a criaram, o efeito promotor que geram as Opiniões Consultivas, assim como os casos contenciosos, permite criar conscientização sobre a necessidade do governo agir de acordo com o respeito pelos direitos humanos dos indivíduos, como beneficiários deste sistema de proteção.

4. O PROCESSO DE PETIÇÕES INDIVIDUAIS PERANTE O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Embora sejam múltiplas as funções que cumprem os órgãos do Sistema Interamericano, o processo de petições individuais desempenhou um papel preponderante na determinação da responsabilidade internacional dos Estados-Membros para a violação dos direitos consagrados na Convenção Americana, principalmente, conforme estabelecidos na Declaração Americana e outros instrumentos do Sistema que dão competência aos sistemas de proteção.

O processo de petições individuais parte de um postulado essencial do Sistema Interamericano, consagrado no Preâmbulo da Convenção Americana³⁵, ou seja, o princípio da

³⁴ Todas as Opiniões consultivas estão disponíveis em <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>.

³⁵ CADH Preâmbulo "*Os Estados Americanos signatários da presente Convenção, (...) Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser nacional de determinado Estado, mas como base aos atributos da pessoa humana, motivo pelo qual justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados Americanos*" (Sublinhado fora do texto original).

*complementaridade, que afirma que "os sistemas de proteção de direitos humanos somente trabalham perante a ineficácia dos sistemas nacionais de justiça. É primeiro dada a oportunidade de fazer justiça ao Estado e somente se pode acudir às instâncias internacionais, se é demonstrado que o processo interno não foi instruído de forma independente e imparcial, em conformidade com as garantias do direito internacional"*³⁶.

A seguir serão apresentados os elementos mais importantes deste processo, não sem antes comentar que ocorre em duas fases: a primeira perante a CIDH, onde mediante a apresentação de uma denúncia individual, a Comissão analisa o caso e apresenta recomendações ao Estado infrator; a segunda fase, se for aplicável, é apresentada perante a Corte IDH devido à permanência da violação dos direitos humanos por parte deste Estado. Assim, o procedimento perante a CIDH é pressuposto para acudir à Corte IDH, e, neste sentido, nenhum indivíduo pode acudir diretamente perante a Corte sem antes adiantar o processo perante a Comissão.

4.1. Processo de petições individuais perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos

De acordo com o art. 44 da CADH e o art. 23 do Regulamento da CIDH, "qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental reconhecida em um ou mais Estados-membros da OEA pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou reclamações" sobre a alegada violação dos direitos humanos consagrados na CADH.

Então, uma vez que foi apresentada perante a Comissão uma denúncia, e segundo determina o artigo 26 do Regulamento da CIDH, incumbe à Secretaria Executiva realizar o estudo e processo inicial da petição apresentada, estabelecendo que preencha todos

³⁶ UPRIMNY YEPES, R., "Una introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a su sistema de fuentes" em RENGIFO LOZANO, A. (Comp.), Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sistemas internos de protección y reparación, Bogotá D.C., Ministerio de Relaciones Exteriores y Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 61.

os requisitos contidos no art. 28 do mesmo Regulamento, ou seja, os dados do denunciante, descrição dos eventos, identificação das supostas vítimas, identificação do Estado demandado, as gestões empreendidas para o esgotamento de recursos e se a denúncia foi submetida a outro procedimento internacional. Durante o processo inicial, a CIDH pode solicitar ao denunciante completar a petição elevada no caso de não cumprir com as exigências, assim como especificar a reclamação perante a existência de fatos, pessoas ou supostas violações dos direitos humanos sem conexão, ou acumular várias petições se são relativas a fatos, pessoas e/ou condutas semelhantes³⁷.

De acordo com o artigo 48 da CADH, a CADH processará aquelas petições que atendam os requisitos, iniciando o procedimento de elegibilidade disposto no art. 30 do Regulamento. Para isto, a denúncia será transmitida ao Estado, dando um prazo de dois meses para apresentar sua resposta, prazo prorrogado por um mês. Depois de receber a carta do Estado, e antes de se pronunciar sobre a elegibilidade da petição, a Comissão poderá convidar as partes a fazer comentários adicionais por escrito ou através de uma audiência. Vale ressaltar que este é o momento oportuno para que o Estado apresente as exceções preliminares para opor-se à jurisdição da Comissão ou a elegibilidade do caso, seja por incumprimento de alguns destes elementos, pelo desrespeito de algumas das regras processuais estabelecidas na CADH ou o Regulamento da CIDH, por inconsistências nos requisitos formais da denúncia ou pelo prejuízo do direito de defesa do Estado.

Nesta fase, a Comissão deve realizar uma análise dos fatores de jurisdição e elegibilidade. De fato, como afirmou a própria CIDH, devem "*realizar uma avaliação prima facie e determinar se a denúncia fundamenta a aparente ou potencial violação de um direito garantido pela Convenção Americana, mas não estabelece a*

³⁷ Comissão CIDH Regulamento art. 29.

existência de tal violação³⁸. Nesta fase, corresponde realizar uma análise sumária que não implica um preconceito ou um avanço de opinião sobre o mérito. O próprio Regulamento da Comissão Interamericana, ao estabelecer uma fase de elegibilidade e outra de méritos, reflete esta distinção entre a avaliação que a Comissão Interamericana deve executar para declarar admissível uma petição e a requerida para estabelecer se houve uma violação imputável ao Estado”³⁹.

Critérios de competência

Nesta linha, a Comissão deve respeitar os seguintes critérios:

- *Competência ratione personae*. Por um lado, no que se refere ao denunciante, a CIDH deve constatar que sejam cumpridos os pressupostos do art. 44 da CADH, ou seja, que se trate de uma pessoa, um grupo de pessoas ou entidade não governamental reconhecida num ou mais Estados-Membros da OEA, sem importar que sejam as supostas vítimas ou não. Por outro lado, deve-se verificar que o Estado denunciado é identificado, bem como a(s) vítima(s) alegada(s), esclarecendo que somente as pessoas físicas podem ser creditadas como vítimas do Sistema Interamericano, e não as pessoas jurídicas⁴⁰. A Comissão considerou que “corresponde declarar a elegibilidade da petição em relação àquelas vítimas devidamente individualizadas, identificadas e determinadas”⁴¹; no entanto, também determinou que deve haver certa flexibilidade na identificação das vítimas, de modo que se estas não são totalmente individualizadas, podem ser determináveis através da prova apresentada pelas partes na etapa de mérito⁴².

³⁸ Comissão IDH Mauricio Herrera Ulloa e Fernán Vargas Rohrmoser do Jornal “La Nación” vs Costa Rica, Relatório No. 128/01 Caso 12.367, de 3 de dezembro de 2001, par. 50. Comissão IDH Rubén Luis Godoy vs. Argentina, Relatório No. 4/04, Petição 12.324, de 24 de fevereiro de 2004, par. 43. Comissão IDH Juan Patricio Marileo Saravia e Outros vs Chile Relatório No. 32/07, Petição 429-05, de 23 de abril de 2007, par. 54.

³⁹ Comissão IDH Mario Alberto Jara Oñate e outros vs Chile Relatório No. 31/03, Caso 12.195, de 7 de março de 2003, par. 41. Comissão IDH Juan Patricio Marileo Saravia e Otros vs Chile Relatório No. 32/07, Petição 429-05, de 23 de abril de 2007, par. 54. Comissão IDH Víctor Manuel Ancalaf Llaube vs Chile, Petição 581-05, de 2 de maio de 2007, par 46. Comissão IDH Adan Guillermo López Lone e otros vs Honduras, Relatório No. 114/12, Petição 524-07, de 13 de novembro de 2012, par. 40.

⁴⁰ Comissão IDH Acionistas do Banco de Lima vs Peru, Relatório N° 10/91, caso 10.169, de 22 de fevereiro de 1991, par. 2. Comissão IDH Tabacalera Boquerón, S.A. Vs Paraguai, Relatório N° 47/97, de 16 de outubro de 1997, par. 25.

⁴¹ Comissão IDH Emérita Montoya González vs Costa Rica, Relatório No. 48/96, Caso 11.553, de 14 de março de 1997, par. 28, 31. Comissão IDH María Eugenia Morales Sierra vs Guatemala, Relatório N° 28/98, Caso 11.625, de 6 de março de 1998, par. 30. Comissão IDH Janet Espinoza Feria e outras vs Peru, Relatório N° 51/02, caso 12.404, de 10 de outubro de 2002, par. 35.

⁴² Comissão IDH Marino López e outros (Operação Génesis) vs Colômbia, Relatório No. 86/06, Petição 499-04, de 21 de outubro de 2006, par. 34. Comissão IDH Massacre e deslocamento

- *Competência ratione materiae.* A CIDH deve observar que as alegações refiram-se à suposta violação dos direitos consagrados na CADH, na DADH e nos outros tratados do Sistema Interamericano consagrados no artigo 23 do Regulamento da CIDH.
- *Competência ratione temporis.* A Comissão deve confirmar que as supostas violações tenham ocorrido após a entrada em vigor da Convenção Americana no Estado denunciado, ou do correspondente tratado que tenha sido invocado na denúncia. No entanto, seguindo a jurisprudência da Corte IDH⁴³, a CIDH pode ouvir aqueles casos onde a violação dos direitos humanos permanece no tempo, como ocorre em casos de desaparecimento forçado⁴⁴.
- *Competência ratione loci.* A CIDH deverá examinar que as supostas violações dos direitos humanos tenham ocorrido no território do Estado denunciado.

Requisitos de elegibilidade

Em relação aos requisitos de elegibilidade, nos termos do art. 46 da CADH e os arts. 31 a 34 do seu Regulamento, a CIDH deve abordar os elementos de:

- *Esgotamento dos recursos internos* por parte das supostas vítimas, onde a Comissão entendeu que devem se esgotar aqueles recursos que possam abordar adequadamente a violação de um direito jurídico e que efetivamente possam produzir o resultado para o qual foram criados⁴⁵, de acordo com o disposto na Opinião Consultiva No. 11/90 da Corte IDH⁴⁶.
- *Cumprimento do prazo dos seis (6) meses para a apresentação da petição*, contados a partir da notificação da decisão que esgota os recursos internos.
- *Duplicação de procedimentos*, ou seja, que a matéria levada ao conhecimento não esteja sujeita a outro procedimento de acordo perante um organismo internacional ou que não seja apresentada outra petição perante o Sistema Interamericano que esteja pendente ou já tenha sido examinada.
- Contendo os dados de identificação básica e localização do autor da denúncia estabelecidas no art. 46.4 da CADH.
- Que a petição exponha os fatos do estado que caracterizem uma violação dos direitos humanos, seja claramente estabelecida e decorra de informação ou prova reconhecida apresentada à Comissão, conforme estabelecido no art. 34 do Regulamento da Comissão.

forçado dos Montes de María vs Colômbia, Relatório 15/09, Petição 1-06, de 19 de março de 2009, par. 47. Comissão IDH *Membros do Sindicato de Trabalhadores Oficiais e Funcionários Públicos de Antioquia (Sintraofan) vs Colômbia*, Relatório No. 140/09, Petição 1470-05, de 30 de dezembro de 2009, par. 51.

⁴³ Corte IDH *Velásquez Rodríguez vs Honduras*, de 29 de julho de 1988, Série C No. 4, par. 155 e 158.

⁴⁴ Comissão IDH *Santiago Antezana Cueto e Outros vs Peru*, Relatório N° 3/12, Petição 12.224, de 27 de janeiro de 2012, par. 21.

⁴⁵ Comissão IDH *Comunidades Mava Kaqchikel de los Hornos e El Pericón I e seus Membros vs Guatemala*, Relatório No. 87/12, Petição 140-08, de 8 de novembro de 2012, par. 31.

⁴⁶ Corte IDH *Opinião Consultiva OC-11/90*, de 10 de agosto de 1990, Série A No. 11, par. 34-36.

O artigo 46.2 da CADH estabelece algumas exceções às exigências de esgotamento dos recursos internos e o prazo para apresentação da petição quando: i) não existe na legislação interna o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que alegadamente tenham sido violados; ii) não tenha sido permitido a quem alegou violação dos seus direitos de acesso aos recursos da jurisdição interna, ou tenha sido impedido de esgotá-los; e iii) houve um atraso injustificado na decisão dos recursos apresentados.

Face ao exposto, e considerando as posições das partes, a CIDH pronuncia-se sobre a elegibilidade do caso, para o qual deve emitir um relatório sobre a elegibilidade ou não elegibilidade da petição. No caso de ser admitida a causa, a petição deve ser registrada e passar para a etapa de mérito⁴⁷. O procedimento de mérito tem como objetivo a análise dos fatos e pretensões formuladas pelas partes, para que a CIDH determine se houve ou não uma violação dos direitos humanos por parte do Estado denunciado. Assim, a Comissão estabelece um prazo de 3 (três) meses aos peticionários para que apresentem comentários adicionais sobre o assunto, e depois transmiti-los ao Estado, a fim de apresentar também as suas considerações dentro do mesmo período⁴⁸. Deve-se notar que o artigo 38 do Regulamento da CIDH determina que se no prazo previsto o Estado não fornece informações, serão presumidos como verdadeiros os fatos relatados na petição. Além disso, se for considerado necessário, a Comissão poderá recorrer a outros meios para estabelecer os fatos, como convocar as partes para uma audiência pública⁴⁹ ou realizar observações *in loco*⁵⁰.

Analisados os elementos acima referidos, conforme previsto pelo art. 50 da CADH, a CIDH decidirá sobre o mérito do caso, preparando um relatório com as alegações, provas e outras

⁴⁷ Comissão CIDH Regulamento art. 36.

⁴⁸ Comissão IDH Regulamento art.37.

⁴⁹ Comissão IDH Regulamento arts. 37.5 e 61 a 70.

⁵⁰ Comissão IDH Regulamento arts. 39 e 53 a 57.

informações coletadas⁵¹. Neste relatório, a Comissão deve determinar se houve ou não uma violação dos direitos humanos. Se assim for, deve apresentar um relatório preliminar com as proposições e recomendações que considere adequadas, e determinando um prazo para que o Estado informe sobre as medidas tomadas para implantar estas recomendações⁵².

No entanto, se num prazo não superior a três meses, o Estado não tomar as medidas para o cumprimento das recomendações do relatório do artigo 50, a Comissão poderá remeter o caso para a Corte IDH, desde que o Estado tenha ratificado a competência do referido Tribunal. A CIDH considerará o momento de remeter o caso à Corte: a posição do requerente, a natureza e a gravidade da infração, a necessidade de desenvolver ou esclarecer jurisprudência do sistema, e o possível efeito da decisão nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros⁵³.

Se no prazo de três meses após o encaminhamento do informe do artigo 50, o assunto não foi solucionado ou submetido à decisão da Corte IDH, a Comissão poderá emitir outro relatório com a sua opinião e conclusões sobre o assunto. Ali plasmará as recomendações pertinentes e definirá um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe compitam para remediar a situação. Posteriormente, a Comissão decidirá se o Estado tomou as medidas adequadas⁵⁴.

No entanto, além do procedimento descrito, deve-se notar que podem ser apresentadas duas circunstâncias de culminação do processo de petições individuais: primeiro, o denunciante pode desistir da petição, manifestando-o, por escrito, à CIDH, em qualquer momento do processo, a qual analisará o pedido e procederá para arquivar ou prosseguir com o caso, se o considerar adequado para proteger um direito determinado⁵⁵. Por outro lado,

⁵¹ Comissão IDH Regulamento arts. 43.

⁵² Comissão CIDH Regulamento art. 44.

⁵³ Comissão CIDH Regulamento art. 45.

⁵⁴ CADH art. 51; Comissão IDH Regulamento arts. 45- 46.

⁵⁵ Comissão CIDH Regulamento art. 41.

o processo de solução amistosa prevista nos arts. 48.1, alínea f, da CADH e 40 do Regulamento da Comissão, segundo os quais a CIDH estará à disposição das partes em qualquer fase do processo para chegar a uma solução amigável da questão, e se for o caso, aprovar o relatório pelo qual os fatos e a solução acordada entre as partes são brevemente descritos.

Finalmente, vale ressaltar que o artigo 25 do Regulamento da CIDH prevê a adoção do mecanismo especial de medidas cautelares em situações de gravidade e urgência para evitar danos irreparáveis às pessoas ou ao objeto do processo em relação a uma petição ou caso pendente. Da mesma forma, a concessão de medidas cautelares às pessoas que estão sob a jurisdição de um Estado-Membro da CADH ou da Declaração Americana, independentemente de qualquer petição ou caso pendente no Sistema Interamericano. Estas medidas podem ser de caráter individual ou coletivo, e são precedidas, na maioria dos casos, de um processo de pedido de informação prévio ao Estado, a não ser que a urgência da situação justifique a adoção imediata das mesmas. Sobre o particular, a CIDH afirmou que as *"medidas cautelares cumprem uma função "cautelar", no sentido de preservar uma situação jurídica face ao exercício da jurisdição por parte da Comissão e, "tutelar" no sentido de preservar o exercício dos direitos humanos fundamentais consagrados nas normas do sistema interamericano, evitando danos irreparáveis às pessoas"*⁵⁶.

A noção de gravidade *"tem de se relacionar com fatos ou situações que ameacem os direitos humanos fundamentais, ou seja, aqueles que sob nenhum aspeto possam prejudicar ou limitar seu exercício, nem mesmo em situações de emergência constitucional (...)"*⁵⁷. Da mesma forma, o Professor Faúndez Ledesma afirmou que *"em outras palavras, não basta a gravidade do perigo que se antecipa, mas também exige que este seja*

⁵⁶ Comissão IDH Segundo relatório sobre a situação das defensoras e dos defensores dos direitos humanos nas Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc.66, de 31 de dezembro de 2011, par. 419.

⁵⁷ AGUIAR-ARANGUREN, A.. "Apuntes sobre las medidas cautelares en la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos", NIETO NAVIA, R. (Ed.), La Corte y el Sistema Interamericano de derechos humanos, Comissão IDH, 1994. p. 25.

*verossímil. A gravidade da ameaça é o resultado de um perigo real e não meramente hipotético*⁵⁸. Quanto à natureza da emergência da situação objeto do pedido de medidas, o risco ou a ameaça envolvidos devem ser iminentes, o que requer que a resposta para remediá-los seja imediata, em forma tal que na análise deste aspecto corresponde avaliar a oportunidade e a temporalidade da intervenção cautelar ou tutelar solicitada⁵⁹. Finalmente, quanto à exigência de um dano irreparável, a CIDH considerou necessário que nos fatos que fundamentam o pedido se advirta de uma probabilidade razoável de que seja materializado e o dano não deve cair em bens ou interesses jurídicos que possam ser reparados⁶⁰.

Seguindo os parâmetros anteriores, o mecanismo de medidas cautelares desempenhou um papel importante na proteção dos direitos humanos, tanto dentro de petições individuais como em situações independentes a tais processos. Como bem observa a própria Comissão, o mecanismo de medidas cautelares contribuiu para a proteção de milhares de pessoas em situação de risco em todos os Estados-Membros da OEA, e em particular no contexto *"operou como um instrumento eficaz de proteção e prevenção perante possíveis danos irreparáveis às pessoas ou grupos de pessoas que enfrentam situações de perigo grave e iminente. Assim, a Comissão vem cumprindo com o mandato de "promover a observância e a defesa dos direitos humanos" nos termos do artigo 106 da Carta da Organização, e para ajudar os Estados a cumprir o seu dever sagrado de proteção, que é sua obrigação em todos os casos*⁶¹.

Não obstante, foi apresentado um debate sobre a obrigatoriedade das medidas cautelares, na medida em que não se

⁵⁸ FAÚNDEZ LEDESMA, H. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y procesales, Tercera Edición, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 2009, p. 537, 607.

⁵⁹ Comissão IDH Segundo relatório sobre a situação das defensoras e dos defensores dos direitos humanos nas Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 66, de 31 de dezembro de 2011, par. 425.

⁶⁰ *Ibidem*, par. 428.

⁶¹ *Ibidem*, par. 417.

encontram consagradas convencionalmente. A este respeito, a CIDH considerou que as medidas cautelares são de cumprimento obrigatório, como é baseado na obrigação geral de garantir os direitos e tomar medidas para impor o cumprimento das obrigações decorrentes da Convenção Americana e da Carta da OEA, caráter que também é derivado da competência conferida à CIDH para assegurar o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados nos artigos 33 e 41 da Convenção Americana⁶².

4.2. Processo de petições individuais perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Realizado o processo perante a CIDH, e tendo proferido o relatório do artigo 50 da CADH, a Comissão ou o Estado demandado podem requerer à Corte que o caso seja submetido ao seu conhecimento. Isto significa que o Estado aceitou a jurisdição deste órgão e que respeitará a decisão que for tomada. A Corte deverá, então, determinar se o Estado é internacionalmente responsável e, conseqüentemente, ordenar os reparos que possam ser necessários, ou rejeitar as reivindicações dos petionários e absolvê-lo. Para isso, perante a Corte deve surtir um processo em que as questões de competência e a elegibilidade são analisadas, e sendo o caso, a adoção de medidas provisórias, as alegações de cada parte e, finalmente, a adoção da sentença com a qual culmina o contraditório, dando lugar ao seguimento do cumprimento da sentença.

O primeiro aspeto que a Corte tem em conta é a competência dela mesma para conhecer um caso. Esta análise é dividida em quatro critérios: competência *ratione personae*, competência *ratione materiae*, competência *ratione temporis* e competência *ratione loci*. Quanto à competência por causa da pessoa é relevante analisar dois aspetos: por um lado, é preciso analisar a capacidade de quem apresenta o caso e do Estado demandado para acudir a esta instância. Quanto ao demandado, é necessário

⁶² *Ibidem*, par. 438.

que no momento tenha aceitado a competência da Corte para a interpretação e aplicação do CADH⁶³. Esta aceitação de competência não pode ter restrições ou limitações como observou a Corte. De fato, num caso de Trinidad e Tobago a aceitação indicava no final que reconhecia a competência "sempre que uma instância da Corte não viole, estabeleça ou anule quaisquer direitos ou deveres dos cidadãos"⁶⁴. Esta cláusula mais tarde se tornou a base para que este país evitasse cumprir algumas sentenças que tinham sido proferidas contra ele, e, assim, contornar as reparações ordenadas pela Corte. No entanto, este órgão esclareceu que a aceitação da sua competência não podia ser limitada ou restringida pela vontade dos Estados sendo o único limite o tempo, que implica o conhecimento dos casos por feitos posteriores à data em que foi aceita a sua competência. Quanto à análise sobre quem apresenta o caso, a CADH afirma que apenas a Comissão ou o próprio Estado demandado podem fazer esta solicitação. Embora, perante a Corte as partes são os Representantes das Vítimas e do Estado demandado, e a Comissão age como ministério público, a Convenção é rígida em estabelecer quem tem direito a solicitar à Corte que conheça um caso.

A competência segundo o assunto refere-se a que o caso seja sobre a interpretação ou aplicação da CADH e outros instrumentos do Sistema Interamericano que lhe conferem competência. De fato, a jurisdição da Corte é limitada à CADH, o que implica que seus pronunciamentos e ordens estarão sempre enquadrados sob os padrões desta Convenção. Em referência a outros instrumentos do Sistema, vale destacar que a Corte IDH pronunciou-se sobre os direitos contidos na Convenção contra a Tortura⁶⁵, os arts. 8 e 13 do Protocolo de San Salvador⁶⁶, e sobre o art. 7 da Convenção de

⁶³ CADH art. 62.

⁶⁴ FAUNDEZ LEDESMA, H. El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales, 2004. Pg. 607.

⁶⁵ Corte IDH Cantoral Benavides vs Peru, de 18 de agosto de 2000, par. 180-191. Corte IDH Massacre de Rio Negro vs Guatemala, de 4 de setembro de 2012, par. 221-227.

⁶⁶ Corte IDH "Cinco Pensionista" vs Peru, de 28 de fevereiro de 2003, par. 116.

Belém do Pará⁶⁷. Da mesma forma, a Corte voltou-se para outros instrumentos internacionais de direitos humanos para interpretar o conteúdo e o alcance de determinados direitos previstos na Convenção. De fato, este trabalho interpretativo ocorre através de duas figuras, uma de natureza convencional estabelecida no art. 29 da CADH e outra de criação da mesma Corte chamada *Corpus Juris*. Em casos de proteção dos direitos indígenas e de proteção dos direitos das crianças, a Corte utilizou estas ferramentas para esclarecer o conceito e os elementos das obrigações contidas no art. 19 sobre direitos da criança e o art. 21 sobre a propriedade privada, no caso das comunidades indígenas⁶⁸.

O critério de competência devido ao tempo é o único limite que se apresenta à jurisdição da Corte. Segundo este, a Corte IDH apenas pode conhecer aqueles fatos ocorridos após a data em que o Estado tenha aceitado a sua competência, sendo consequente com o princípio da não retroatividade das obrigações internacionais⁶⁹. Em outras palavras, a Corte deve abster-se de analisar qualquer evento que tenha ocorrido antes que o Estado demandado tivesse ratificado a sua jurisdição. Este mesmo critério refere-se ao período de três meses que a Comissão tem para apresentar o caso perante a Corte⁷⁰, que uma vez vencidos elimina a competência do tribunal por extemporaneidade do caso. No entanto, esta regra pode ser diluída nos casos de crimes de execução continuada, onde o ato ilícito ocorre num momento, mas seus efeitos prolongam-se através do tempo. No caso de Trujillo Oroza vs. Bolívia de 2002, a Corte observou que o desaparecimento forçado é um crime continuado e que seus efeitos geravam um nexo de causalidade com o dano causado aos

⁶⁷ Corte IDH “Campo Algodonero” vs México, de 16 de novembro de 2009, par. 35-80. Corte IDH Massacre das Dos Erres vs Guatemala, de 24 de novembro de 2009, par. 136-154. Corte IDH Rosendo Cantú e outra vs México, de 31 de agosto de 2010.

⁶⁸ Corte IDH Villaqran Morales e outros vs Guatemala, de 19 de novembro de 1999. Corte IDH Comunidade Mayaqna Awas Tinqni vs Nicarágua, de 31 de agosto de 2001. Corte IDH “Instituto de Reeducación del Menos” vs. Paraguai, de 2 de setembro de 2004. Corte IDH Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Equador, de 27 de junho de 2012

⁶⁹ CADH art. 62 núm. 3.

⁷⁰ CADH art. 51 núm. 1.

familiares da vítima tempo depois. Assim, "a Corte determinou as reparações com base na equidade, tendo em conta a situação de forma permanente - desde o seu início até à data - o crime de desaparecimento forçado, até hoje (sic) permanece, portanto, [é] imprescritível"⁷¹.

Finalmente, o último critério de competência é o *ratione loci*, o que implica que os fatos devem ocorrer no território do Estado demandante.

O segundo aspecto que a Corte leva em conta antes de considerar o mérito do assunto é o cumprimento dos requisitos de elegibilidade. O primeiro deles é que o caso seja submetido dentro de três meses após a recepção do relatório do artigo 50, e por sua vez o escrito da demanda deverá cumprir as formalidades indicadas no art. 34 do Regulamento da Corte⁷².

Uma vez produzida esta fase, a Secretaria da Corte notifica a denúncia ao Estado demandado, à Comissão - se não for o demandante - e às supostas vítimas do caso. Os representantes das vítimas terão um prazo perentório de dois meses para apresentar suas alegações, argumentos e provas. O Estado, por sua vez, poderá interpor no escrito de resposta às objeções preliminares que possam ser necessárias, indicando os fatos e fundamentos de tal petição, bem como os documentos apresentados em apoio⁷³. Dentro das exceções preliminares que os Estados tendem a apresentar perante a Corte está a falta de esgotamento dos recursos internos. De fato, o primeiro exercício de defesa que tem um Estado é através de instituições nacionais, sendo essencial para as supostas vítimas que acudam a estas

⁷¹ Corte IDH, caso *Trujillo Oroza vs. Bolívia* de 26 de janeiro de 2000. Voto Razoado Cancado Trindade.

⁷² Regulamento da Corte IDH, art. 34 núm. 1. "reivindicações (incluindo as relativas a reparações e custas); as partes em causa; a exposição dos fatos; as resoluções para iniciar o procedimento e elegibilidade da denúncia pela Comissão; as provas apresentadas como indicação dos fatos sobre os quais versarão; a identificação de testemunhas e peritos e o objeto de suas declarações; a base jurídica e as conclusões pertinentes. Além disso, a Comissão deverá incluir o nome e o endereço das supostas vítimas ou seus representantes devidamente credenciados, se possível".

⁷³ Regulamento da Corte IDH, art. 38.

primeiro para solicitar a proteção dos seus direitos e a falta do mesmo ao sistema interamericano. A origem destas exceções, indicou a Corte, depende da sua apresentação atempada do processo perante a Comissão. Em outras palavras, a Corte decidiu que são permitidas somente as exceções que também foram apresentadas à Comissão na fase inicial do processo, caso contrário, o Estado - sob o princípio de *estoppel* - produziu uns efeitos jurídicos que lhe impede de adotar conduta contrária em uma fase posterior do processo⁷⁴.

Em relação a este ponto, no primeiro caso perante o sistema, *Velásquez Rodríguez vs Honduras* de 26 junho de 1987, a Comissão argumentou que a Corte estava impedida de analisar questões de relações com objeções preliminares como já tinham sido analisadas na fase de elegibilidade da petição perante a Comissão. A Corte observou que o seu trabalho é analisar todo o processo anterior a cada caso, que sem ser um órgão de recurso ou uma segunda instância, mas sim o órgão judicial do sistema, devia considerar as ações e decisões da Comissão⁷⁵. No entanto, num caso posterior, a Corte rejeitou uma exceção preliminar porque já tinha sido levantada perante a Comissão e aquela já tinha resolvido⁷⁶, alterando a sua posição no campo de estudo que tinha esse órgão.

Uma vez estabelecido o contraditório, o Presidente da Corte define uma data para a abertura do procedimento oral. Nesta audiência de alegações, os representantes das vítimas e o Estado

⁷⁴ Corte IDH, caso *Acevedo Buendía e outros vs Peru* de 1 de julho de 2009. Par. 57. A Corte observou em relação a esta regra que "todo ato de reconhecimento realizado [pelo Estado, tanto internamente como] perante a Comissão criou um *estoppel*. Portanto, ao admitir a legitimidade, através de um ato jurídico unilateral de reconhecimento, a alegação suscitada no processo perante a Comissão, o Peru foi incapaz de se contradizer posteriormente. Tanto as supostas vítimas [e] os seus representantes como a Comissão Interamericana atuaram no procedimento perante esse órgão com base nessa posição de reconhecimento adotada pelo Estado". Par. 58.

⁷⁵ Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs Honduras* de exceções preliminares de 26 de junho de 1987.

⁷⁶ Corte IDH, caso *Gangaram Panday vs Suriman* de exceções preliminares de 4 de dezembro de 1991.

apresentam as suas provas⁷⁷ e argumentos para sustentar sua posição, dando as ferramentas necessárias para os juízes do tribunal para proferir uma decisão. No sistema interamericano não há nenhum padrão probatório determinado, cada um dos meios de prova pode ser usado para demonstrar vários fatos. Nessa medida, o direito de propriedade, por exemplo, muitas vezes requer um meio de prova determinado no direito interno, como o registro perante o órgão competente. No entanto, perante o sistema interamericano a liberdade probatória permite que, nesses casos, a propriedade possa ser demonstrada por testemunhas, peritos, documentos particulares, etc.

Tendo completado a fase oral podem ocorrer duas situações: por um lado, a rescisão antecipada do processo, a pedido do demandante ou, por outro lado, a publicação da sentença⁷⁸. A demissão e/ou rescisão do caso ocorre quando o demandante notifica a Corte sobre a sua intenção, que pode ser obedecida ou rejeitada pela Corte. Este poder do órgão judicial do sistema está estabelecido no art. 58 do seu regulamento, o qual afirma que a responsabilidade que a Corte tem, a obriga a proteger os direitos humanos e, portanto, tem poder discricionário para aceitar ou rejeitar o pedido de rescisão ou extinção do processo. Além disso, estamos diante de uma conclusão antecipada do processo em casos de solução amistosa em que as partes comunicam à Corte que chegaram a um acordo para a solução do litígio e, portanto, pedem a rescisão do caso⁷⁹.

A sentença

A segunda maneira de terminar o processo é a sentença⁸⁰. Este veredicto tem caráter definitivo e inapelável, e os Estados comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em cada uma de suas seções. Se houvesse qualquer discordância sobre o significado e o alcance da decisão, qualquer das partes poderia pedir a interpretação

⁷⁷ Regulamento da Corte IDH, art. 46-55 para a admissão, decreto e prática das provas solicitadas pelas partes.

⁷⁸ Regulamento da Corte IDH, arts. 56-63.

⁷⁹ Regulamento da Corte IDH, art. 63.

⁸⁰ CADH, arts. 66-69.

do mesmo, tanto sobre os méritos como as reparações⁸¹. No escrito devem estar especificadas as questões relativas ao sentido ou alcance da sentença no prazo de noventa dias a contar da notificação do veredicto. Este recurso, de modo algum suspende a execução da sentença, que terá supervisão da mesma Corte por meio de relatórios que o Estado deverá enviar a este órgão para sua avaliação, e assim estabelecer o nível de cumprimento do resolvido e emitir as resoluções necessárias⁸².

Na sentença, nos termos do artigo 63.1 da CADH, a Corte IDH pode determinar as reparações e indenizações que considere apropriadas como resultado do ato internacionalmente ilícito cometido pelo Estado. Neste sentido, e como dito pela própria Corte, as reparações ordenadas impõem obrigações de direito internacional, cujo conteúdo não pode ser alterado ou suspenso nem o seu cumprimento pelo Estado demandado, invocando para isto disposições do seu direito interno⁸³. Na prática, a Corte IDH ordenou a reparação do dano material, que inclui tanto o dano emergente (relativo a despesas incorridas durante a violação dos direitos) como o lucro cessante (relacionado com a renda perdida pelas vítimas ou seus familiares), conforme estabelecido no início das sentenças de reparações como os casos Castillo Páez contra o Peru⁸⁴, Blake contra Guatemala⁸⁵ ou Suárez Rosero contra Equador⁸⁶. No que se refere a danos morais, a Corte indicou que estes compreendem os sofrimentos e as angústias causados às vítimas diretas e a suas famílias, em detrimento de valores muito significativos para as pessoas e outros distúrbios que não são passíveis de medição pecuniária, bem como as alterações das condições do estado da vítima ou da sua família⁸⁷, contra a qual tenha formulado o pagamento de uma indenização e/ou a realização de um ato público de reparação.

No entanto, sobre as reparações, a Corte IDH estabeleceu que uma reparação adequada, além das indenizações decretadas pelo ordenamento jurídico interno, exige medidas de reabilitação, satisfação e garantias de não repetição⁸⁸. Por esta razão, por exemplo, a Corte considerou que o dever de investigar, processar e punir os responsáveis por violações dos direitos humanos é uma

⁸¹ Regulamento da Corte IDH, art. 62.

⁸² Regulamento da Corte IDH, art. 63.

⁸³ Corte IDH, Caso Trujillo Oroza contra Bolívia, sentença de 27 de fevereiro de 2002, par. 106; Caso Barrios Altos contra Peru, sentença de 14 de março de 2001, par. 41.

⁸⁴ Sentença de 27 de novembro de 1998, par. 76-77.

⁸⁵ Sentença de 22 de janeiro de 1999, par. 51.

⁸⁶ Sentença de 20 de janeiro de 1999, par. 60.

⁸⁷ Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala, sentença de reparações de 22 de fevereiro de 2002, par. 56; Caso Cantoral Benavides contra Peru, sentença de reparações de 3 de dezembro de 2001, par. 53.

⁸⁸ Corte IDH, Caso dos Massacres de Ituango contra Colômbia, sentença de 1 de julho de 2006, par. 341.

medida de reparação⁸⁹, e acoplado a isto, o direito à verdade tanto das vítimas e/ou seus familiares para saber a verdade do que aconteceu através de uma investigação séria e a punição dos responsáveis, como da sociedade como um todo, de modo que ao conhecer estas graves violações dos direitos humanos, tenha a capacidade para evitá-los no futuro⁹⁰. Neste cenário, a Corte IDH também declarou como medidas de reparação integral, entre outras, a realização de atos de pedido público de desculpas e reconhecimento da responsabilidade por parte do Estado⁹¹, a entrega dos restos mortais da vítima aos seus parentes⁹², a implantação de programas de habitação e educação para as vítimas⁹³, construção de monumentos ou instalação de placas⁹⁴, e a publicação das partes relevantes da sentença⁹⁵, entre outros.

Para concluir, é importante ilustrar que nos casos de extrema gravidade e urgência para evitar danos irreparáveis, a CIDH pode solicitar à Corte que adote medidas provisórias para evitar danos irreparáveis em favor de uma pessoa ou grupo de pessoas, mediante escrito adicional à apresentação do caso, embora as mesmas também possam ser solicitadas com independência ao desenvolvimento de uma petição individual. A este respeito, a Corte determinou que os Estados têm sempre a obrigação de proteger as pessoas dentro do seu território, medida que deve ser

⁸⁹ Corte IDH, Caso Maritza Urrutia c. Guatemala, sentença de 27 de novembro de 2003, par. 11 e 125; Caso Carpio Nicolle e outros c. Guatemala, sentença de 22 de novembro de 2004, par. 127; Caso Baldeón García c. Peru, sentença de 6 de abril de 2006, par. 146.

⁹⁰ Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez, *supra*, par. 77; Caso 19 Comerciantes contra Colômbia, sentença de 5 de julho de 2004, par. 258.

⁹¹ Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez, *supra*, par. 79; Caso Bámaca Velásquez, *supra*, par. 84; Caso Massacre de Mapiripán contra Colômbia, sentença de 1 de julho de 2006, par. 405-406.

⁹² Corte IDH, Caso Trujillo Oroza, *supra*, par. 114.

⁹³ Corte IDH, Caso Massacre Plano de Sánchez contra Guatemala, sentença de reparações de 19 de novembro de 2004, par. 105; Caso Massacre de Mapiripá, *supra*, par. 407 e 409.

⁹⁴ Corte IDH, Caso Massacre de Mapiripá, *supra*, par. 407 e 409; Caso Massacre de Pueblo Bello contra Colômbia, sentença de, par. 278.

⁹⁵ Corte IDH, Caso Gómez Palomino e outros contra Peru, sentença de 22 de novembro de 2005, par. 142; Caso García Asto e Ramírez Roias contra Peru, sentença de 25 de novembro de 2005, par. 282, Caso Blanco Romero e outros contra Venezuela, sentença de 28 de novembro de 2005, par. 101.

intensificada sobre os indivíduos que estão envolvidos em processos iniciados perante esse órgão⁹⁶. Ao contrário das medidas cautelares da Comissão antes comentadas, as medidas provisórias são obrigatórias ao estarem consagradas no art. 63.2 da CADH, o que exige dos Estados o cumprimento das suas obrigações convencionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*)⁹⁷. Neste sentido, a Corte IDH afirmou que "No Direito Internacional dos Direitos Humanos, as medidas provisórias não são apenas cautelares, no sentido de que preservam uma situação jurídica, mas fundamentalmente tutelar, porque protegem os direitos humanos, na medida em que buscam evitar danos irreparáveis às pessoas. As medidas são aplicadas sempre e quando sejam reunidos os requisitos básicos de extrema gravidade e urgência e da prevenção de danos irreparáveis às pessoas. Assim, as medidas provisórias transformam-se numa verdadeira garantia jurisdicional preventiva"⁹⁸. Assim, a Corte IDH estabeleceu que os três requisitos exigidos pelo art. 63.2 devem coexistir e devem estar presentes em toda situação em que é solicitada a intervenção do Tribunal⁹⁹.

⁹⁶ Corte IDH, medidas provisórias solicitadas pela Comissão sobre o Estado da Colômbia no caso *Clemente Teherán e outros vs Colômbia* de 23 de março de 1998. Par. 7.

⁹⁷ Corte IDH, Medidas Provisórias no Assunto *James e outros* sobre Trinidad e Tobaço, Resolução de 14 de junho de 1998, Considerando sexto; Medidas Provisórias no Assunto *Natera Balboa* sobre Venezuela, Resolução de 15 de maio de 2011, Considerando terceiro; Medidas Provisórias no Assunto *Alvarado Reyes* sobre México, Resolução de 15 de maio de 2011, Considerando quarto.

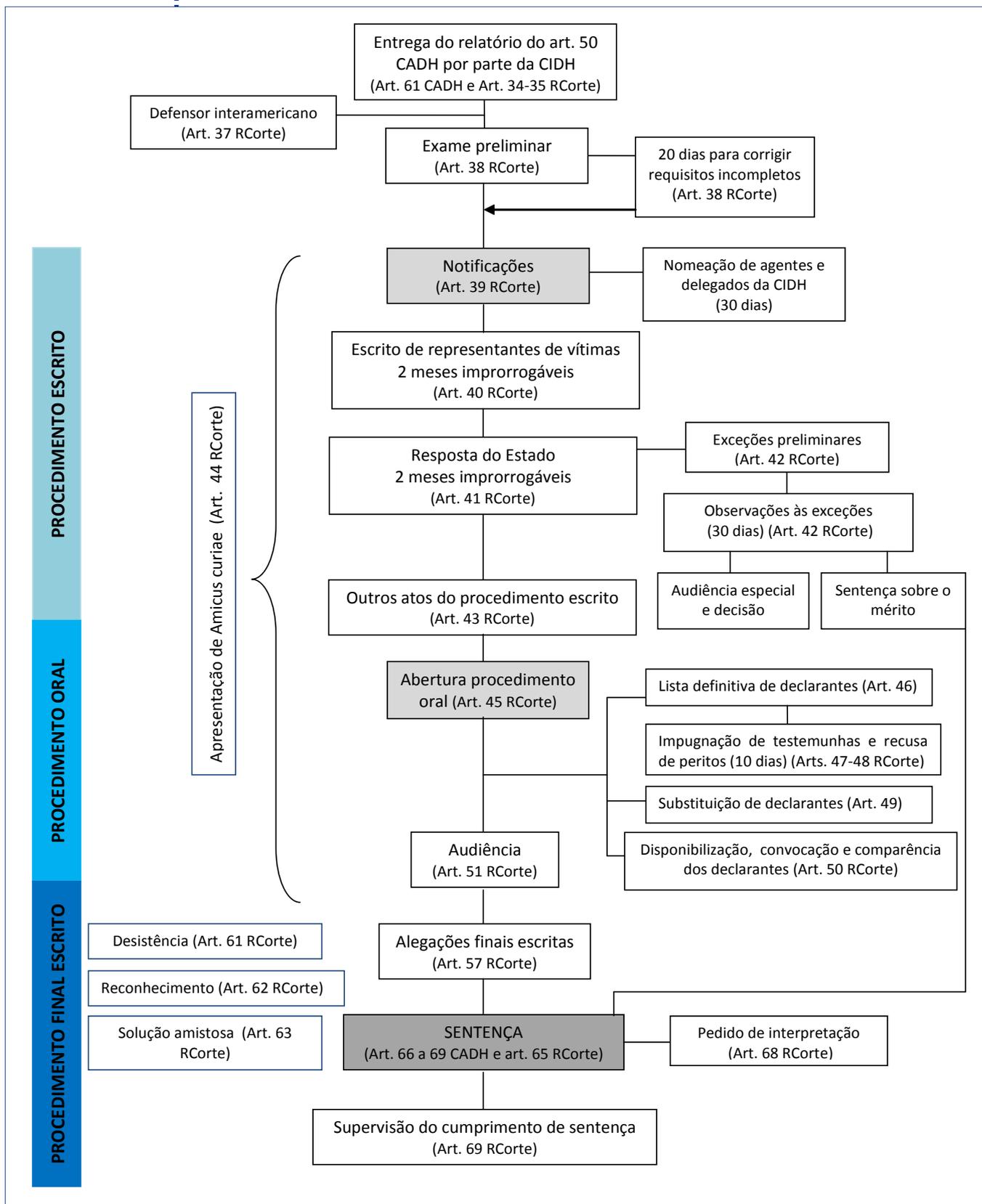
⁹⁸ Corte IDH, Medidas Provisórias no *Caso do Jornal "La Nación"* sobre Costa Rica, Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 7 de setembro de 2001, considerando quarto; Medidas Provisórias no Assunto Comunidades do Jiquamiandó e do Curvaradó sobre Colômbia, Resolução de 25 de novembro de 2011, considerando quarto; Medidas Provisórias no Assunto *Wong Ho Wing* sobre Peru, Resolução de 26 de junho de 2012, considerando quarto

⁹⁹ Corte IDH, Medidas Provisórias no *Caso Carpio Nicolle* sobre Guatemala, Resolução de julho de 2009, considerando décimo quarto; Assunto Medidas Provisórias no Assunto *da Fundación de Antropología Forense de Guatemala* sobre Guatemala, Resolução de 22 de fevereiro de 2011, Considerando segundo; Medidas Provisórias em Assuntos *de Determinados Centros Penitenciários de Venezuela* sobre Venezuela, Resolução de 6 de julho de 2011, considerando quarto.

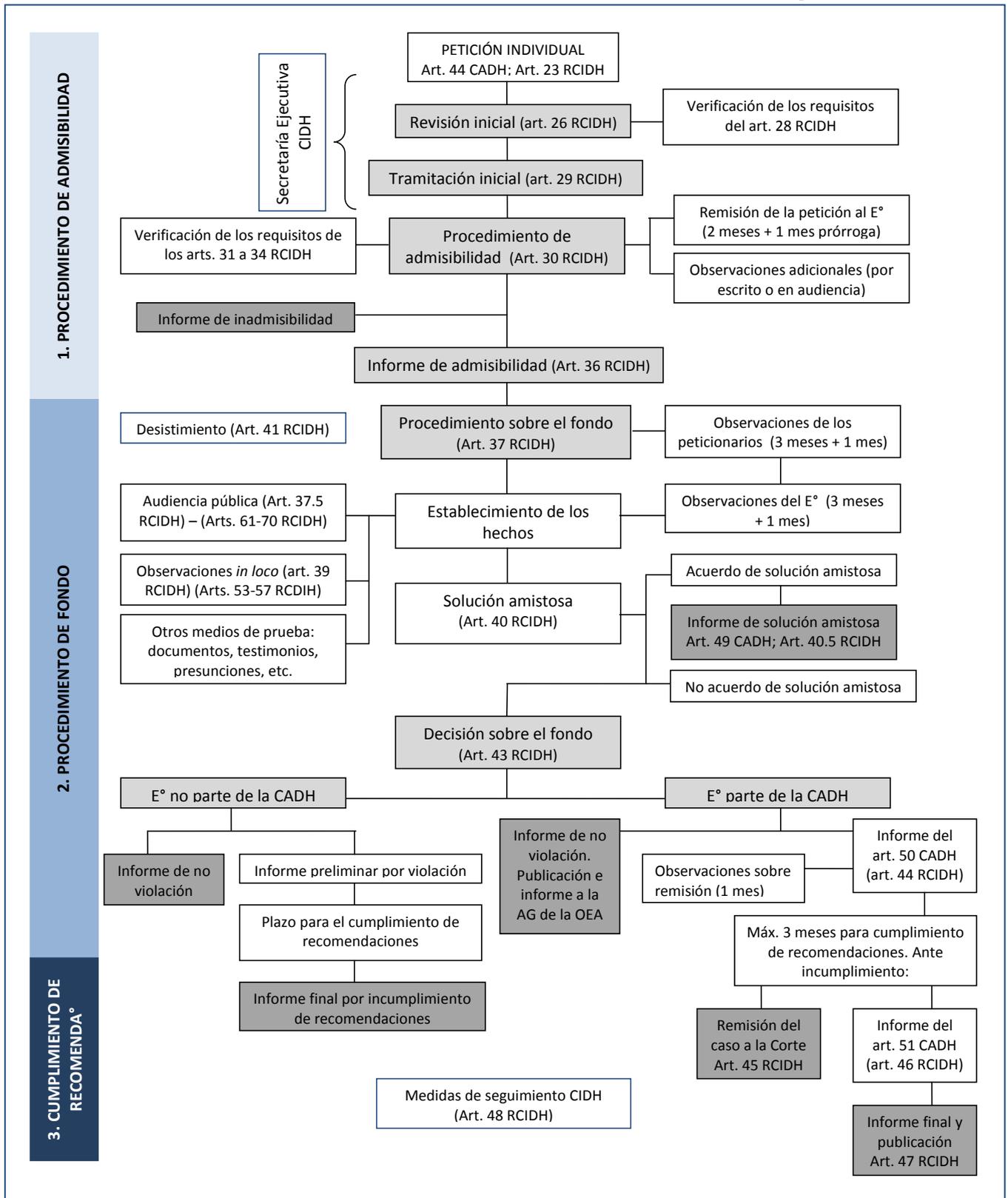
5. CONCLUSÕES

Como pudemos observar, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem uma rede de instrumentos, órgãos e procedimentos, através dos quais foi possível garantir e proteger os direitos humanos no continente americano, destacando o trabalho da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana no processo das petições individuais destinadas a determinar a responsabilidade dos Estados por abusos dos direitos humanos.

PROCESSAMENTO DE CASOS CONTECIOSOS PERANTE A CORIDH



PROCEDIMIENTO DE PETICIONES INDIVIDUALES ANTE LA CIDH



6. BIBLIOGRAFIA BÁSICA

- AGUIAR-ARANGUREN, A., "Apuntes sobre las medidas cautelares en la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos", NIETO NAVIA, R. (Ed.), *La Corte y el Sistema Interamericano de derechos humanos*, Comisión IDH, 1994. p. 25.
- GOLDMAN, R., "Historia y Acción: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en COVARRUBIAS VELASCO, A. y ORTEGA NIETO, D. (Coords), *La protección internacional de los derechos humanos un reto en el siglo XXI*, México D.F., 2007, pp. 101, 109-148.
- UPRIMNY YEPES, R., "Una introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a su sistema de fuentes" en RENGIFO LOZANO, A. (Comp.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sistemas internos de protección y reparación*, Bogotá D.C., Ministerio de Relaciones Exteriores y Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 61.
- FAÚNDEZ LEDESMA, H. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y procesales*, Tercera Edición, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 2009, p. 537, 607.

7. FONTES COMPLEMENTARES/ DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

- Organización de los Estados Americanos (<http://www.oas.org/es/>)
Comisión Interamericana de Derechos Humanos (<http://www.oas.org/es/cidh/>)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (<http://www.corteidh.or.cr/>)
Instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (<http://www.corteidh.or.cr/index.php/instrumentos>)
- Comisión IDH *Informes temáticos*, disponíveis em <http://www.oas.org/es/cidh/informes/tematicos.asp> consultado em 19 de janeiro de 2013.
- Comisión IDH, *Relatorías Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/relatorias.asp>, consultada em 19 de janeiro de 2013.
- Comisión de Derecho Internacional *Proyecto de Artículos Sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, de 12 de dezembro de 2001, Disponível em <http://www.ajol.us.es/eulalia/derecho%20internacional/material>

[es%20dpto/proyecto%20resp.htm](http://www.corteidh.or.cr/es%20dpto/proyecto%20resp.htm), consultado em 19 de janeiro de 2013.

Corte IDH *Opiniones consultivas*, disponíveis em <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>, consultado em 19 de janeiro de 2013.

8. JURISPRUDÊNCIA BÁSICA

a. Organismos ou Tribunais Internacionais de garantia

1. Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Comissão IDH *Relatório Anual 1970*, de 12 de março de 1971. Parte I. Comissão IDH *Relatório Anual 1986-1987*, *James Terry Roach e Jay Pinkerton vs Estados Unidos* ref. 9647, Res. 3/87, de 22 de setembro de 1987, par. 46-49

Comissão IDH *Acionistas do Banco de Lima vs Peru*, *Relatório Nº 10/91, caso 10.169*, de 22 de fevereiro de 1991, par. 2.

Comissão IDH *Relatório Anual 1997*, de 17 de fevereiro de 1998, Recomendações.

Comissão IDH *Emérita Montoya González vs Costa Rica*, *Relatório No. 48/96, Caso 11.553*, de 14 de março de 1997, par. 28, 31.

Comissão IDH *Tabacalera Boquerón, S.A. Vs Paraguai*, *Relatório Nº 47/97*, de 16 de outubro de 1997, par. 25.

Comissão IDH *María Eugenia Morales Sierra vs Guatemala*, *Relatório Nº 28/98, Caso 11.625*, de 6 de março de 1998, par. 30.

Comissão IDH *Relatório Nº 51/01 Rafael Ferrer-Mazorra e Outros vs Estados Unidos* No. 9903, de 4 de abril de 2001.

Comissão IDH *Mauricio Herrera Ulloa e Fernán Vargas Rohmoser do Jornal "La Nación" vs Costa Rica*, *Relatório No. 128/01 Caso 12.367*, de 3 de dezembro de 2001, par. 50.

Comissão IDH *Mario Alberto Jara Oñate e outros vs Chile*, *Relatório No. 31/03, Caso 12.195*, de 7 de março de 2003, par. 41.

Comissão IDH *Relatório sobre Guatemala, Justiça e Inclusão social: desafios da democracia em Guatemala 2003*, de 29 de dezembro de 2003.

Comissão IDH *Rubén Luis Godoy vs. Argentina*, *Relatório No. 4/04, Petição 12.324*, de 24 de fevereiro de 2004, par. 43.

Comissão IDH *Marino López e outros (Operación Génesis) vs Colômbia*, *Relatório No. 86/06, Petição 499-04*, de 21 de outubro de 2006, par. 34.

Comissão IDH *Juan Patricio Marileo Saravia e Outros vs Chile* *Relatório No. 32/07, Petição 429-05*, de 23 de abril de 2007, par. 54.

- Comissão IDH *Víctor Manuel Ancalaf Llaupe vs Chile*, Petição 581-05, de 2 de maio de 2007, par 46.
- Comissão IDH *Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos em Venezuela de 2009*, de 30 dezembro de 2009, par. 555. Núm. 1-8
- Comissão IDH *Janet Espinoza Feria e outras vs Peru*, Relatório N° 51/02, caso 12.404, de 10 de outubro de 2002, par. 35.
- Comissão IDH *Massacre e deslocamento forçado dos Montes de María vs Colômbia*, Relatório 15/09, Petição 1-06, de 19 de março de 2009, par. 47.
- Comissão IDH *Membros do Sindicato de Trabalhadores Oficiais e Funcionários Públicos de Antioquia (Sintraofan) vs Colômbia*, Relatório No. 140/09, Petição 1470-05, de 30 de dezembro de 2009, par. 51.
- Comissão IDH *Segundo relatório sobre a situação das defensoras e defensores dos direitos humanos nas Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.66, de 31 de dezembro de 2011, par. 419, 415 y 428.
- Comissão IDH *Relatório sobre a situação dos direitos humanos na Jamaica de 2012*, de 10 de agosto de 2012.
- Comissão IDH *Adan Guillermo López Lone e outros vs Honduras*, Relatório No. 114/12, Petição 524-07, de 13 de novembro de 2012, par. 40.
- Comissão IDH *Santiago Antezana Cueto e Outros vs Peru*, Relatório N° 3/12, Petição 12.224, de 27 de janeiro de 2012, par. 21.
- Comissão IDH *Comunidades Maya Kaqchikel de los Hornos e El Pericón I e seus Membros vs Guatemala*, Relatório No. 87/12, Petição 140-08, de 8 de novembro de 2012, par. 31.

2. Comissão Interamericana de Direitos Humanos

- Corte IDH *Velásquez Rodríguez vs Honduras* de exceções preliminares, de 26 de junho de 1987.
- Corte IDH *Velásquez Rodríguez vs Honduras*, de 29 de julho de 1988, Série C No. 4, par. 155 e 158.
- Corte IDH, *Opinião Consultiva OC-10/89, Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no âmbito do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, 14 de julho de 1989, par. 45 e 47.
- Corte IDH *Opinião Consultiva OC-11/90*, de 10 de agosto de 1990, Série A No. 11, par. 34 a 36
- Corte IDH *Gangaram Panday vs Suriman* de exceções preliminares, de 4 de dezembro de 1991.

- Corte IDH *Clemente Teherán e outros vs Colômbia sobre medidas provisórias solicitadas pela Comissão*, de 23 de março de 1998. Par. 7.
- Corte IDH *James e outros vs de Trinidad e Tobago Medidas Provisórias*, considerando sexto, de 14 de junho de 1998.
- Corte IDH *Castillo Páez vs Peru*, de 27 de novembro de 1998, par. 76-77.
- Corte IDH *Blake vs Guatemala*, de 22 de janeiro de 1999, par. 51.
- Corte IDH *Suárez Rosero vs Equador*, de 20 de janeiro de 1999, par. 60.
- Corte IDH *Villagran Morales e outros vs Guatemala*, de 19 de novembro de 1999.
- Corte IDH *Trujillo Oroza vs. Bolívia, Voto Razonado Cancado Trindade*. de 26 de janeiro de 2000.
- Corte IDH *Cantoral Benavides vs Peru*, de 18 de agosto de 2000, par. 180-191.
- Corte IDH *Barrios Altos vs Peru*, de 14 de março de 2001, par. 41.
- Corte IDH *Comunidade Mayagna Awas Tingni vs Nicarágua*, de 31 de agosto de 2001.
- Corte IDH *Jornal "La Nación" vs Costa Rica Medidas Provisórias*, considerando quarto, de 7 de setembro de 2001.
- Corte IDH *Cantoral Benavides vs Peru sentença de reparações*, de 3 de dezembro de 2001, par. 53.
- Corte IDH *Bámaca Velásquez vs Guatemala sentença de reparações*, de 22 de fevereiro de 2002, par. 56.
- Corte IDH *Trujillo Oroza vs Bolívia*, de 27 de fevereiro de 2002, par. 106.
- Corte IDH *"Cinco Pensionista" vs Peru*, de 28 de fevereiro de 2003, par. 116.
- Corte IDH *Maritza Urrutia vs Guatemala*, de 27 de novembro de 2003, par. 11 e 125.
- Corte IDH *19 Comerciantes vs Colômbia*, de 5 de julho de 2004, par. 258.
- Corte IDH *"Instituto de Reeducação del Menos" vs. Paraguai*, de 2 de setembro de 2004.
- Corte IDH *Massacre Plano de Sánchez vs Guatemala de reparações*, de 19 de novembro de 2004, par. 105.
- Corte IDH *Massacre de Mapiripán contra Colômbia*, de 15 de setembro de 2005.
- Corte IDH *Carpio Nicolle r outros vs Guatemala*, de 22 de novembro de 2004, par. 127.
- Corte IDH *Gómez Palomino e outros vs Peru*, de 22 de novembro de 2005, par. 142.

- Corte IDH *García Asto e Ramírez Rojas vs Peru*, de 25 de novembro de 2005, par. 282.
- Corte IDH *Blanco Romero e outros vs Venezuela*, de 28 de novembro de 2005, par. 101.
- Corte IDH *Massacre de Pueblo Bello vs Colômbia*, de 31 de janeiro de 2006, par. 278.
- Corte IDH *Baldeón García vs Peru*, de 6 de abril de 2006, par. 146.
- Corte IDH *Massacres de Ituango vs Colômbia*, sentença de 1 de julho de 2006, par. 341.
- Corte IDH *Acevedo Buendía e otros vs Peru*, de 1 de julho de 2009.
- Corte IDH *Carpio Nicolle vs Guatemala Medidas Provisórias*, considerando décimo quarto, de 6 julho de 2009.
- Corte IDH *“Campo Algodonero” vs México*, de 16 de novembro de 2009, par. 35-80.
- Corte IDH *Massacre das Dos Erres vs Guatemala*, de 24 de novembro de 2009, par. 136-154.
- Corte IDH *Rosendo Cantú e outra vs México*, de 31 de agosto de 2010.
- Corte IDH *Natera Balboa vs Venezuela Medidas Provisórias*, considerando terceiro, de 15 de maio de 2011.
- Corte IDH *Fundación de Antropología Forense de Guatemala vs Guatemala Medidas Provisórias*, considerando segundo, de 22 de fevereiro de 2011.
- Corte IDH *Alvarado Reyes vs México Medidas Provisórias*, considerando quarto, de 15 de maio de 2011.
- Corte IDH *Determinados Centros Penitenciários de Venezuela vs Venezuela Medidas Provisórias*, considerando quarto de 6 de julho de 2011.
- Corte IDH *Comunidades do Jiguamiandó e do Curvaradó vs Colômbia Medidas Provisórias*, Considerando quarto de 25 de novembro de 2011.
- Corte IDH *Wong Ho Wing vs Peru Medidas Provisórias*, considerando quarto, de 26 de junho de 2012.
- Corte IDH *Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Equador*, de 27 de junho de 2012
- Corte IDH *Massacre de Rio Negro vs Guatemala*, de 4 de setembro de 2012, par. 221-227.

5

O SISTEMA EUROPEU DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Luis López Guerra

Juiz do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Resumo

Este capítulo apresenta uma introdução ao sistema europeu dos direitos humanos, descreve suas origens, estrutura institucional e suas diferentes expressões legais.

1. INTRODUÇÃO. UMA ABORDAGEM HISTÓRICA

As características do sistema europeu de proteção dos direitos humanos (suas notas de organização, seu funcionamento, a jurisprudência desenvolvida nele) são o resultado de um processo que, até agora (2013) tem uma duração de mais de sessenta anos. Portanto, muitos dos elementos definidores do sistema, em sua versão atual, foram surgindo em determinados momentos desse processo, como inovações para lidar com novos problemas ou como reformas de situações anteriores. Conseqüentemente, a exposição desses elementos e a compreensão do seu significado na atualidade requerem um pouco de perspectiva histórica e facilita saber em que momento aparecem e são consolidados, até constituir o edifício que, embora agora apareça como um todo coerente, não é resultado de um projeto completo original e concluído, mas de uma evolução talvez imprevisível para os seus próprios criadores. Portanto, devemos levar em conta a existência de vários períodos (muito diferentes de duração) da história do sistema: o período de criação (1950-1959), culminando com o estabelecimento do Tribunal de Estrasburgo; o período de desenvolvimento a partir desse ano até a entrada em vigor do protocolo 11, em 1998, e o estabelecimento do "novo Tribunal"; o período de funcionamento desse novo Tribunal, até a reforma realizada pelo protocolo 14, em 2010; e, finalmente, um último período, a partir da entrada em vigor do

presente Protocolo e a implantação das inovações notáveis que introduz¹.

2. OS ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DO SISTEMA

Os elementos básicos do sistema europeu encontram-se na Convenção para a Proteção dos Direitos Fundamentais e Liberdades Públicas adotada em Roma em 4 de novembro de 1950. Um primeiro aspecto a considerar é que a Convenção é assinada no âmbito do Conselho da Europa², enquanto que os seus signatários são, como indicado no Preâmbulo, membros do Conselho da Europa, sendo essa adesão condição para a sua assinatura (Art. 59)³, e que vários órgãos no que diz respeito à Convenção (Comité de Ministros, Secretário Geral) são órgãos do Conselho da Europa. Por outro lado, devemos lembrar-nos do contexto histórico no qual ocorre, uma Europa que ainda sofria as consequências de uma Guerra Mundial iniciada pela agressão de regimes totalitários, e na qual era muito presente a ameaça da propagação de novos conflitos. A Convenção, como o seu Preâmbulo afirma expressamente, baseava-se na crença de que a manutenção da paz repousava sobre a existência de regimes democráticos e de um respeito comum para os direitos humanos.

Neste quadro, o sistema estabelecido pela Convenção representava uma inovação radical no campo do Direito Internacional. Implicava a criação de uma garantia coletiva dos direitos nela mencionados, no sentido de que os Estados se comprometiam a observá-los no que diz respeito a todas as pessoas sujeitas à sua jurisdição⁴ (e não apenas aos seus

¹ Uma exposição do desenvolvimento do sistema estabelecido pela Convenção pode ser encontrada no livro de BATES, E., *The evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

² Criado pelo Tratado de Londres, de 5 de maio de 1949, incluindo inicialmente dez países da Europa Ocidental.

³ As referências aos artigos da Convenção são feitas de acordo com a sua numeração atual. O art. 59 admite a eventual adesão da União Europeia.

⁴ Para o conteúdo e o alcance do conceito de jurisdição, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, ver as sentenças dos casos STEDH *Al Skeini vs. Reino Unido*, de 7 de julho de 2011 e STEDH *Al Jedda vs. Reino Unido*, de 7 de julho de 2011, da mesma data. Para uma análise

nacionais), independentemente da reciprocidade, ou seja, independentemente da conduta dos Estados cossignatários; era estabelecida assim uma ordem objetiva, que devia ser respeitada pelos Estados-Membros⁵. Reflexo desta ordem foi a previsão da criação de vários órgãos responsáveis por supervisionar o cumprimento pelos Estados das suas obrigações, e nomeadamente, um órgão de carácter jurisdicional, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, comprometendo-se os Estados signatários a "respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem parte" (Art. 46.1).

Uma novidade adicional

A Convenção acrescenta um elemento inusitado no Direito Internacional: a possibilidade de que o sistema de proteção contra a violação dos direitos pelos Estados seja implantado por iniciativa dos sujeitos individuais. Desde então, e à entrada em vigor da Convenção, essa possibilidade parecia diminuída pela ausência de uma legitimação individual para recorrer ao Tribunal: a iniciativa individual devia passar pelo filtro de outro órgão, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, que (juntamente com os Estados signatários) estava legitimada para cuidar dos assuntos do Tribunal. Mas, mesmo com esta limitação, o reconhecimento da iniciativa individual foi firmemente estabelecido, e traduzido, a partir das reformas introduzidas em 1998 pelo Protocolo 11, em reconhecimento da legitimação ativa daqueles que eram considerados vítimas de uma violação dos seus direitos.

Outro aspecto da Convenção é extremamente importante, a fim de garantir a continuidade da sua eficácia: a encomenda a um órgão específico do Conselho da Europa, o Comité de Ministros, da tarefa (entre outras) para garantir o cumprimento pelos Estados-Membros das decisões adotadas pelo Tribunal Europeu dos Direitos

detalhada. NUSSBERGER, A., "The Concept of 'Jurisdiction' in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Current Legal Problems*, No. 65, 2012. 241-268.

⁵ Ver a respeito dos trabalhos de dois ex-juizes do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: PASTOR RIDRUEJO, J.A., "El proceso de internacionalización de los derechos humanos: El fin del mito de la soberanía nacional (I). Plano universal: la obra de las Naciones Unidas", em *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 35-46; CARRILLO SALCEDO, J.A., "El proceso de internacionalización de los derechos humanos: El fin del mito de la soberanía nacional (II) Plano regional: el sistema de protección instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", em *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 47-76.

Humanos. Constitui um elemento crucial, porque se trata de suprir o caráter altamente declarativo das Sentenças do Tribunal, para estabelecer um mecanismo que garanta a sua implantação; embora esta corresponda aos Estados, isto não ocorrerá segundo a vontade discricionária destes, mas sujeita à supervisão e o controle do Comité de Ministros.

A novidade de todo o sistema explica que as suas dimensões iniciais, quanto ao âmbito dos direitos protegidos, foram modestas. A lista dos direitos incluídos na Convenção é significativamente menor, por exemplo, aqueles listados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 da Assembleia das Nações Unidas; mas deve-se notar que os sucessivos protocolos adicionais à Convenção vêm aumentando substancialmente o âmbito de proteção conferida por ele⁶. O primeiro deste (o Protocolo 1 geralmente citado como Protocolo Adicional) vinha reconhecer os direitos que tinham sido, por seu caráter controverso, conscientemente omitidos no texto da Convenção: o direito à propriedade, o direito dos pais de que seus filhos recebam uma educação em conformidade com as suas convicções, e o direito a eleições livres.

Além disso, o impacto que a introdução do sistema de proteção dos direitos humanos implicava nas fórmulas tradicionais de relação interestatal, e as obrigações que vieram impor explicam que a sua implantação levasse algum tempo. A Convenção entrou em vigor apenas três anos após a sua assinatura, ao ocorrer em 1953 a décima ratificação; o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, órgão central do sistema, não se formou até 1959, pronunciando a sua primeira sentença no ano seguinte (STEDH *Lawless c. Irlanda*, de 14 de novembro de 1960).

⁶ No momento da redação deste documento, introduziram novos direitos reconhecidos no texto da Convenção os Protocolos 1 (1952), 4 (1963), 6 (1983), 7 (1984), 12 (2000) e 13 (2002). Os textos da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, e normas adicionais, inclusive os Protocolos, estão contidos na coleção a cargo de GOMEZ FERNANDEZ, I., e PEREZ TREMPES, P., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2010.

3. O CARÁTER JURISDICIONAL DO SISTEMA

O sistema europeu de proteção dos direitos humanos foi elaborado desde o início com uma vocação eminentemente jurisdicional, estabelecendo como órgão decisório um Tribunal com as características que definem a jurisdição: a independência e imparcialidade dos seus membros, o caráter contraditório do procedimento e o caráter de força vinculativa das suas decisões. Estas notas sofreram várias alterações ao longo da história do sistema, sempre no sentido de reforçar o caráter jurisdicional.

3.1. Composição

No que diz respeito à sua composição, e na configuração resultante das sucessivas reformas da Convenção, os juízes são eleitos pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, para um mandato de nove anos sem possibilidade de reeleição, e com uma relação de serviço de caráter permanente, incompatível com qualquer outra atividade profissional que possa afetar a sua independência e imparcialidade. Os juízes (um a título de cada Estado-Membro, independentemente do seu Estado)⁷ são escolhidos a partir de uma lista tríplice apresentada pelo respectivo governo, elaborada de acordo com critérios de transparência e divulgação estabelecidos pela Assembleia Parlamentar⁸. Os juízes do Tribunal só poderão ser demitidos por decisão tomada por uma maioria de dois terços dos demais membros do Tribunal.

3.2. Procedimento

No que diz respeito ao procedimento, é necessário dizer em primeiro que as normas que regem o procedimento perante o Tribunal são muito reduzidas; apenas alguns artigos da Convenção Europeia referem-se a este tema. A estes se devem agregar as disposições do Regulamento (*Rules of Order*) elaborado pelo

⁷ No momento de escrever estas linhas (2012), o Tribunal é composto por 47 juízes, um Estado-Membro; o último Estado a aderir à Convenção foi Montenegro.

⁸ Por exemplo, a Resolução da Assembleia Parlamentar 1646(2009); ver também as *Diretrizes do Directrices del Comité de Ministros sobre la selección de candidatos a juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, adotadas em 28 de março de 2012.

mesmo Tribunal, de acordo com a autorização que lhe é concedida pelo artigo 26. d) da Convenção⁹. O Regulamento, com os seus 111 artigos¹⁰, não é, contudo, muito extenso, quando comparado com a extensão habitual das leis processuais. Devemos ressaltar que, além de especificar os mandatos da Convenção (alguns de caráter muito geral¹¹), é confrontado com questões que não estão expressamente previstas no presente: assim, regula a adoção de medidas provisórias ou cautelares, quaisquer petições para revisão e interpretação das sentenças finais, ou o estabelecimento de uma ordem de prioridade no tratamento dos casos. Dada a escassez de normas, deve ter sido a jurisprudência do Tribunal a que foi construindo progressivamente a maior parte do procedimento. A este respeito, a organização do procedimento perante o Tribunal aproxima-se mais do sistema de países do *common law*, face à prática dos países do *civil law*, onde os trâmites processuais são normalmente encontrados exaustivamente nas leis processuais, seja esta civil, penal, administrativa ou de outro tipo.

A legitimação para recorrer

As reformas no procedimento introduzidas na Convenção pelos Protocolos 11 (1998) e 14 (2010) perseguem elaborar um sistema em que seja alcançada a maior garantia do recorrente e, por sua vez, uma maior agilidade nos trâmites judiciais. Desde 1998, a legitimidade para recorrer perante os Estados-Membros estendeu-se (para além dos próprios Estados que raramente usaram esta possibilidade) a todas as pessoas (indivíduos ou organizações não governamentais) sujeitas à sua jurisdição, que terão acesso direto ao Tribunal: o Protocolo 11 aboliu a Comissão Europeia de Direitos Humanos, que agia até o momento como um filtro a respeito das reivindicações individuais. Ainda assim, esta legitimidade refere-se apenas àqueles que sejam considerados vítimas de uma violação dos seus direitos, excluindo a possibilidade de uma *actio popularis* perante o Tribunal. O tribunal considerou a noção de vítima como um dos chamados "conceitos autônomos", a serem definidos pela própria jurisprudência. Por outro lado, a legitimidade passiva corresponde exclusivamente aos Estados; não cabem demandas face às atuações de particulares.

⁹ Para o texto do Regulamento do Tribunal, e formulários de pedido, MORTE-GOMEZ, C., *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

¹⁰ Na redação vigente em 2012. Aos seus mandatos devem ser azequadas uma série de disposições internas em assuntos específicos, que podem ser encontradas no site do Tribunal.

¹¹ Por exemplo, no que diz respeito ao painel para a remissão de casos ao Tribunal Pleno.

As demandas podem ser rejeitadas *ab initio*, sem outro trâmite, pelo Tribunal sendo inadmissíveis por não cumprirem os requisitos da Convenção, entre os quais conta o de que tenha produzido um prejuízo significativo para o recorrente como resultado da violação de algum dos direitos da Convenção¹². No caso desses requisitos não serem cumpridos, as demandas são declaradas inadmissíveis, geralmente por um juiz, que não pode ser o escolhido por meio do Estado contra o qual a queixa é apresentada; também é possível que sejam declaradas inadmissíveis por um Comité de três membros ou uma Seção de Sete.

Se as demandas não são declaradas admissíveis nesta fase inicial, se comunica ao Governo do Estado perante o qual se apresentam, para que formule comentários, que são transferidos ao recorrente para que, sob assistência jurídica (não necessária até esse momento), pronuncie-se sobre estes¹³. Trata-se de convocar as partes para realizar uma audiência pública perante a Seção competente do Tribunal, apesar de ocorrer em poucos casos. Formuladas, geralmente por escrito, as alegações das partes (com a possibilidade de ouvir os outros envolvidos), e se houver um acordo amistoso entre as partes, o Tribunal manifesta o seu veredicto final, declarando a inadmissibilidade da demanda, ou considerando-a admissível e pronunciando-se sobre o mérito do caso (análise do mérito da causa, que assume a forma de

¹² Esta disposição, contida no art. 35.3.b), que tenta refletir o princípio de *minimis non curat pretor*, tem levado a uma grande discussão; deve notar-se que está acompanhada por dois detalhes importantes que limitam a sua aplicabilidade. O indeferimento da demanda, em tais casos, será possível sob duas condições: primeiro, que a demanda não apresente evidências de que, no caso tenha sido afetado o respeito pelos direitos humanos; segundo, que o caso realmente tenha sido examinado efetivamente por um Tribunal do país de origem. As primeiras decisões do Tribunal nesse sentido ocorreram nos casos STEDH *Ionescu vs. Romênia*, de 1 de junho de 2010, e STEDH *Korolev vs. Rússia*, de 1 de julho de 2010. Ver sobre este tema CANO PALOMARES, G., "La existencia de un perjuicio importante como nueva condición de admisibilidad tras la entrada en vigor del protocolo núm. 14 al CEDH", *Revista Española de Derecho Europeo*, No. 42, 2012, págs. 49-73.

¹³ A Seção competente, não tendo ainda proferido Sentença, poderá ser inibido a favor do Tribunal Pleno, se a possibilidade de contradicção com a jurisprudência do Tribunal, surge, ou se é uma questão grave quanto à interpretação da Convenção, salvo se alguma das partes se opuser (Art. 30).

sentença)¹⁴. Este veredicto final pode ser efetuado por uma Seção de Sete juízes ou, nos casos de existência de jurisprudência consolidada do Tribunal, por um Comité de três juízes.

As decisões adotadas sobre a inadmissibilidade de uma demanda, bem como as sentenças proferidas por um Comité de três juízes, são definitivas e não estão sujeitas a qualquer recurso. Quanto às sentenças proferidas por uma Seção, serão definitivas no prazo de três meses, se as partes no procedimento não solicitam a remissão do processo perante um Tribunal Pleno¹⁵ composto por dezessete juízes. Neste caso, um painel de cinco juízes atua como um filtro, aceitando ou rejeitando o pedido. As decisões do painel de cinco juízes, bem como as deliberações do Tribunal Pleno, são definitivas.

3.3. Uma questão complexa: a adoção de medidas provisórias

O Tribunal insistiu em numerosas ocasiões¹⁶ em que a proteção oferecida por violações dos direitos reconhecidos na Convenção deve ser eficaz, e não meramente formal ou ilusória. Uma das questões levantadas por esta posição é a referida à eventual adoção de medidas provisórias antes da decisão sobre o mérito de um determinado caso. De fato, em muitos casos, o atraso na tomada de uma decisão pode supor que a violação do direito que foi infringido, já seja irreversível e irrecuperável.

Direito comparado

A solução usual no Direito Comparado, em situações semelhantes, consiste em permitir ao órgão judicial a adoção de medidas cautelares ou provisórias, enquanto se decide sobre o mérito do caso, ou sobre a admissibilidade da demanda, medidas destinadas a evitar uma situação ilegal que já não tenha solução. Em muitos casos, no âmbito administrativo, estas medidas geralmente consistem na suspensão de determinadas ações ou da execução de decisões por parte das autoridades públicas. Seriam medidas provisórias com efeito suspensivo.

¹⁴ As decisões adequadas sobre a admissibilidade e o mérito da demanda poderão ser pronunciadas separadamente ou em conjunto (art. 29). Além disso, o procedimento pode ser reduzido se as partes chegarem a um acordo amistoso. (Art. 39).

¹⁵ Salvo poucas exceções, o Tribunal Pleno resolve após celebrar uma audiência pública.

¹⁶ Desde STEDH *Airey vs. Irlanda*, de 9 de outubro de 1979.

Na Convenção Europeia não se faz referência a este tipo de medidas. No entanto, como é evidente, a eficácia da proteção a ser fornecida pelo Tribunal Europeu em muitos casos, depende da sua aplicação. O exemplo mais típico é o consistente em demandas de pessoas que serão extraditadas ou expulsas para um país onde estão em sério risco de ser sujeitas a penalidades ou tratamento incompatível com a Convenção. Segundo a jurisprudência do Tribunal, a obrigação dos Estados signatários estende-se em proteger as pessoas sob sua jurisdição contra tratamentos ou castigos contrários aos artigos 2 e 3 da Convenção, o que inclui a proibição de deportação para países onde estejam em alto risco de serem submetidas a esse tratamento¹⁷.

No entanto, com a apresentação de uma demanda perante o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos contra uma ordem de expulsão ou deportação em tais circunstâncias, há um sério risco de que, se realizada de forma eficaz, a eventual decisão do Tribunal seja tardia e inútil, se o demandante já tiver sido deportado para o país em questão. Isto explica que, perante o silêncio da Convenção, o Regulamento Interno do Tribunal (*Rules of Court*) tenha previsto a adoção destas medidas cautelares ou provisórias no artigo 39, que prevê no parágrafo 1 que *"a Seção, ou no seu caso o seu presidente, poderá - a pedido por parte de ou de qualquer outra pessoa interessada, ou por conta própria - indicar às partes qualquer medida cautelar que julgue necessária para interesse das partes ou do bom andamento do processo"*.

A aplicação desta disposição é cada vez mais comum, especialmente (mas não apenas) nos casos citados de deportação ou expulsão, quando foi invocado como (possivelmente) violados os artigos 2 e 3 da Convenção. Como consequência, são cada vez mais numerosas as decisões do Tribunal nesse sentido, decisões cuja adoção apresenta, como é óbvio, notórias dificuldades, especialmente quando se trata de verificar a certeza ou veracidade dos riscos que são aduzidos no caso de execução da ordem de

¹⁷ O *leading case* é encontrado na STEDH *Soering vs. Reino Unido*, de 7 de julho de 1989.

expulsão. O Tribunal, na sua jurisprudência, vem apontando vários requisitos para a adoção de medidas provisórias: assim, que exista um risco certo de que a violação torne-se inevitável, que a petição seja feita num momento que seja possível a intervenção do Tribunal, e que foram esgotados os recursos internos eficazes.

O texto do Regulamento refere-se apenas a que o Tribunal poderá "indicar" que considera necessária a adoção de uma medida provisória, sem que seja feita qualquer referência à natureza vinculativa dessa adoção. No entanto, a evolução da jurisprudência do Tribunal (tendo em vista a prática de outros Tribunais internacionais) levou a estabelecer o carácter vinculativo e não meramente indicativo da adoção dessa medida. De fato, e em face de precedentes iniciais em outro sentido (assim, no caso *Cruz Varas c. Suécia*¹⁸, relativo à força vinculativa das medidas adotadas pela Comissão) o Tribunal, consistentemente, considerou que o não cumprimento por parte do Estado demandado de suas indicações sobre a adoção de medidas provisórias constitui uma violação do artigo 34 da Convenção, segundo a qual, por um lado, é reconhecido o direito de acesso ao Tribunal, e por outro é estabelecido que os Estados signatários "*comprometem-se em não criar nenhum entrave ao exercício efetivo deste direito*".

Assim, no caso *Mamatkulov y Askarov c. Turquia*¹⁹ o Tribunal constatou que houve uma violação do artigo 34 da Convenção, pois, apesar da indicação contra o Tribunal nos termos do artigo 39.1 do Regulamento, o governo turco tinha procedido a extraditar para o Uzbequistão várias pessoas que tinham apresentado uma demanda perante o perigo de serem maltratadas nesse país. Posteriormente, no caso *Paladi c. Moldova*²⁰, o Tribunal aplicou novamente esta doutrina, mas em relação a um caso diferente de extradição. Em *Paladi* uma Seção do Tribunal procedeu a aplicar o artigo 39 do Regulamento ordenando ao governo da Moldávia para manter o demandante em um centro médico especializado, tendo

¹⁸ STEDH *Cruz Varas vs. Suécia*, de 20 de março de 1991.

¹⁹ STEDH *Mamatkulov e Askarov vs. Turquia*, de 4 de fevereiro de 2006.

²⁰ STEDH *Paladi vs. Moldova*, de 10 de março de 2009.

em vista o perigo que corria a sua saúde, se fosse transferido para um centro de detenção comum. Não tendo o governo atendido esse requerimento, a Seção considerou que houve uma violação do artigo 34, que foi confirmada por uma Sentença posterior do Tribunal Pleno. Consistentemente, o Tribunal considerou que a violação do artigo 34 no caso de não adoção das medidas provisórias indicadas é independente de materializar-se ou não o risco que levou à sua adoção²¹. Nem admitiu que, uma vez indicadas tais medidas, em caso de expulsão para um país onde o requerente está em risco de maus tratos, o Governo do Estado expulsor não as aplique por ter recebido garantias diplomáticas por parte do país destinatário²².

3.4. O caráter vinculativo das resoluções do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Uma característica essencial da função jurisdicional é o caráter definitivo dos pronunciamentos finais dos órgãos que exercem, pronunciamentos que uma vez firmes tenham força vinculativa e não possam ser revogados nem alterados por nenhuma outra instância. Esta força vinculante é predicada das Sentenças do Tribunal. O artigo 46 da Convenção estabelece que os Estados signatários comprometem-se a respeitar as decisões do Tribunal Europeu. No entanto, a Convenção deixa estes Estados decidir as formas concretas em que tal cumprimento ocorre em seu ordenamento interno²³. O Tribunal Europeu não é um Tribunal de cassação ou de revisão: as sentenças do Tribunal têm, assim, um efeito declaratório. O Tribunal considera que houve uma violação da Convenção, e corresponde aos Estados (sob a supervisão do Comité de Ministros do Conselho da Europa, de

²¹ STEDH *Olaechea Cahuas vs. Espanha*, 10 de agosto de 2006.

²² STEDH *Ben Khemais vs. Itália*, de 24 de fevereiro de 2009.

²³ Sobre o assunto, e no que diz respeito a Espanha, ver SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

acordo com o artigo 46.2 da Convenção²⁴) transferir ao seu ordenamento jurídico essa decisão, tomando as medidas necessárias: tanto medidas individuais, destinadas a reparar o prejuízo sofrido no caso específico e considerada pelo Tribunal, como medidas gerais, destinadas a evitar futuras violações. É necessário indicar que em muitos países signatários da Convenção (mas não todos) foram aprovadas normas para regular especificamente a execução das Sentenças do Tribunal Europeu, em muitos casos, antecipando a reabertura de procedimentos judiciais, em especial na ordem penal.

O Comité de Ministros do Conselho da Europa

O papel do Comité de Ministros do Conselho da Europa é de importância crucial, pois garante a eficácia das sentenças do Tribunal. O Comité é regido, para estas questões, pelo seu próprio Regulamento (*Regulamento para supervisão e execução das sentenças e acordos amistosos*, de 10 de maio, 2006). A reforma introduzida pelo Protocolo 14 supõe uma clarificação do papel do Comité e do Tribunal na execução das sentenças deste. De fato, o Comité poderá, em caso de dúvida na interpretação da sentença a ser executada, pedir ao Tribunal que se pronuncie sobre essa interpretação (Art. 46.3 da Convenção); também, em caso de negativa, por parte de um Estado signatário da Convenção, a respeitar uma sentença do Tribunal, o Comité de Ministros poderá submeter ao Tribunal a questão de saber se esse Estado cumpriu a sua obrigação nos termos do Art. 1 da Convenção, a respeitar os direitos reconhecidos no mesmo (art. 46.4).

O caráter declarativo das sentenças do Tribunal apresenta algumas exceções²⁵. O Tribunal pode, no caso de que não seja possível uma reconstrução completa da violação pelo ordenamento interno do país responsável, acordar uma satisfação equitativa (art. 41 da Convenção) normalmente consistente numa compensação econômica: o Tribunal estabeleceu diferentes categorias desta compensação, de acordo com vários critérios. Estabelece eventualmente, uma satisfação equitativa por danos materiais, danos morais e, no seu caso pelo custo da assistência jurídica.

²⁴ Até à entrada em vigor do Protocolo 11, o Comité de Ministros dispunha de determinadas competências, a fim de decidir sobre questões que a Comissão Europeia dos Direitos Humanos não tivesse transferido para o Tribunal.

²⁵ Para uma exposição mais ampla, QUERALT JIMENEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2008, especialmente o Capítulo 1: "Obligatoriedad y efectividad de la sentencias del TEDH".

Na prática, e ao longo de uma evolução da jurisprudência do Tribunal, o "efeito declaratório" das suas sentenças viu-se interpretado de forma dinâmica e extensiva da competência do Tribunal. Este vem introduzindo inovações nessa interpretação, a partir da perspectiva da prestação de uma "tutela efetiva" dos direitos reconhecidos na Convenção.

Por um lado, é cada vez mais comum que o Tribunal, na parte descritiva da sentença, efetue indicações sobre a forma mais adequada para que o Estado infrator, além da eventual satisfação equitativa por danos materiais ou morais, continue a efetuar, no caso em questão, uma *restitutio in integrum* dos direitos violados. Isso geralmente ocorre nos casos em que é observada uma violação dos direitos de natureza processual, reconhecidos no artigo 6.1 da Convenção; nestes casos, e com frequência crescente, o Tribunal vem indicar na parte descritiva da sentença, que estima que a reabertura do procedimento -especialmente em casos de procedimentos penais- seria a forma mais adequada de reparação.²⁶ Em algum caso, esta fórmula também tem sido usada em relação à reabertura recomendada de procedimentos civis, se for observada violação do artigo 6 da Convenção²⁷. Também é frequente esse tipo de indicações, na parte expositiva ou declarativa da sentença, nos últimos anos, no que diz respeito a violações do direito de propriedade (artigo 1 do Protocolo Adicional), casos em que frequentemente o Tribunal declara como medidas adequadas para a reparação da violação, tanto medidas de alcance individual, no sentido de que seja produzida uma restituição da propriedade indevidamente afetada, como medidas de tipo geral, quando se trata de situações que revelam uma falha sistêmica do ordenamento do país em questão. Este tema será comentado mais abaixo, ao fazer referência à técnica das sentenças piloto.

No entanto, o Tribunal procedeu também, e cada vez mais, a incluir mandatos específicos ao Estado transgressor, com respeito

²⁶ STEDH *Salduz vs. Turquia*, de 27 de novembro de 2008.

²⁷ STEDH *Gurov contra Moldávia*, de 11 de julho de 2006.

à forma de remediar a violação que tenha sido observada, na parte dispositiva das suas sentenças; tanto no que diz respeito às medidas individuais, como à adoção de medidas gerais que vão além do caso em questão. Quanto à adoção de medidas individuais concretas, isto ocorreu, na sua forma mais radical, em primeiro lugar, em alguns casos em que o Tribunal considerou que a única forma de remediar a violação alegada pelo recorrente, e apreciada na sua sentença, seria a adoção de medidas imediatas de libertação do recorrente, no caso de privação de liberdade; como seriam os casos *Assanidze c. Geórgia*²⁸, *Ilascu c. Moldávia e Rússia*²⁹ ou *Del Río Prada c. Espanha*³⁰. Mas também, numa linha similar, o Tribunal incluiu declarações a este respeito, em casos que envolvam a violação do artigo 1 do Protocolo Adicional, sobre o direito à propriedade. Normalmente, estes tipos de medidas são apresentados na parte dispositiva da sentença, mediante um mandato de *restitutio in integrum* da propriedade em questão, e assim não ocorrer, a previsão de uma compensação econômica por parte do Estado transgressor. Isto ocorreu, por exemplo, no caso *Papamichalopoulos c. Grécia*³¹, um caso relativo à expropriação ilegal de uma propriedade. Nestes casos, a fórmula geral foi a previsão de uma obrigação alternativa na parte dispositiva da sentença: tanto de *restitutio in integrum* da propriedade num prazo determinado, como a previsão de uma compensação financeira, que o Tribunal estabelece. Nestes casos, o Tribunal baseia-se, para justificar a sua decisão, tanto nas disposições do artigo 46 da Convenção, na medida em que estabelece a obrigação dos Estados de respeitar as decisões do Tribunal, como nas contidas no artigo 41, sobre a concessão de uma compensação justa.

²⁸ STEDH *Assanidze c. Geórgia*, de 8 de abril de 2004.

²⁹ STEDH *Ilascu vs. Moldávia e Rússia*, de 8 de julho de 2004.

³⁰ STEDH *Del Río Prada vs. Espanha*, de 10 de julho de 2012.

³¹ STEDH *Papamichalopoulos vs. Grécia*, de 31 de outubro de 1995.

As sentenças piloto

Uma forma específica de interpretar o alcance do artigo 46, assim como agilizar o procedimento perante o Tribunal foi o uso das chamadas sentenças piloto.³² Nos casos de acumulação perante o Tribunal de um grande número de assuntos, que revelam a existência de uma deficiência estrutural e permanente no ordenamento jurídico do país em questão, o Tribunal considera que a deficiência está na origem da apresentação de inúmeras demandas, o Tribunal decidiu, em vez de prosseguir para resolver estas uma por uma, adotar uma técnica que visa dar uma solução global aos casos. Tal técnica consistiria na emissão de uma sentença num caso particular, sentença na qual, além de se observar uma violação de algum dos direitos reconhecidos na Convenção (especialmente, e até agora, o de propriedade) é indicada (em forma necessariamente genérica), com referência ao artigo 46 da Convenção, a conveniência de adotar medidas gerais que evitarão a repetição dessa violação; enquanto são adotadas essas medidas, o Tribunal suspende a análise dos casos acumulados. Como pode ser visto, é uma técnica que leva em conta a presença de um problema de caráter geral, dentro do ordenamento do país em questão, e não apenas que tenha havido uma acumulação de casos semelhantes. Os resultados têm sido até agora, e geralmente, satisfatórios: vale citar os casos *Broniowski*³³ e *Hutten Czapska*³⁴ a respeito da Polônia, bem como *Atanasiu e Poenaru c. Romênia*³⁵, e *Kuric et al. c. Eslovênia*³⁶.

4. OS CRITÉRIOS BÁSICOS DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS.

A partir da entrada em funcionamento do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a sua jurisprudência foi se tornando em elemento fundamental para a interpretação da Convenção e seus protocolos, e para a determinação do conteúdo dos direitos nela reconhecidos. A relativa escassez de textos normativos do sistema (essencialmente a Convenção e seus protocolos, o Regulamento de funcionamento do Tribunal e o Regulamento do Comité de Ministros) foi compensada por essa jurisprudência que, embora, obviamente, não pode criar novos direitos, pode estabelecer seu conteúdo e alcance, adaptando-se a novas necessidades e contextos. E isto a partir de três perspectivas complementares:

³² Começando com STEDH *Broniowski vs. Polônia (1)*, de 22 de junho de 2004.

³³ STEDH *Broniowski (1) cit. e Broniowski vs. Polônia (2)*, de 28 de setembro de 2005.

³⁴ STEDH *Hutten Czapska vs. Polônia*, de 19 de junho de 2006 e de 28 de abril de 2008.

³⁵ STEDH *Atanasiu e Poenaru vs. Romênia*, de 12 de outubro de 2010.

³⁶ STEDH *Kuric et al. vs. Eslovênia*, de 26 de junho de 2012.

Por um lado, e como foi indicado, o Tribunal insistiu no caráter da Convenção como uma garantia coletiva, não estando sujeita ao princípio da reciprocidade: a Convenção "*vai além do âmbito da reciprocidade simples entre os Estados-Membros, uma vez que cria, juntamente com uma rede de compromissos bilaterais, sinalagmáticos, obrigações objetivas que são beneficiadas de uma garantia coletiva*"³⁷.

Por outro, essa garantia coletiva trata sobre direitos que devem ser considerados como reais e efetivos, e não meramente formais. O Tribunal também insistiu muito sobre este ponto, a partir da sua Sentença no caso *Airey c. Irlanda*³⁸, o que supõe efeitos relevantes na hora de determinar o alcance de cada direito (assim, em *Airey*, o direito a um advogado, do artigo 6.3.c) da Convenção). Consequência desta posição foi o reconhecimento, pelo Tribunal, de que o respeito aos direitos da Convenção implica não apenas que as autoridades públicas devem abster-se de ações que interferiram indevidamente com o exercício desses direitos, mas também, e, adicionalmente, que essas autoridades sejam obrigadas a fornecer os recursos necessários para a defesa efetiva dos mesmos. E isso tanto no que diz respeito a violações causadas diretamente por essas autoridades públicas, como nos casos em que o fracasso de tais poderes se torna um elemento determinante da violação, mesmo que seja iniciado por ações de terceiros. Embora a Convenção proteja os cidadãos contra os poderes públicos (sem que caibam reivindicações contra as alegadas violações por indivíduos particulares, que se tratariam de casos excluídos da jurisdição do Tribunal *ratione personae*) essa proteção é entendida como dirigida tanto contra a ação como contra a inação de tais poderes, dando assim origem ao que tem sido chamado de "efeito horizontal" da Convenção.

Em terceiro lugar, o Tribunal enfatizou que, frente a uma interpretação que poderia ser chamada de "originalista" da

³⁷ STEDH *Irlanda vs. Reino Unido*, de 18 de janeiro de 1978 § 239; STEDH *Loizidou vs. Turquia*, de 23 de março de 1995, §§ 70, 77 e 93.

³⁸ STEDH *Airey vs. Irlanda*, de 9 de outubro de 1975.

Convenção, esta deve ser entendida como a proteção dos direitos também no contexto de mudanças ou circunstâncias imprevistas em relação às existentes no momento da sua aprovação; a Convenção seria um instrumento vivo, que visa manter a sua validade e efetividade através de mudanças sociais de todos os tipos³⁹. Isso resultou que em ocasiões o Tribunal alterou sua jurisprudência sobre a determinação do conteúdo de um direito, levando em conta a evolução das condições existentes no contexto europeu, e o desenvolvimento de um consenso ou padrão consolidado sobre o âmbito dos países membros. Isto pode ser observado em casos como a inclusão dentro dos direitos garantidos pelo artigo 9 da Convenção da objeção de consciência ao serviço militar⁴⁰, ou a apreciação da importância de um consenso europeu sobre o alcance do princípio da não irretroatividade das normas penais⁴¹.

Estes princípios básicos têm sido acompanhados pelo uso de técnicas interpretativas que permitem, por um lado, a adoção de critérios de aplicação comum relativos aos diferentes ordenamentos dos Estados-Membros, e por outro a flexibilidade necessária quanto às circunstâncias próprias de cada ordenamento. Quanto ao primeiro, uma destas técnicas, de caráter inicial, tem sido o uso dos chamados "conceitos autônomos"⁴², ao definir o sentido que o Tribunal dá aos termos da Convenção⁴³. O Tribunal preferiu, em forma consistente, estabelecer que essa definição devesse ser realizada pelo próprio Tribunal, sem necessariamente adotar o sentido que os ordenamentos nacionais deram a esses conceitos. Assim, o Tribunal criou o seu próprio sistema de conceitos, independentemente do seu âmbito de

³⁹ STEDH *Tyrer vs. Reino Unido*, de 25 de abril de 1978; STEDH *Marckx vs. Bélgica*, de 13 de junho de 1979.

⁴⁰ STEDH *Bayatyan vs. Armênia*, de 7 de julho de 2011.

⁴¹ STEDH *Scoppola vs. Itália (2)*, de 17 de setembro de 2009.

⁴² STEDH *Enzel e outros vs. Países Baixos*, de 8 de junho de 1976; STEDH *König vs. Alemanha*, de 28 de junho de 1978.

⁴³ Sobre este tema, POPOVIC, D. "Autonomous Concepts of the European Human Rights Law" en M. JOVCANOVIC M., e KRSTIC, I. (eds.), *Human Rights Today. 60 Years of the Universal Declaration*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2010, págs. 113-126.

aplicação nos sistemas conceituais da legislação, jurisprudência ou doutrina nos Estados signatários. Exemplos desta posição podem ser a definição do conceito de "vítima" do art. 34 da Convenção, cunhado pela doutrina jurisprudencial⁴⁴ e que inclui tanto vítimas diretas, como vítimas indiretas⁴⁵ e em algum caso, vítimas potenciais⁴⁶; ou os conceitos de "acusação" e "violação" do artigo 6, que, segundo o Tribunal não se restringem aos casos incluídos nos procedimentos formalmente definidos como penais em cada ordenamento, mas também podem incluir casos definidos localmente como "infrações administrativas"⁴⁷.

Margem de apreciação

Quanto ao segundo (ou seja, em relação à consideração pelo Tribunal da variedade de situações em contextos muito diferentes) o Tribunal reconheceu a existência, com relação aos direitos contidos na Convenção, de uma margem de apreciação⁴⁸ das autoridades nacionais (especialmente, mas não apenas, das autoridades judiciais) quanto à extensão desses direitos e o seu significado no caso. Este conceito (ainda em fase de evolução e matização na jurisprudência do Tribunal) supõe o reconhecimento de que as autoridades nacionais, por sua proximidade ao conhecimento dos fatos do caso, e por serem as mais qualificadas para a interpretação da legislação nacional, e para avaliar as necessidades resultantes da realidade doméstica, têm certo nível de desempenho na implantação dos mandatos da Convenção, submetido, em última instância ao controle do Tribunal. Esta abordagem foi adotada desde muito cedo pelo Tribunal⁴⁹ e encontrou sua expressão mais ampla, em casos nos quais estavam envolvidos elementos definidores do regime político e constitucional específico de um país cuja alteração o Tribunal considerou fora do seu quadro de atribuições: assim, nas suas Sentenças nos casos *Leyla Sahin c. Turquia*⁵⁰ quanto ao regime de laicidade, e *Yumak e Sadak c. Turquia*⁵¹ quanto à legislação eleitoral.

⁴⁴ STEDH *Klass vs. Alemanha*, de 6 de setembro de 1978.

⁴⁵ STEDH *Kurt vs. Turquia*, de 25 de maio de 1998.

⁴⁶ STEDH *Modinos vs. Chipre*, de 21 de abril de 1993; STEDH *Saadi vs. Itália*, de 22 de fevereiro de 2008.

⁴⁷ STEDH *Deweert vs. Bélgica*, de 27 de fevereiro de 1980; *Engel vs. Bélgica*, (cit).

⁴⁸ Sobre esta questão, GARCIA ROCA, J. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Soberanía e integración*, Civitas, Cizur Menor, 2010.

⁴⁹ STEDH *Lawless vs. Irlanda*, (cit), e STEDH *Handyside vs. Reino Unido*, de 7 de dezembro de 1976.

⁵⁰ STEDH *Leyla Sahin vs. Turquia*, de 10 de novembro de 2005.

⁵¹ STEDH *Yumak e Sadak vs. Turquia*, de 8 de julho de 2008.

É interessante notar a este respeito que esta margem de apreciação das autoridades nacionais está intimamente ligada à sua função de garantidores comuns dos direitos da Convenção; os Estados-Membros da mesma são obrigados a respeitar esses direitos e, portanto, é uma função das suas autoridades (legislativas, judiciárias e executivas) assegurar o seu gozo efetivo pelas pessoas sob sua jurisdição, bem como estabelecer um sistema de recursos que permita remediar a sua eventual violação. Por isso, e como a mesma Convenção prevê no artigo 35, o Tribunal desempenha apenas um papel subsidiário no sentido de que o seu comportamento é apropriado somente quando os mecanismos nacionais de proteção tenham se mostrado ineficazes. Nos termos do citado artigo 35, em seu primeiro parágrafo, "*Somente poderá recorrer ao Tribunal depois de esgotar as vias de recursos internos, como é entendido de acordo com os princípios do direito internacional geralmente reconhecidos*". A falta de esgotamento de tais recursos faz a demanda ao Tribunal inadmissível, e impede qualquer processamento pelo mesmo.

5. UMA REFERÊNCIA À DELIMITAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO CONTEÚDO DOS DIREITOS DA CONVENÇÃO E SEUS PROTOCOLOS

Outro exemplo interessante da jurisprudência do Tribunal, no sentido de realizar, não uma "expansão" dos direitos contidos na Convenção (para o qual, como dito, o Tribunal não está habilitado), mas uma interpretação para torná-los efetivos, poderia ser sobre o significado da expressão do artigo 6.1 da Convenção sobre o direito a um Tribunal imparcial. O Tribunal consagrou na sua jurisprudência, a partir dos casos famosos *Piersack c. Bélgica*⁵² e *De Cubber c. Bélgica*⁵³ enfatizando a noção de imparcialidade objetiva, isto é, a mencionada, não à propensão subjetiva e efetiva do juiz a considerar mais favorável ou desfavorável as reivindicações de uma das partes, mas a presença de fatores

⁵² STEDH *Piersack vs. Bélgica*, de 1 de outubro de 1982.

⁵³ STEDH *De Cubber vs. Bélgica*, de 26 de outubro de 1984

objetivos que, independente da propensão do juiz, possam levantar suspeitas razoáveis sobre a sua imparcialidade. Assim, é consagrado um direito, não só à imparcialidade, mas inclusive à aparência de imparcialidade, como resultado da necessidade de uma confiança coletiva na justiça.

Podemos acrescentar, a esta amostra de trabalho interpretativo do Tribunal no momento de estabelecer e desenvolver o conteúdo dos direitos previstos na Convenção (para abranger também situações muito possivelmente não previstas pelos autores originais desta), aqueles casos nos quais foi ampliada a abrangência do artigo 8 sobre o direito à vida privada e familiar e à inviolabilidade do domicílio e da correspondência. O Tribunal pôde interpretar este artigo em forma certamente inovadora, ao referi-lo a invasões de domicílio e à vida privada que vão além dos casos clássicos de entrada domiciliária ilegal. A sentença no caso de *López Ostra c. Espanha*⁵⁴ veio para estender a proteção da Convenção para casos de invasão de domicílio por agentes nocivos e irritantes, como maus cheiros, levando, por reflexo, a um direito ao "meio ambiente doméstico", no mesmo sentido, as sentenças nos casos *Gómez Moreno contra Espanha*⁵⁵ e *Martínez Martínez c. Espanha*⁵⁶ incluíram os ruídos entre estes agentes nocivos. Este tipo de decisões, recebidas talvez com certa surpresa num momento inicial vieram, no final de alguns anos, a ser aceites como expressão "lógica" da proteção do direito à intimidade pessoal e familiar do artigo 8 da CEDH e como adaptação dessa proteção às novas necessidades.

Também em relação a este artigo, o significado dado pelo Tribunal para a proteção da vida familiar foi um exemplo dessa adaptação evolutiva, quando aplicada a casos de proteção da família em casos de dissolução forçada da mesma, como podem ser os relacionados com expulsões do território estatal⁵⁷. Nestes

⁵⁴ STEDH *López Ostra vs. Espanha*, de 8 de dezembro de 1994

⁵⁵ STEDH *Gómez Moreno vs. Espanha*, de 16 de novembro de 2004.

⁵⁶ STEDH *Martínez Martínez vs. Espanha*, de 18 de outubro de 2011.

⁵⁷ STEDH *Maslov vs. Áustria*, de 23 de junho de 2008.

casos, essa proteção é considerada pelo Tribunal como elemento a ser ponderado pelas autoridades estatais na hora de decidir sobre as questões cada vez mais frequentes sobre a imigração e os estrangeiros.

6. BIBLIOGRAFIA BÁSICA

- BATES, E., *The evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- BOURGOGUE-LARSEN, I., *La Convention Européenne des droits de l'homme*, L.G.D.J., Paris, 2012.
- CANO PALOMARES, G., "La existencia de un perjuicio importante como nueva condición de admisibilidad tras la entrada en vigor del protocolo núm. 14 al CEDH", *Revista Española de Derecho Europeo*, No. 42, 2012.
- CARRILLO SALCEDO, J.A., "El proceso de internacionalización de los derechos humanos: El fin del mito de la soberanía nacional (II) Plano regional: el sistema de protección instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", en *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- CASADEVALL, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- GARCIA ROCA, J. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Soberanía e integración*, Civitas, Cizur Menor, 2010.
- GOMEZ FERNANDEZ, I., e PEREZ TREMPES, P., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2010.
- HARRIS, D., O'BOYLE, M, et al., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- GARCIA ROCA, J. e SANTOLAYA, P. (Coords.), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2010.
- MORTE-GOMEZ, C., *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, València, 2011.
- NUSSBERGER, A., "The Concept of 'Jurisdiction' in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Current Legal Problems*, No. 65, 2012.
- PASTOR RIDRUEJO, J.A., "El proceso de internacionalización de los derechos humanos: El fin del mito de la soberanía nacional (I). Plano universal: la obra de las Naciones Unidas", en

Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

POPOVIĆ, D. "Autonomous Concepts of the European Human Rights Law" en M. JOVCANOVIC M., e KRSTIC, I. (eds.), Human Rights Today. 60 Years of the Universal Declaration, Eleven International Publishing, Utrecht, 2010.

QUERALT JIMENEZ, A., La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional, CEPC, Madrid, 2008.

SAIZ ARNAIZ, A., La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

VAN DIJK, P., VAN HOOFF, G., et. al., Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Intersentia, Antwerpen (várias edições).

7. JURISPRUDÊNCIA BÁSICA

STEDH *Airey vs. Irlanda*, de 9 de outubro de 1975..

STEDH *Engel e outros vs. Países Baixos*, de 8 de junho de 1976.

STEDH *Handyside vs. Reino Unido*, de 7 de dezembro de 1976.

STEDH *Irlanda vs. Reino Unido*, de 18 de janeiro de 1978.

STEDH *Tyrer vs. Reino Unido*, de 25 de abril de 1978.

STEDH *König vs. Alemanha*, de 28 de junho de 1978.

STEDH *Klass vs. Alemanha*, de 6 de setembro de 1978.

STEDH *Marckx vs. Bélgica*, de 13 de junho de 1979.

STEDH *Airey vs. Irlanda*, de 9 de outubro de 1979.

STEDH *Deweert vs. Bélgica*, de 27 de fevereiro de 1980.

STEDH *Piersack vs. Bélgica*, de 1 de outubro de 1982.

STEDH *De Cubber vs. Bélgica*, de 26 de outubro de 1984.

STEDH *Soering vs. Reino Unido*, de 7 de julho de 1989

STEDH *Cruz Varas vs. Bélgica*, de 20 de março de 1991.

STEDH *Modinos vs. Chipre*, de 21 de abril de 1993.

STEDH *López Ostra vs. Bélgica*, de 8 de dezembro de 1994

STEDH *Loizidou vs. Turquia*, de 23 de março de 1995.

STEDH *Mac Cann vs. Reino Unido*, de 27 de setembro de 1995.

STEDH *Papamichalopoulos vs. Grécia*, de 31 de outubro de 1995.

STEDH *Kurt vs. Turquia*, de 25 de maio de 1998.

STEDH *Assenov. vs. Bulgária*, de 28 de outubro de 1998.

STEDH *Assanidze c. Georgia*, de 8 de abril de 2004.

STEDH *Broniowski vs. Polónia (1)*, de 22 de junho de 2004.

STEDH *Ilascu vs. Moldávia e Rússia*, de 8 de julho de 2004.

STEDH *Slimani vs. Bulgária*, de 27 de julho de 2004.

STEDH *Gómez Moreno vs. Espanha*, de 16 de novembro de 2004.

STEDH *Broniowski* (1) cit. e *Broniowski vs. Polônia* (2), de 28 de setembro de 2005.

STEDH *Leyla Sahin vs. Turquia*, de 10 de novembro de 2005.

STEDH *Gurov contra Moldávia*, de 11 de julho de 2006.

STEDH *Mamatkulov e Askarov vs. Turquia*, de 4 de fevereiro de 2006.

STEDH *Hutten Czapska vs. Polônia*, de 19 de junho de 2006 e de 28 de abril de 2008.

STEDH *Olaechea Cahuas vs. Espanha*, 10 de agosto de 2006

STEDH *Saadi vs. Itália*, de 22 de fevereiro de 2008.

STEDH *Maslov vs. Áustria*, de 23 de junho de 2008.

STEDH *Yumak e Sadak vs. Turquia*, de 8 de julho de 2008.

STEDH *Salduz vs. Turquia*, de 27 de novembro de 2008.

STEDH *Ben Khemais vs. Itália*, de 24 de fevereiro de 2009.

STEDH *Paladi vs. Moldova*, de 10 de março de 2009.

STEDH *Scoppola vs. Itália* (2), de 17 de setembro de 2009.

STEDH *Ionescu vs. Romênia*, de 1 de junho de 2010.

STEDH *Korolev vs. Rússia*, de 1 de julho de 2010.

STEDH *Atanasiu e Poenaru vs. Romênia*, de 12 de outubro de 2010.

STEDH *Al Skeini vs. Reino Unido*, de 7 de julho de 2011.

STEDH *Al Jedda vs. Reino Unido*, de 7 de julho de 2011.

STEDH *Del Río Prada vs. Espanha*, de 10 de julho de 2012.

STEDH *Bayatyan vs. Armênia*, de 7 de julho de 2011.

STEDH *Martínez Martínez vs. Espanha*, de 18 de outubro de 2011.

STEDH *Kuric et al. vs. Eslovênia*, de 26 de junho de 2012.

6

O DIÁLOGO JUDICIAL ENTRE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS

Laurence Burgorgue-Larsen¹ e Nicolás Montoya Cespedes²
Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Resumo

Este capítulo apresenta um estudo empírico que visa decifrar o diálogo horizontal entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos que está crescendo revelando a fabricação de um real e efetivo ius commune em matéria de direitos humanos a nível universal.

1. INTRODUÇÃO

O diálogo judicial tornou-se um marco dos tempos jurídicos modernos.

Num mundo globalizado - em que as barreiras de todos os tipos tornaram-se muito frágeis- não se poderia evitar que, após a circulação dos seres humanos, das mercadorias, dos serviços, dos fluxos financeiros, fizeram o mesmo as ideias, os conceitos e inclusive as próprias soluções judiciais. Atualmente, as formas de comunicação entre juízes são uma realidade, seja a comunicação entre juízes nacionais e internacionais (diálogo vertical) ou exclusivamente entre juízes nacionais, por um lado, e juízes internacionais, por outro (diálogo horizontal). Se a estes fenômenos são acrescentadas as múltiplas formas de diplomacia

¹ Laurence BURGORGUE-LARSEN é Catedrática de Direito público na École de la Sorbonne (Paris I-Panthéon Sorbonne, França), Vice-Diretora do IREDIES (Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne) e membro do GEDILAS (Groupe d'Études en droit international et Latino-américain de la Sorbonne).

² Nicolas MONTOYA CESPEDES é Doutorando na Escola de Direito da Sorbonne (Paris I-Panthéon Sorbonne, França) e membro do GEDILAS (Groupe d'Études en droit international et Latino-américain de la Sorbonne) - no contexto de um projeto financiado pela Comissão Europeia, o chamado projeto ALFA.

judicial que permitem aos juízes encontrar-se, descobrir-se, discutir - de maneira informal ou de maneira institucionalizada (mediante uma multidão de conferências de todos os tipos) - ninguém pode negar categoricamente a existência de formas heterogêneas de comunicação entre os diferentes universos judiciais nacionais e internacionais³. O objetivo deste estudo empírico é decifrar o diálogo horizontal entre a Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴ e o Tribunal Europeu de Derechos Humanos⁵ que está crescendo revelando a fabricação de um real e efetivo *ius commune* em matéria de direitos humanos a nível universal⁶.

Os argumentos e conclusões do TEDH e da CIDH circulam, aparentemente, livremente entre uma e outra jurisdição. O que por muitos anos foi uma circulação unidirecional tornou-se lentamente numa circulação bidirecional de argumentos na qual ambas as Cortes tornaram-se interlocutoras da interpretação e aplicação da sua respectiva convenção regional para a proteção dos direitos humanos. No entanto, este fluxo não foi espontâneo. Nele interveio de maneira significativa uma diversidade de vetores e fatores que merecem ser analisados detalhadamente.

³ Embora seja possível criticar. É o caso de G. L. Neuman que apresentou uma visão muito negativa deste fenómeno, NEUMAN, G.L., "Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights", *The European Journal of International Law*, 2008, pp.101-123. Para um estudo que destaca o uso pelas duas cortes regionais que funcionam (TEDH e CIDH) o uso do «direito da ONU» v. BURGORGUE-LARSEN, L., "Les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme et le 'système onusien'", em DUBOUT, E. E TOUZÉ S. (dir.), *Les droits fondamentaux, charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, Paris, 2010, pp. 91-115.

⁴ Doravante CIDH ou Corte de San José.

⁵ Doravante TEDH ou Tribunal de Estrasburgo.

⁶ Após a conclusão da elaboração deste estudo empírico, descobrimos a publicação da obra coletiva dirigida por GARCÍA ROCA, J., FERNÁNDEZ, P. A., SANTOLAYA, P.E CANOSA, R. (eds.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. Civitas, Thomson, Madrid, 2012, 491p. Não pudemos integrar todas as conclusões neste trabalho, muito mais modesto. No entanto, é importante indicar ao leitor a existência desta obra coletiva muito estimulante.

2. ESCLARECIMENTOS METODOLÓGICOS

Para realizar esta análise são necessários alguns esclarecimentos metodológicos. Para isto foi construída uma matriz de informação para catalogar as referências que cada um dos sistemas regionais para a proteção dos direitos humanos efetuou com a jurisprudência do seu homólogo em outro continente⁷. Neste procedimento verificou-se que no sistema europeu de direitos humanos foram realizadas 51 referências ao sistema interamericano de direitos humanos e a sua jurisprudência⁸. Do mesmo modo foram encontrados 159 sentenças do Tribunal de San José, onde se faz referência explícita à jurisprudência do TEDH⁹.

Uma vez identificadas e recolhidas essas 210 sentenças, procedeu-se a catalogá-las de acordo com quatro grandes questões previamente estabelecidas. Estas questões foram: (a) Quem invoca a jurisprudência da outra jurisprudência dos direitos humanos? (b) Como cada Corte reflete nas suas sentenças o conhecimento da jurisprudência da sua homóloga? (c) Quais são os temas pontuais - e as sentenças específicas - em torno dos quais é usada a jurisprudência análoga? e (d) Qual é o uso, se houver, de tais sentenças no raciocínio da Corte 'receptora'? As

⁷ Na construção da matriz que fundamenta a análise apresentada aqui foram levadas em conta as seguintes considerações: Quanto ao Sistema Europeu de Direitos Humanos foram consideradas as Sentenças e as Decisões sobre a Admissibilidade do Tribunal Pleno (Tribunal Pleno) e cada uma das Divisões do Tribunal. Assim como as Decisões da extinta Comissão Europeia dos Direitos Humanos. Além disso, no que diz respeito ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, foram consideradas tanto as Opiniões Consultivas como os pronunciamentos da Corte em processos contenciosos. Adicionalmente, vale ressaltar que a matriz não tem nenhuma restrição temporal. Portanto, a matriz contém todas as referências que, na época em que foram escritas estas linhas, a Corte fez à jurisprudência da outra. Para a coleta da informação foram usados os mecanismos disponíveis através dos sites oficiais das Cortes (www.corteidh.or.cr) e "HUDOC" (hudovs.echr.coe.int).

⁸ A divisão específica destas referências é a seguinte: 37 são encontradas nas Sentenças da Corte, 12 são encontradas nas decisões sobre a admissibilidade e duas são encontradas nas Decisões da extinta Comissão Europeia dos Direitos Humanos.

⁹ A divisão específica destas referências é a seguinte: 11 são encontradas nas Opiniões Consultivas e o resto está distribuído na ampla variedade de sentenças emitidas pela Corte (Exceções Preliminares, Mérito, Custas, Reparações e interpretação de sentenças).

respostas a estas questões serão abordadas detalhadamente nas quatro seções seguintes.

3. OS VETORES DO DIÁLOGO.

Uma vez reunidos e catalogados os dados, começou a ser evidente a existência de vetores entre os dois sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. Estes vetores são os principais responsáveis para a livre circulação das sentenças, e mais precisamente dos argumentos, entre as duas jurisdições dos direitos humanos. No entanto, uma análise detalhada mostra que os vetores que atuam em cada continente são diferentes.

3.1. Os vetores na América Latina

No contexto interamericano, um grupo diversificado de vetores tem sido responsável por promover o conhecimento dos desenvolvimentos jurisprudenciais recentes do Tribunal de Estrasburgo. Talvez o principal vetor seja a própria CIDH. De fato, desde a sua criação a própria Corte de San José recorreu sistematicamente à citação de uma abundante quantidade de sentenças do TEDH em suas decisões.

Assim, embora seja difícil determinar com precisão de leitura, na esmagadora maioria das sentenças o principal responsável de invocar a jurisprudência europeia é a própria Corte de San José. No entanto, a maneira na qual a Corte resume os argumentos apresentados pelas partes em cada caso dificulta afirmar exatamente se as vítimas e os Estados invocaram ou não a jurisprudência europeia como fundamento das suas posturas e interpretações da Convenção¹⁰. No entanto, mesmo que nas suas intervenções perante a CIDH as partes alegam argumentos derivados da jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, a ser esperado quando se sabe quão persuasivos tais argumentos podem vir a ser perante a CIDH, esta situação não é refletida pela Corte de San José na elaboração das suas sentenças.

¹⁰ Uma exceção pode ser encontrada na sentença CorteIDH *Baena Ricardo e Outros vs. Panamá* (Exceções Preliminares), de 18 de novembro de 1999. Em que o Estado procurou se defender alegando a prática da extinta Comissão Europeia de Direitos Humanos em casos semelhantes.

No entanto, uma consequência direta do trabalho da própria CIDH como vetor entre a jurisprudência interamericana e europeia é que em seus votos fundamentados os juízes interamericanos, especialmente Antonio Cançado Trindade¹¹ e Diego García-Sayán¹², tendem a recorrer aos argumentos extraídos do sistema europeu de direitos humanos¹³. Neste trabalho são apresentadas duas situações que merecem destaque.

Em primeiro lugar, o recurso à jurisprudência do TEDH como ferramenta argumentativa chegou a tal ponto que, por vezes, os argumentos extraídos da jurisprudência europeia não são acompanhados por uma referência específica a uma sentença particular na qual se sustente a posição defendida pelo juiz¹⁴. Enquanto esta é uma prática que não promove um diálogo eficaz entre as duas Cortes, não deixa de ser impressionante que a simples invocação da existência de uma jurisprudência do TEDH,

¹¹ O juiz Cançado Trindade foi talvez o maior vetor entre a jurisprudência de Estrasburgo e a jurisprudência de San José. Um exemplo do seu trabalho encontra-se, entre outros, nos seus votos fundamentados para as seguintes sentenças da CIDH: CorteIDH *Irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*, de 1 de março de 2005; CorteIDH *López Álvarez vs. Honduras*, de 1 de fevereiro de 2006.

¹² Com a saída do juiz Cançado Trindade da Corte, parece que o juiz García-Sayán tomou o seu lugar no que diz respeito à função de vetor principal da jurisprudência europeia no contexto interamericano. Isto se deve aos seus votos fundamentados sobre as seguintes sentenças do CIDH: CorteIDH *López Mendoza vs. Venezuela*, de 1 de setembro de 2011, e CorteIDH *Salvador Chiriboga vs. Equador*, de 3 de março de 2011.

¹³ Os juízes que nos seus votos particulares fizeram referência à jurisprudência do TEDH são: Diego García-Sayán (Peruano), Leonardo A. Franco (Argentino), Cecilia Medina Quiroga (Chilena), Sergio García Ramírez (Mexicano), Antonio Cançado Trindade (Brasileiro) e Manuel Ventura Robles (Costa-riquense). Também é digno de nota que alguns dos juízes ad hoc, nos seus votos fundamentados fizeram referência à jurisprudência do TEDH. Estes juízes são: Roberto de Figueiredo Caldas (no caso de 23 de setembro de 2009, *Garibaldi vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Série C No. 203), Einer Elías Biel Morales (no caso de 30 de junho de 2009, *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, Exceção Preliminar, Fundo, Reparações e Custas, Série C No. 197) e Edgar E. Larraondo Salguero (no caso da "Panel Blanca" *Paniaqua Morales e Outros vs. Guatemala*, de 25 de janeiro de 1996, Exceções Preliminares, Série C No. 23).

¹⁴ São exemplos disto as sentenças: CorteIDH *Valle Jaramillo e Outros vs. Colômbia*, de 27 de novembro de 2008; CorteIDH *Heliodoro Portuqal vs. Panamá*, de 12 de agosto de 2008; CorteIDH *Chaparro Álvarez e Lapo Iñiquez vs. Equador*, de 21 de novembro de 2007; CorteIDH *Blake vs. Guatemala*, de 2 de julho de 1996. Neste caso, é interessante que quem muitas vezes recorre à referência geral, sem uma citação particular tinha que ser o juiz Sergio García Ramírez.

que interpreta a Convenção, num sentido particular seja usada pelos juízes nos seus votos fundamentados.

Em segundo lugar, é também de salientar que nestes votos fundamentados, além da referência à jurisprudência, é possível encontrar também referências à doutrina europeia sobre a proteção dos direitos humanos¹⁵.

Nesse sentido, os votos fundamentados dos juízes da CIDH mostram que tanto a jurisprudência como a doutrina europeia inspiram os juízes de San José na interpretação e aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

No entanto, a Corte como um todo ou os juízes nos seus votos fundamentados não são os únicos que atuam como vetores entre os dois sistemas regionais de direitos humanos. Nesse sentido, embora difícil de provar empiricamente a partir da leitura das sentenças, não se pode ignorar a importância do trabalho realizado neste sentido pelos advogados e praticantes da Corte Interamericana, para manter a CIDH "atualizada" dos desenvolvimentos jurisprudenciais da sua homóloga europeia¹⁶.

Finalmente, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos também tem desempenhado, embora em menor medida, o papel de vetor entre um e outro sistema regional. De fato, na jurisprudência da Corte de San José são encontrados casos em que a Comissão defende a sua postura particular, citando como base, a jurisprudência do Tribunal Europeu¹⁷.

¹⁵ O uso da doutrina nos votos fundamentados do sistema americano pode ser encontrado, entre outros, nos votos fundamentados do juiz A. Cançado Trindade nas seguintes sentenças: CorteIDH Penal Miquel Castro Castro vs. Peru (Interpretação da Sentença de Mérito), de 2 de agosto de 2008; CorteIDH La Cantuta vs. Peru (Interpretação da Sentença de Mérito), de 30 de novembro de 2007.

¹⁶ Os advogados da Corte fazem um trabalho crucial de pesquisa e de preparação de elaboração dos projetos de sentença. São eles que fazem o trabalho preparatório de direito comparado, tanto no âmbito nacional como no âmbito internacional. Há aproximadamente 25, distribuídos entre 7 e 8 grupos de trabalho.

¹⁷ Os melhores exemplos do papel da Comissão como vetor podem ser encontrados nas sentenças da CIDH Yvon Neptune vs. Haiti (Mérito, Reparações e Custas) de 6 de maio de 2008, Série C No. 180 e Benjamin e Outros vs. Trinidad e Tobago (Exceções Preliminares) de 1 de setembro de 2001, Série C No. 81.

Do exposto resulta que, segundo refletido nas próprias sentenças, os principais vetores entre a jurisprudência da Corte de San José e do Tribunal de Estrasburgo são os membros do sistema interamericano de direitos humanos, ou seja, a Corte, os seus juízes e a Comissão. A este respeito, é surpreendente que nas sentenças da CIDH, talvez por causa da maneira em que esta resume os seus argumentos¹⁸, não seja refletido se as vítimas, os Estados ou os amici curiae também atuam como vetores. Esse trabalho é de se esperar, pois, como já foi referido, a importância óbvia da jurisprudência europeia para a Corte de San José como ferramenta de persuasão, sugere que todos os participantes são vetores potenciais entre os dois sistemas. Na realidade, são os estudos doutrinários, por vezes com base na experiência prática, que nos levam a pensar que ONGs como amici curia desempenham um papel claro na matéria¹⁹.

3.2. Os vetores na Europa

Ao contrário do que se evidencia na América, na Europa o papel de vetores não foi realizado pelos membros do sistema diretamente²⁰. Esta situação levou a que os principais responsáveis

¹⁸ Mesmo que às vezes, a CIDH nem sequer faz referência aos argumentos dos amici curiae. Exemplo disto, só para citar um, está na sentença CorteIDH Masacre de Mapiripán vs. Colômbia, de 15 de setembro de 2005. De acordo com o relato da própria Corte neste processo intervieram como amicus curiae a Fundação "Manuel Cepeda Vargas", o Centro Internacional para a Justiça Transnacional e a Fédération Internationale des Liques des Droits de l'Homme, no entanto nenhum dos argumentos apresentados por eles foram sequer referenciados pela CIDH na sua extensa sentença.

¹⁹ Ver, entre muitas referências, CUELLAR, R., "Participación de la sociedad civil y el sistema interamericano de derechos humanos", em *El Sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI Corte interamericana* (2º ed.), Tomo I, 2003, pp.349-354; PINTO, M., "NGOs and the Inter-American Court of Human Rights", em Tulio Treves et alii (dir.), *Civil society, International Courts and Compliance body*, 2005, pp.47-56.

²⁰ A este respeito, vale a pena destacar que as primeiras referências ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos são encontradas em Decisões da extinta Comissão Europeia de Direitos Humanos, em meados dos anos 80. São prova disto as Decisões, Com.EDH, 06 de dezembro de 1983, França, Noruega, Dinamarca, Suécia, Holanda vs Turquia (Decisão sobre a admissibilidade), Req. 9940-9944/82 AJ. E Com.EDH, 2 de dezembro de 1986, B. vs. Suíça, Req. 12136/86. No primeiro dos casos, o Estado defensor argumentava, com base nas regras de admissibilidade estabelecidas para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e de outras jurisdições internacionais, a oportunidade de apresentar todo tipo de exceções preliminares. No segundo dos casos, é usada a pertença ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos e da

por aproximar a jurisprudência interamericana ao Tribunal de Estrasburgo sejam terceiros. Assim, ao longo dos anos, dois vetores foram se desenvolvendo: por um lado, as Organizações Não Governamentais (ONGs)²¹ e por outro, os grupos acadêmicos e as vítimas.

As ONGs e os centros acadêmicos foram pioneiros no seu papel como vetores entre ambos os sistemas de proteção dos direitos humanos na Europa. Estas organizações, fazendo uso dos instrumentos processuais dispostos pelo Estatuto e o Regulamento da Corte intervieram como amici curiae em processos pontuais. Até o momento, serviram como vetores da jurisprudência interamericana perante o Tribunal de Estrasburgo: Anistia Internacional²², Redress Trust²³, Columbia Law School Human

aceitação da competência da Corte como indicador do nível de proteção dos direitos humanos de um Estado. Este critério é extremamente importante, uma vez que foi relevante nos casos em que defendiam a incapacidade dos Estados pertencentes à Convenção de Roma de extraditar as pessoas para Estados onde houvesse um risco de tortura ou tratamento desumano ou degradante. Um exemplo recente desta jurisprudência aplicada é encontrada na sentença do STEDH *Klein vs. Rússia*, 1 de abril de 2010, onde se considerou que a eventual extradição do Sr. Klein à Colômbia constituiria uma violação do artigo 3 da Convenção de Roma.

²¹ Sobre este fenômeno em geral, v HITOSHI MAYER, L., "NGO Standing and Influence in Regional Human Rights Courts and Commission", *Brooklyn Journal of International Law*, 2011, pp.911-946; FLAUSS, J-F. E COHEN-JONATHAN, G., *Les organisations non gouvernementales et le droit international des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005, 258p.

²² Anistia Internacional atuou como vetor entre a jurisprudência da CIDH e do TEDH em três casos: STEDH *Avdin vs. Turquia*, de 25 de setembro de 1997; STEDH *Kurt vs. Turquia*, de 25 de maio de 1998 e STEDH *Bayatyan vs. Armênia*, 7 de julho de 2011. No primeiro deles, de acordo com o TEDH, a intervenção da Anistia Internacional visava mostrar que, com base entre outros em decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a interpretação contemporânea em matéria de direitos humanos leva a afirmar que quando um agente viola uma detida, a fim de humilhá-la, extrair informação, fazê-la confessar, constituem atos de tortura. No segundo deles, a intervenção da Anistia Internacional desenvolveu os elementos constitutivos do desaparecimento forçado na jurisprudência da CIDH. No terceiro deles, em conjunto com Conscience and Peace Tax International, Friends World Committee for Consultation (Quakers), a Commission internationale de juristes et l'Internationale des résistants à la guerre (War Resisters' International), a intervenção tratava sobre o avanço progressivo que se encontra em diferentes instrumentos de direitos humanos sobre o reconhecimento do direito à objeção de consciência à prestação do serviço militar.

²³ A atuação de Redress Trust como vetor da jurisprudência da CIDH e do TEDH se vê refletida na sentença deste último do STEDH *Gafgen vs. Alemanha*, 1 de junho de 2010. De acordo com o Tribunal de Estrasburgo, a intervenção visava sustentar que uma séria ameaça à integridade física pode constituir, em determinadas circunstâncias, uma forma de tortura ou de tratamento desumano ou degradante.

Rights Clinic²⁴, a Comissão de direitos humanos para Irlanda do Norte²⁵, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL)²⁶ e o Center for Reproductive Rights²⁷. Em seu trabalho como vetores, as ONGs e centros acadêmicos apresentaram ao TEDH a forma como a CIDH - em conjunto com outros organismos internacionais - havia abordado anteriormente um problema semelhante ao caso em questão. Estas intervenções podem ser consideradas bem sucedidas já que o TEDH começou a citá-las, de alguma forma ou de outra, nas suas sentenças²⁸.

Paralelamente, deve-se reconhecer que as vítimas também atuaram como vetores entre a CIDH e o TEDH. De fato, em muitos casos, as vítimas, através das suas conclusões escritas ou orais perante a Corte invocaram o precedente judicial que decorre de várias sentenças da CIDH²⁹.

No entanto, na Europa, as ONGs, os centros acadêmicos e as vítimas não têm a função exclusiva de vetores entre os dois sistemas. Atualmente, numa escala menor do que acontece no contexto interamericano, os juízes do TEDH estão começando a usar argumentos próprios da jurisprudência da CIDH nas suas opiniões dissidentes. Esta situação se faz evidente em alguns dos

²⁴ A intervenção da Columbia Law School Human Rights Clinic encontra-se na sentença do STEDH, *Hirsi Jamaa e Outros vs. Itália*, de 23 de fevereiro de 2012.

²⁵ A Comissão dos Direitos Humanos para a Irlanda do Norte interveio no caso que foi decidido através da sentença STEDH *McKerr vs. Reino Unido*, de 4 de maio de 2001. A intervenção centrou-se na obrigação positiva para investigar as violações do direito à vida. É interessante destacar que esta Comissão é um órgão público do governo do Reino Unido. No entanto, sua atuação é independente deste. Por esta razão, comparamos sua atuação como vetor entre a jurisprudência da CIDH e do TEDH ao das ONGs e dos centros acadêmicos.

²⁶ A atuação do CEJIL como vetor entre a jurisprudência da CIDH e do TEDH se vê refletida na sentença STEDH *Timurtas vs. Turquia*, de 13 de junho de 2000.

²⁷ O Center for Reproductive Rights interveio no caso que foi decidido através da sentença STEDH *Vo vs. França*, de 8 de julho de 2004.

²⁸ Ver BURGORGUE-LARSEN, L., "Les interventions éclairées devant la Cour européenne des droits de l'homme ou le rôle stratégique des amici curiae", em *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, Paris, 2011, pp.67-82.

²⁹ A ação das vítimas como vetores se faz evidente nas sentenças STEDH *Bankovic e Outros vs. Bélgica e Outros*, de 12 de dezembro de 2011 (Tribunal Pleno); STEDH *Erqi vs. Turquia*, de 28 de julho de 1998; STEDH *Ertak vs. Turquia*, de 9 de maio de 2000; STEDH *Kurt vs. Turquia*, de 25 de maio de 1998 e STEDH *Velikova vs. Bulgária* (Decisão de Admissibilidade), de 18 de maio de 1999.

votos dos juízes Giovanni Bonello³⁰, Paulo Pinto de Albuquerque³¹, Françoise Tulkens, David Thor Björgvinsson, Danute Jočienė, Dragoljub Popović, Nebojsa Vučinić³², Rait Maruste³³ e Loukis Loucaides³⁴. Sobre este ponto não deixa de ser curioso que, com exceção do juiz Pinto, os juízes que serviram como vetores da jurisprudência interamericana no contexto europeu venham de culturas jurídicas tão diferentes da cultura jurídica latino-americana. Isso demonstra que o recurso à jurisprudência da CIDH não é o resultado de uma afinidade cultural particular, mas a sua importância como órgão convencional de proteção dos direitos humanos, razão pela qual se espera que este tipo de diálogos continuem e se aprofundem.

O desenvolvimento de um diálogo entre a CIDH e a CEDH é, em parte, o resultado do trabalho de uma série de vetores entre eles. De fato, tanto na Europa como na América Latina, os vetores foram comissionados para dar a conhecer a jurisprudência aplicada em outro continente sobre assuntos relevantes para a proteção dos direitos humanos. Este trabalho, não se pode esquecer, está projetado para suportar uma interpretação particular da Convenção num sentido ou em outro. Em outras palavras, os vetores referem-se à jurisprudência da CIDH perante o TEDH, e vice-versa, a fim de mostrar aos juízes a legitimidade de uma conclusão juridicamente relevante para o caso em questão.

4. A LOCALIZAÇÃO DO DIÁLOGO NAS SENTENÇAS

Distinguir o lugar onde numa sentença é encontrada uma referência à jurisprudência estrangeira pode parecer uma distinção superficial ou sem grande interesse. No entanto, considerando a divisão própria das sentenças do TEDH, esta localização pode também mostrar uma evolução no diálogo entre ambas as Cortes.

³⁰ Este juiz maltês fez referência à jurisprudência da CIDH no Voto parcialmente divergente à sentença STEDH *Anguelova vs. Bulgária*, 13 de junho de 2002.

³¹ Este juiz português citou a jurisprudência da CIDH, no seu Voto em parte divergente e em parte concordante com a sentença STEDH *Konstantin Markin vs. Rússia*, de 22 de março de 2012.

³² A referência deste grupo heteroqêneo de juízes (belga, islandês, lituana, sérvio, montenegrino, respectivamente) encontra-se no Voto divergente comum à sentença STEDH *Palomo Sanchez e Outros vs. Espanha*, de 12 de setembro de 2011.

³³ Este juiz estónio referiu-se à jurisprudência da CIDH no seu Voto concordante à sentença STEDH *Cicek vs. Turquia*, de 27 de fevereiro de 2001.

³⁴ Este juiz cipriota citou a jurisprudência da CIDH no seu Voto parcialmente divergente à sentença STEDH *Hasan Ilhan vs. Turquia*, de 9 de novembro de 2004.

De fato, a maioria de referências do TEDH à jurisprudência da CIDH encontra-se na seção dedicada aos fundamentos factuais da decisão, geralmente sob a designação "direito internacional relevante". Esta localização é facilmente explicada, uma vez que para o sistema europeu de direitos humanos, a jurisprudência de outra Corte, mesmo que seja uma homóloga, não é considerada como "direito" aplicável. No entanto, ao ser citada como fundamento factual da decisão europeia, a jurisprudência da CIDH serve ao Tribunal de Estrasburgo para construir o contexto no qual se prepara para dar a sua sentença³⁵.

No entanto, além de citar a CIDH na seção dedicada aos fundamentos factuais, o TEDH referiu-se à jurisprudência interamericana nos fundamentos jurídicos das suas decisões mais recentes. Para fazer isso, o Tribunal de Estrasburgo remete nos fundamentos jurídicos da sua sentença expressamente à seção dedicada ao "direito internacional relevante"³⁶. Assim, para o TEDH, a jurisprudência da CIDH não é apenas parte do contexto factual da sentença, mas também do seu *ratio decidendi*.

Enquanto isso, uma vez que a estrutura das sentenças da CIDH não replica totalmente a divisão entre fundamentos factuais e jurídicos que são encontrados nas sentenças do TEDH, a evolução da localização da referência não pode ser abordada nos mesmos termos.

Enquanto no raciocínio da CIDH os argumentos derivados da jurisprudência de Estrasburgo são facilmente intercalados com os argumentos próprios ao sistema resultante do Pacto de San José, a localização das referências passou por uma evolução sutil. Enquanto no primeiro momento a referência à jurisprudência do

³⁵ Uns exemplos deste uso das sentenças da CIDH encontra-se, entre outros, nas sentenças STEDH *Al-Skeini e Outros vs. Reino Unido*, de 7 de julho de 2011; STEDH *Ocalan vs. Turquia*, de 12 de março de 2003, ratificado na sua integralidade pela sentença do Tribunal Pleno STEDH *Opuz vs. Turquia*, de 12 de maio de 2005 e (Seção Terceira) de 9 de junho de 2009.

³⁶ As sentenças do TEDH nas quais a referência à jurisprudência da CIDH tanto nos seus fundamentos jurídicos como factuais são, entre outras: STEDH *Mamatkoulou e Askarov vs. Turquia*, de 4 de fevereiro de 2005; STEDH *Serquei Zolotoukhine vs. Rússia*, de 10 de fevereiro de 2009; STEDH *Varnava e Outros vs. Turquia*, de 18 de setembro de 2009; e STEDH *Zontul vs. Grécia*, de 17 de janeiro de 2012.

TEDH encontrava-se no próprio corpo da sentença da CIDH, atualmente há uma tendência a que seja feita a mesma referência nas notas de rodapé e ali acompanhá-la da jurisprudência interamericana e, mais e mais constitucional, equivalente³⁷.

Isto poderia significar que, no início, nos momentos em que a CIDH estava começando a construir o seu próprio corpo de jurisprudência, a referência ao TEDH foi um elemento chave do raciocínio apresentado pela Corte. Embora na atualidade, com o fortalecimento da jurisprudência da CIDH essas referências - embora mantendo inquestionável importância no raciocínio - são acompanhadas pelas sentenças nas quais San José decidiu implantar uma interpretação de Estrasburgo. Deve-se também mencionar que esta evolução se encaixa no contexto de uma política de racionalização de apresentação das sentenças para que sejam menos longas e mais confortáveis para ler.

A localização na sentença da referência à jurisprudência estrangeira mostra dois fenômenos divergentes. Por um lado, a passagem de fundamento factual a fundamento jurídico da jurisprudência da CIDH nas sentenças do Tribunal de Estrasburgo sugere que na Europa as sentenças interamericanas têm um valor importante, tanto como contexto geral e como interlocutor válido em termos legais. Por outro lado, a sutil evolução da forma na qual a Comissão faz referência à jurisprudência do TEDH pode revelar como a Corte de San José reconhece a importância do seu corpo jurisprudencial e pretende ligá-lo ao do Tribunal, que tem sido, tradicionalmente, seu referente. Isso mostra como a CIDH valoriza o seu próprio trabalho.

5. AS QUESTÕES EM TORNO DAS QUAIS GIRA O DIÁLOGO

Ao analisar as questões em torno das quais gira o diálogo entre os juízes regionais de direitos humanos, encontra-se uma disparidade considerável. Isto porque, enquanto o elenco material das referências da CIDH à jurisprudência do TEDH é altamente heterogêneo, esta última normalmente faz referência à jurisprudência da CIDH em aspectos específicos.

³⁷ Este uso pode ser encontrado, entre muitos outros, na sentença da CorteIDH *Gelman vs. Uruguai*, de 24 de fevereiro de 2011.

Neste contexto, também é possível classificar dois tipos de diálogo na jurisprudência da CIDH e do TEDH. Assim, de um lado está o diálogo sobre aspectos processuais e, do outro lado, o diálogo sobre aspectos relevantes.

5.1. Em aspectos processuais

O diálogo sobre aspectos processuais levou que, com objetivos diferentes, a CIDH citasse a jurisprudência do TEDH em relação ao estoppel e a diferença em relação à concorrência interpretativa dos outros tratados diferentes à Convenção regional.

No que diz respeito à noção de estoppel, é recorrente encontrar sentenças nas quais a CIDH cita a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo. A este respeito, a Corte de San José cita seu homólogo europeu para mostrar que os dois sistemas tratam de forma semelhante, se não idêntica, a situação³⁸. Também é digno de nota que as referências em torno da noção de estoppel demonstram o *modus operandi* da CIDH para se referir à jurisprudência do TEDH. De fato, nesta e em outras questões, a Corte de San José identifica um grupo reduzido de *leading cases* ou *grands arrêts* do TEDH e os cita sistematicamente toda vez que aborde esta noção³⁹.

Além disso, no que diz respeito à competência da Corte de San José para interpretar outros tratados diferentes ao Pacto de San José, a CIDH também se refere ao sistema europeu de proteção dos direitos humanos, mas com um objetivo diferente. Neste caso, a Corte de San José alude ao fato de que, sob a Convenção de Roma e seus protocolos em vigor, o TEDH não goza de uma competência equivalente. Assim, o uso da referência, esta vez não à jurisprudência, mas à Convenção Europeia, serve a um

³⁸ As sentenças nas quais a Comissão utiliza a figura de estoppel são, entre outras, as seguintes: CorteIDH Díaz Peña vs. Venezuela, de 26 de junho de 2012; CorteIDH Chocrón Chocrón vs. Venezuela, de 1 de julho de 2011; CorteIDH Usón Ramirez vs. Venezuela, de 20 de novembro de 2009. Esta referência tem suas raízes na sentença CorteIDH Caballero Delgado e Santana vs. Colômbia, de 21 de janeiro de 1994.

³⁹ Em relação ao estoppel, a CIDH cita frequentemente as seguintes sentenças do TEDH: STEDH Wilde, Ooms e Versyp vs. Bélgica, de 18 de junho de 1971; STEDH Foti e Outros vs. Itália (Mérito), de 10 de dezembro de 1982; e STEDH Bitiyeva e X vs. Rússia, de 21 de junho de 2007.

fim pedagógico, pois permite estabelecer uma distinção entre as competências limitadas do TEDH e a liberdade relativa que goza a Comissão neste aspecto⁴⁰. Sem dúvida, para comparar suas competências com as do TEDH, a CIDH destaca a mais-valia nesta matéria do sistema interamericano.

Enquanto isso, o TEDH também fez referência à jurisprudência da CIDH em aspectos de ordem processual. Assim, na sentença *Akdivar e Outros c. Turquia*⁴¹, o TEDH cita a jurisprudência da Corte de San José ao considerar a carga da prova nos casos onde é evocada a falta de esgotamento dos recursos internos como condição prévia para o recurso convencional⁴².

Além disso, na sentença *Serguei Zolotoukhine c. Rússia*⁴³, o TEDH faz um balanço da sua jurisprudência em torno da proteção que envolve o direito a não ser julgado duas vezes pelo mesmo ato ou ofensa, presente no artigo 4 do Protocolo No 7 da Convenção de Roma. Ali, o Tribunal de Estrasburgo considera que o nível de proteção outorgado para o direito na sua interpretação é menor em relação ao acordado por outros órgãos internacionais, entre os quais se encontra a Corte de San José. Diante disso, o TEDH adota uma nova interpretação, com mais garantias, do direito.

Finalmente, e talvez o tema mais «forte», na sentença *Varnava e outros c. Turquia*⁴⁴, o TEDH adotou a interpretação da

⁴⁰ Este uso da referência ao sistema europeu de proteção dos direitos humanos com a intenção de contrastar com o sistema americano encontra-se na Opinião Consultiva CorteIDH, Opinião Consultiva OC-1/82, de 24 de setembro de 1982 relativa aos "outros tratados" objeto da função consultiva da Corte. Série A. No. 1.

⁴¹ STEDH *Akdivar vs. Turquia*, de 16 de setembro de 1996. Essa lei leva em conta as considerações da CIDH na sentença de 29 de julho de 1988, *Velásquez Rodríguez vs Honduras (Mérito)*, Série C No. 1 e Opinião Consultiva OC-11/90, sobre as exceções à Regra do esgotamento de recursos internos, Série A, No. 11.

⁴² Neste contexto, a jurisprudência afirma que uma vez que o Estado alegou a existência de um recurso interno que não estava esgotado, a vítima deve demonstrar as razões pelas quais este recurso não é apropriado ou eficaz para a proteção do seu direito. Esta jurisprudência foi ratificada na sentença JECHR *Demopoulos e Outros vs. Turquia*, de 1 de março de 2010; e a Decisão da extinta Comissão no caso Comissão EDH contra *Sabuktekin vs. Turquia*, de 12 de março de 1998.

⁴³ STEDH *Sergei Zolotoukhine vs. Rússia*, de 10 de fevereiro de 2009.

⁴⁴ STEDH *Varnava e outros vs. Turquia*, de 18 de setembro de 2009.

Corte de San José sobre a competência *ratione temporis* nos casos das contínuas violações dos direitos protegidos pela Convenção. Ao adotar esta interpretação, o TEDH foi declarado competente para analisar se o Estado incorreu em violação da obrigação processual que é derivada do direito à vida, mesmo quando os fatos tenham ocorrido antes do reconhecimento estatal da competência do Tribunal⁴⁵. É importante destacar aqui que, agindo desta forma, o TEDH efetuava uma mudança radical da sua jurisprudência tradicional na matéria, o que é sumamente fundamental para compreender a força persuasiva do uso da jurisprudência interamericana.

5.2. Em aspectos relevantes

Há muitas questões sobre as quais a CIDH faz referência à jurisprudência do TEDH. Estes temas vão desde o método de interpretação evolutiva da Convenção⁴⁶, até os métodos para determinar as reparações em casos de expropriação⁴⁷. Por outro lado, as questões relevantes nas quais o TEDH faz referência às sentenças da Corte de San José estão concentradas de forma particular em dois aspectos: o desaparecimento forçado e as obrigações positivas dos Estados que são derivadas da Convenção regional. Estes dois aspectos relevantes sobre os quais foi iniciado um verdadeiro diálogo de juízes merecem ser analisados com um pouco mais de detalhes.

⁴⁵ Esta mesma interpretação é encontrada na sentença do STEDH *Silih vs. Eslovênia*, de 9 abril de 2009.

⁴⁶ Nestes casos a CIDH cita a famosa sentença do TEDH de 25 de abril de 1978, *Tyrer vs. Reino Unido*, Req., 5856/72. Esta sentença está citada, entre outras, nas seguintes sentenças do CIDH: CorteIDH *Atala Riffo e Niñas vs. Chile*, de 24 de fevereiro de 2012; CorteIDH *Massacre de Mapiripan vs. Colômbia*, de 15 de setembro de 2005; CorteIDH *Comunidade indígena Yakye Axa vs. Paraguai*, 17 de junho de 2005; e Corte IDH, *Opinião Consultiva OC-16/99* de 1 de outubro de 1999, referente ao direito à informação sobre a assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal, série A, n.º 16.

⁴⁷ Esta referência aparece na sentença CorteIDH *Salvador Chiriboga vs. Equador*, de 3 de março de 2011.

5.2.1. O Desaparecimento Forçado

Ao longo dos anos, foi iniciado um diálogo jurisprudencial entre a Corte de San José e o Tribunal de Estrasburgo. Um dos temas recorrentes deste diálogo gira em torno do fenômeno dos desaparecimentos forçados. No entanto, uma análise um pouco mais profunda das sentenças de cada uma das Cortes mostra que cada uma recorre à jurisprudência da sua homóloga por razões particulares.

5.2.1.1. O uso das sentenças europeias pela CIDH

Nos casos de desaparecimento forçado, a CIDH, numa prática comum, como ficou evidente no que diz respeito ao estoppel, cita geralmente as mesmas sentenças do TEDH⁴⁸. No entanto, a CIDH utiliza a referência a estas sentenças sobre desaparecimento forçado de duas maneiras. Por um lado, é feito para afirmar que o desaparecimento forçado constitui uma violação múltipla dos direitos protegidos pelas Convenções regionais de direitos humanos⁴⁹. Por outro lado, utiliza as mesmas referências no momento de listar os elementos constitutivos do desaparecimento forçado⁵⁰.

No entanto, ao analisar detalhadamente a jurisprudência do TEDH é evidente que o Tribunal de Estrasburgo, apesar de não considerar que o desaparecimento forçado constitui uma violação múltipla dos direitos convencionais, não parou para analisar quais são os seus elementos constituintes.

5.2.1.2. Uso das sentenças interamericanas pelo TEDH

Enquanto isso, o TEDH usa as sentenças interamericanas sobre o desaparecimento forçado em duas situações específicas.

⁴⁸ As sentenças do TEDH citadas costumam ser: STEDH *Kurt vs. Turquia*, de 25 de maio de 1998; STEDH *Çakici vs. Turquia*, de 8 de julho de 1999; STEDH *Timurtas vs. Turquia*, de 13 de junho de 2000; STEDH *Tas vs. Turquia*, de 14 de novembro de 2000; e STEDH *Chipre vs. Turquia*, de 10 de maio de 2001.

⁴⁹ Esta utilização da jurisprudência europeia é encontrada, entre outras, nas sentenças da CorteIDH *Contreras e Outros vs. Salvador*, de 31 de agosto de 2011; CorteIDH *Gelman vs. Uruguai*, de 24 de fevereiro de 2011; e STEDH *Radilla Pacheco vs. México*, de 23 de novembro de 2009.

⁵⁰ Este uso é encontrado primordialmente na sentença da CorteIDH *Chitay Nech e Outros vs. Guatemala*, de 25 de maio de 2010.

Em primeiro lugar, no início o TEDH se recusou a condenar o Estado pela violação do direito à vida cada vez que não havia uma prova irrefutável da morte da vítima, mesmo quando reconhece a existência de uma jurisprudência da Corte de San José, nesse sentido⁵¹. No entanto, nas sentenças posteriores⁵², o TEDH também condenou o Estado por violação das obrigações substantivas e processuais derivadas do direito à vida cada vez que assumiu que pela «mera passagem do tempo» a vítima poderia se encontrar morta.

Em segundo lugar, de acordo com a Corte de San José, a TEDH também considera que o desaparecimento forçado constitui uma violação contínua dos direitos convencionais. Esta interpretação permitiu a ambos os juízes proclamar a sua competência para julgar alguns eventos que ocorreram antes da aceitação da competência do juiz regional de direitos humanos por parte de um Estado (v. *Infra*).

5.2. As Obrigações positivas

A segunda questão sobre a qual costuma tratar o diálogo jurisprudencial entre o Tribunal de Estrasburgo e a Corte de San José é sobre as obrigações positivas decorrentes das disposições convencionais, particularmente aquela que obriga o Estado a realizar investigações eficazes nos casos de violações do direito à vida.

5.2.1. O uso das sentenças interamericanas pelo TEDH

De fato, apenas numa sentença o TEDH faz referência explícita à jurisprudência da CIDH sobre as obrigações positivas⁵³. No entanto, no caso de *Al-Skeini e Outros c. Reino Unido*⁵⁴, estas

⁵¹ STEDH *Kurt vs. Turquia*, de 5 de maio de 1998.

⁵² STEDH *Timurtas vs. Turquia*, de 13 de junho de 2000; e STEDH *Tas vs. Turquia*, de 14 de novembro de 2000.

⁵³ STEDH *Varnava e outros vs. Turquia*, de 18 de setembro de 2009; e outros.

⁵⁴ STEDH *Al-Skeini e. a. c/ Royaume-Uni*, de 7 de julho de 2011; ver também o assunto «gêmeo», STEDH *Al-Jedda c/ Royaume-Uni*, de 7 de julho de 2011.

obrigações fazem parte do contexto no qual o TEDH tomou sua decisão. De fato, na referida sentença, o Tribunal de Estrasburgo afirma que as obrigações positivas derivadas da Convenção são aplicáveis ao Estado mesmo em circunstâncias difíceis de ordem pública, tais como uma ocupação ou um conflito armado interno. Nesta decisão, que diz respeito à responsabilidade do Reino Unido durante a ocupação do Iraque entre 2003 e 2004, o TEDH cita a sentença da Corte de San José sobre o Massacre de Mapiripán no qual se afirma que por mais difícil que seja a situação do Estado, esta não o exclui da sua obrigação de investigar adequadamente as possíveis violações dos direitos convencionais e de punir os responsáveis⁵⁵.

5.2.2 O uso das sentenças europeias pela CIDH

Em geral, a noção das obrigações positivas derivadas dos compromissos convencionais é própria de um desenvolvimento pretoriano da CIDH desde sua primeira sentença contenciosa⁵⁶. Assim, como observado acima, esta noção foi adotada, sem fazer referência explícita à sua origem interamericana pelo Tribunal de Estrasburgo⁵⁷.

Na sua jurisprudência mais recente a respeito⁵⁸, a CIDH destaca o fato que "todos os órgãos dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos" refletem a obrigação de investigar as violações graves dos mesmos⁵⁹. Esta referência é,

⁵⁵ Sobre este tema que tem laços estreitos com a «guerra», v BURGORGUE-LARSEN, L. E ÚBEDA DE TORRES, A., "La "guerre" dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme", em MARGUÉNAUD, J.P. E PAULIAT, H. (dir.), *D'Oradour à Srebrenica : les droits de l'homme face à la guerre*, Dalloz, Paris, 2009, pp.103-124. Traduzido para inglês e publicado em *Human Rights Quarterly*, February 2011, vol.33, pp.148-174. Traduzido para espanhol e publicado no Anuário Colombiano de direito internacional, 2010.

⁵⁶ CorteIDH *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 29 de julho de 1988.

⁵⁷ As sentenças STEDH *Hugh Jordan vs. Reino Unido*, 4 de maio de 2001; e STEDH *L.C.B. vs. Reino Unido*, de 9 de junho de 1998, mostram como o TEDH adotou a noção das obrigações positivas derivadas dos compromissos convencionais.

⁵⁸ Exemplo disto é a sentença da CorteIDH *Gomes Lund e Outro vs. Brasil*, 24 de novembro de 2011.

⁵⁹ Sobre este ponto, é importante destacar que, além de citar a jurisprudência do TEDH, os pronunciamentos do Comitê de Direitos Humanos da ONU e do Comitê contra a Tortura da mesma

aparentemente, uma motivação dupla. Por um lado, a referência à jurisprudência europeia serve para endossar a sua própria conclusão. Além disso, pela mesma referência a CIDH, reivindica a autoria de uma das noções fundamentais nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

Apesar de uma aparente multiplicidade de questões sobre as quais a CIDH e o TEDH se citam entre si, é de salientar que existe um campo fértil no qual uma parte importante do diálogo entre Estrasburgo e San José foi iniciada: o desaparecimento forçado e as obrigações positivas derivadas dos compromissos convencionais. Em relação a estas duas questões, a CIDH e o TEDH iniciaram um verdadeiro diálogo de juízes. No entanto, a existência desse diálogo emergente não explica uma última aresta fundamental. Qual é o uso, se houver, de tais sentenças no raciocínio da Corte 'receptora'? A seguir, a questão é abordada.

6. O SENTIDO DO DIÁLOGO

Sem dúvida alguma, tanto na jurisprudência da CIDH como na do TEDH, a referência à jurisprudência do homólogo é apresentada como uma ferramenta argumentativa. No entanto, as razões pelas quais é usada esta ferramenta variam em cada um dos sistemas.

6.1. A legitimação

Não há dúvida alguma de que o sistema regional de proteção dos direitos humanos na América foi construído à imagem do sistema derivado da Convenção de Roma⁶⁰. É por isso que o TEDH e a sua jurisprudência foi, e é, uma referência essencial do desenvolvimento jurisprudencial da CIDH.

Portanto, a referência sistemática à jurisprudência do TEDH, guia principal para a construção da jurisprudência interamericana, permite à CIDH legitimar a sua posição como o tribunal máximo de

organização, a CIDH cita a decisão *Mouvement Ivoirien des Droits de l'homme* da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos povos de julho de 2008.

⁶⁰ Embora se pudesse acrescentar muito sobre este «mimetismo», considerando a importância da tradição jurídica latino-americana em matéria de direitos humanos. Reencaminhamos aqui para a magnífica apresentação introdutória de S García Ramírez ao livro publicado em 2008 na editoria Bruylant (BURGORGUE-LARSEN, L. e UBEDA DE TORRES, A., *Les Grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, 2008) que foi atualizado e publicado em inglês na editoria Oxford (2011) com o título: *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and commentary*.

proteção dos direitos humanos no continente e, portanto, permite-lhe adscrever-se à tradição ocidental de proteção dos direitos humanos.

Nesse sentido, quando a CIDH faz referência às sentenças do TEDH está num processo complexo de legitimação e validação do seu trabalho e suas conclusões. Uma vez que compartilha, em termos gerais, os mesmos critérios interpretativos que o Tribunal de Estrasburgo, a CIDH reforça a legitimidade das suas sentenças e o seu papel no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Esta situação é reforçada quando, como ocorreu no caso das obrigações positivas que são derivadas dos compromissos convencionais, o TEDH retoma a jurisprudência Interamericana e suas interpretações. Neste sentido a legitimação tem três etapas. Na primeira, a CIDH chega a uma conclusão, com base direta ou indireta da jurisprudência do TEDH⁶¹. Na segunda, o TEDH adota a interpretação interamericana⁶². Na terceira, e última, a CIDH considera-se feliz pelo fato de que o TEDH tenha concordado com as suas conclusões⁶³.

6.2. A mudança de jurisprudência ou expansão de jurisprudência

Enquanto isso, quando o TEDH faz referência às sentenças da CIDH, especialmente quando o faz na seção dedicada às bases jurídicas da sentença, a sua intenção é diferente à da Corte de San

⁶¹ Tomando como exemplo as obrigações positivas que derivam da convenção pode ser citada como evidência desta fase a sentença da CIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 29 julho de 1988, Série C No. 1, na qual se afirma a existência da obrigação positiva de "organizar o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público de modo que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência desta obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e, além disso, o restabelecimento, se for possível, do direito violado ...", p. 166.

⁶² Seguindo o exemplo das obrigações positivas, um exemplo da adoção da interpretação Interamericana no contexto europeu é a sentença STEDH *Hugh Jordan vs. Reino Unido*, de 4 de maio de 2001.

⁶³ No caso das obrigações positivas, esta fase pode ser encontrada na sentença da CorteIDH *Gomes Lund e Outro vs. Brasil*, de 24 de novembro de 2011.

José. De fato, nestes casos, o Tribunal de Estrasburgo utiliza a jurisprudência da CIDH para mostrar como a jurisprudência internacional sobre direitos humanos foi avançando para outras áreas. Da nossa parte, denominamos este fenômeno de «cosmopolitismo normativo» e consideramos que é uma forma de atualizar o universalismo dos direitos, apesar das diferenças na regulação dos sistemas regionais de garantia e, mais além, das diferenças sociais e políticas.

Estes avanços servem de base para algumas mudanças na jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo. Isto é visto em dois casos específicos: a obrigatoriedade das medidas cautelares e a competência dos tribunais penais militares para julgar civis.

Deste modo, nas sentenças de *Mamatkoulov e Abdurasulovic c. Turquia*⁶⁴ e *Mamatkoulov e Askarov c. Turquia*⁶⁵, o TEDH muda a sua jurisprudência anterior⁶⁶ sobre a não obrigatoriedade das medidas cautelares ordenadas pelo sistema regional de proteção dos direitos humanos. Nestas sentenças, o Tribunal de Estrasburgo adota expressamente a interpretação que compartilham a CIJ, a Comissão de direitos humanos da Organização das Nações Unidas e a CIDH⁶⁷.

Nesta mesma linha, nas sentenças *Ergin c. Turquia*⁶⁸ e *Maszni c. Romênia*⁶⁹, o Tribunal de Estrasburgo citou a jurisprudência da CIDH⁷⁰ para afirmar, em termos gerais, que as jurisdições penais militares apenas são excepcionalmente competentes para o julgamento de particulares. Embora a jurisprudência da Corte de San José negue completamente esta possibilidade, o TEDH, tomando nota dos desenvolvimentos

⁶⁴ STEDH *Mamatkoulov et Abdurasulovic vs. Turquia*, de 6 de fevereiro de 2003

⁶⁵ STEDH *Mamatkoulov et Askarov vs. Turquia*, de 4 de fevereiro de 2005

⁶⁶ Esta jurisprudência encontra-se detalhada na sentença STEDH *Cruz Varas e Outros vs. Suécia*, de 20 de março de 1991.

⁶⁷ BURGORGUE-LARSEN, L., "Interims measures in the European system of Human Rights", *Inter-American and European Human Rights Journal / Revista Interamericana y Europea de Derechos Humanos*, 2009, Vol.2, N. 1-2, 2009, pp.99-118.

⁶⁸ STEDH *Ergin vs. Turquia*, de 4 de maio de 2006

⁶⁹ STEDH *Maszni vs. Romênia*, de 21 de setembro de 2006.

⁷⁰ O TEDH cita a sentença CorteIDH *Durand e Ugarte vs. Peru*, de 16 de agosto de 2000.

jurisprudenciais interamericanos, endurece os critérios que devem cumprir tais tribunais.

A este respeito, deve notar-se dois aspectos interessantes do uso da jurisprudência da CIDH pelo Tribunal de Estrasburgo. Em primeiro lugar, nas mudanças de jurisprudência, o TEDH não se refere apenas à jurisprudência da Corte de San José. Esta referência está muitas vezes acompanhada de referências jurisprudenciais às decisões do Comitê das Nações Unidas e/ou outras jurisdições próprias de direito internacional. Aqui, o uso do referente «alheio» não é exclusivo, mas é combinado com outras referências.

Em segundo lugar, é de salientar que, quando o Tribunal de Estrasburgo considera que é necessário adotar uma interpretação de origem interamericana, seu raciocínio consiste em descobrir quais das disposições do seu próprio sistema podem ajudar a apoiar essa mesma conclusão. Assim, tanto o TEDH como a CIDH chegam ao mesmo resultado, embora de maneiras diferentes.

Finalmente, vale a pena ressaltar a utilização que na sentença *Opuz c. Turquia*⁷¹ o TEDH realizou dos instrumentos do sistema interamericano de direitos humanos, em particular a Convenção de Belém do Pará, e das decisões que tomou sobre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁷². De fato, na citada sentença, o Tribunal de Estrasburgo, com base no seu dever de interpretar a Convenção de Roma, à luz do direito internacional, reconhece a importância da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Para o TEDH, a importância desta Convenção encontra-se em dois aspectos. Em primeiro lugar, é o único instrumento jurídico internacional dedicado exclusivamente à luta contra a violência de gênero⁷³. Nesse sentido, esta convenção é um instrumento

⁷¹ STEDH *Opuz vs. Turquia*, de 9 de junho de 2009

⁷² O TEDH cita a decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso *Maria Da Penha vs. Brasil*, de 16 de abril de 2001, relatório No. 54/01, Caso 12.051.

⁷³ Após o caso *Opuz*, o Conselho da Europa eliminou a diferença normativa em relação ao continente latino-americano e ao resto do mundo, adotando a Convenção sobre a violência contra as mulheres e a violência doméstica (STE nº 120), aprovada em 11 de maio de 2011.

especializado, que segundo o Tribunal de Estrasburgo também deve ser levada em conta na análise do caso.

Em segundo lugar, prevê o direito de viver num clima livre de violência, incluindo o direito de ser livre de todos os tipos de discriminação, que, juntamente com a decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que implanta as disposições da Convenção, leva o TEDH a dizer que a ignorância, ainda que seja involuntário, da obrigação do Estado de proteger as mulheres contra a violência doméstica deve ser analisada a partir da perspectiva do direito à igualdade de proteção da lei. Nesse sentido, se o Estado não protege adequadamente as mulheres das várias perseguições de que podem ser vítimas, poderia incorrer em violação do artigo 14 da Convenção de Roma (proibição de tratamento discriminatório, com base, entre outras, do sexo).

Sem dúvida, embora não seja insensato afirmar que na maioria das questões relacionadas com a proteção dos direitos humanos, a CIDH inspirou-se na jurisprudência do TEDH, não se pode ignorar que, graças à Convenção de Belém do Pará, no que diz respeito à proteção dos direitos das mulheres, a sentença *Opuz c. Turquia* mostra que o Tribunal de Estrasburgo segue o exemplo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Portanto, esta sentença mostra, sem dúvida, uma evolução no diálogo judicial entre a CIDH e o TEDH.

Este artigo baseado num método empírico de análise, demonstra a riqueza excepcional do movimento das respectivas decisões judiciais de cada Corte regional e do diálogo subsequente que gerou e continua a gerar. Apesar das diferenças significativas - tanto normativas como sociais e políticas - entre os dois sistemas de proteção, a consideração por cada Corte da jurisprudência da outra, participa, sem dúvida, no lançamento universal, de um *ius commune* humanista, que traz à luz o ideal universalista de 1948.

7. BIBLIOGRAFIA BÁSICA

BURGORGUE-LARSEN, L. E ÚBEDA DE TORRES, A., "La "guerre" dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme", em MARGUÉNAUD, J.P. E PAULIAT, H. (dir.), *D'Oradour à Srebrenica: les droits de l'homme face à la guerre*, Dalloz, Paris, 2009.

- BURGORGUE-LARSEN, L. e UBEDA DE TORRES, A., *Les Grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, 2008
- BURGORGUE-LARSEN, L., "Interims measures in the European system of Human Rights", *Inter-American and European Human Rights Journal / Revista Interamericana y Europea de Derechos Humanos*, 2009, Vol. 2, N. 1-2, 2009.
- BURGORGUE-LARSEN, L., "Les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme et le 'système onusien'", em DUBOUT, E. E TOUZÉ S. (dir.), *Les droits fondamentaux, charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, Paris, 2010.
- BURGORGUE-LARSEN, L., "Les interventions éclairées devant la Cour européenne des droits de l'homme ou le rôle stratégique des amici curiae", em *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, Paris, 2011.
- CUELLAR, R., "Participación de la sociedad civil y el sistema interamericano de derechos humanos", em *El Sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI Corte interamericana* (2º ed.), Tomo I, 2003.
- FLAUSS, J-F. E COHEN-JONATHAN, G., *Les organisations non gouvernementales et le droit international des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005.
- GARCÍA ROCA, J., FERNÁNDEZ, P. A., SANTOLAYA, P. E CANOSA, R. (eds.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Civitas, Thomson, Madrid, 2012.
- HITOSHI MAYER, L., "NGO Standing and Influence in Regional Human Rights Courts and Commission", *Brooklyn Journal of International Law*, 2011.
- NEUMAN, G.L., "Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights", *The European Journal of International Law*, 2008.
- PINTO, M., "NGOs and the Inter-American Court of Human Rights", em Tulio Treves et alii (dir.), *Civil society, International Courts and Compliance body*, 2005.

8. JURISPRUDÊNCIA BÁSICA

- Com.EDH, 2 de dezembro de 1986, B. c. Suíça, Req. 12136/86.
- Com.EDH, 6 de dezembro de 1983, França, Noruega, Dinamarca, Suécia, Holanda c. Turquia (Decisão sobre a admissibilidade), Req. 9940-9944/82 AJ.
- Comissão EDH *Sabuktekin vs. Turquia*, de 12 de março de 1998
- Corte IDH Opinião Consultiva OC-16/99, de 1 de outubro de 1999.
- CorteIDH *Gelman vs. Uruguai*, de 24 de fevereiro de 2011

- CorteIDH *Massacre de Mapiripán vs. Colômbia*, de 15 de setembro de 2005.
- CorteIDH *Reverón Trujillo vs. Venezuela* (Voto fundamentado do juiz Einer Elías Biel Morales), de 30 de junho de 2009.
- CorteIDH *“Panel Blanca” Paniagua Morales e Outros vs. Guatemala* (Voto fundamentado do juiz Edgar E, Larraondo Salguero), de 25 de janeiro de 1996.
- CorteIDH *Atala Riffo e Niñas vs. Chile*, de 24 de fevereiro de 2012.
- CorteIDH *Atala Riffo e Niñas vs. Chile*, de 24 de fevereiro de 2012.
- CorteIDH *Baena Ricardo e Outros vs. Panamá* (Exceções Preliminares), de 18 de novembro de 1999.
- CorteIDH *Blake vs. Guatemala*, de 2 de julho de 1996.
- CorteIDH *Caballero Delgado e Santana vs. Colômbia*, de 21 de janeiro de 1994.
- CorteIDH *Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez vs. Equador*, de 21 de novembro de 2007.
- CorteIDH *Chitay Nech e Outros vs. Guatemala*, de 25 de maio de 2010.
- CorteIDH *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, de 1 de julho de 2011.
- CorteIDH *Comunidade indígena Yakye Axa vs. Paraguai*, de 17 de junho de 2005.
- CorteIDH *Contreras e Outros vs. Salvador*, de 31 de agosto de 2011.
- CorteIDH *Díaz Peña vs. Venezuela*, de 26 de junho de 2012
- CorteIDH *Durand e Ugarte vs. Peru*, de 16 de agosto de 2000.
- CorteIDH *Garibaldi vs. Brasil* (Voto fundamentado do juiz Roberto de Figueiredo Caldas), de 23 de setembro de 2009.
- CorteIDH *Gelman vs. Uruguai*, de 24 de fevereiro de 2011
- CorteIDH *Gomes Lund e Outro vs. Brasil*, 24 de novembro de 2011
- CorteIDH *Gomes Lund e Outro vs. Brasil*, de 24 de novembro de 2011
- CorteIDH *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, de 12 de agosto de 2008.
- CorteIDH *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador* (Voto fundamentado do juiz Cançado Trindade), de 1 de março de 2005.
- CorteIDH *La Cantuta vs. Peru* (Voto fundamentado do juiz A. Cançado Trindade), de 30 de novembro de 2007.
- CorteIDH *López Álvarez vs. Honduras* (Voto fundamentado do juiz Cançado Trindade), de 1 de fevereiro de 2006.
- CorteIDH *López Mendoza vs. Venezuela* (Voto fundamentado do juiz García-Sayán), de 1 de setembro de 2011
- CorteIDH *Massacre de Mapiripán vs. Colômbia*, de 15 de setembro de 2005.
- CorteIDH *Penal Miguel Castro Castro vs. Peru* (Voto fundamentado do juiz A. Cançado Trindade), de 2 de agosto de 2008.
- CorteIDH *Salvador Chiriboga vs. Equador* (Voto fundamentado do juiz García-Sayán), de 3 de março de 2011.

CorteIDH *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, de 3 de março de 2011.
CorteIDH *Usón Ramirez vs. Venezuela*, de 20 de novembro de 2009.
CorteIDH *Valle Jaramillo e Outros vs. Colômbia*, de 27 de novembro de 2008.
CorteIDH *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 29 de julho de 1988.
CorteIDH, Opinião Consultiva OC-1/82, de 24 de setembro de 1982.
STEDH *Hugh Jordan vs. Reino Unido*, 4 de maio de 2001.
STEDH *Kurt vs. Turquia*, de 5 de maio de 1998.
STEDH *L.C.B. vs. Reino Unido*, de 9 de junho de 1998
STEDH *Opuz vs. Turquia*, de 9 de junho de 2009
STEDH *Tas vs. Turquia*, de 14 de novembro de 2000
STEDH *Akdivar vs. Turquia*, de 16 de setembro de 1996.
STEDH *Al-Jedda c/ Royaume-Uni*, de 7 de julho de 2011
STEDH *Al-Skeini e. a. c/ Royaume-Uni*, de 7 de julho de 2011.
STEDH *Al-Skeini e Outros vs. Reino Unido*, de 7 de julho de 2011
STEDH *Anguelova vs. Bulgária* (Voto divergente do juiz Maltês), 13 de junho de 2002
STEDH *Aydin vs. Turquia*, de 25 de setembro de 1997
STEDH *Bankovic e Outros vs. Bélgica e Outros*, de 12 de dezembro de 2011 (Tribunal Pleno)
STEDH *Bayatyan vs. Armênia*, 7 de julho de 2011
STEDH *Bitiyeva e X vs. Rússia*, de 21 de junho de 2007.
STEDH *Çakici vs. Turquia*, de 8 de julho de 1999
STEDH *Chipre vs. Turquia*, de 10 de maio de 2001.
STEDH *Cicek vs. Turquia* (Voto divergente do juiz Rait Maruste), de 27 de fevereiro de 2001
STEDH *Cruz Varas e Outros vs. Suécia*, de 20 de março de 1991
STEDH *Demopoulos e Outros vs. Turquia*, de 1 de março de 2010
STEDH *Ergi vs. Turquia*, de 28 de julho de 1998
STEDH *Ertak vs. Turquia*, de 9 de maio de 2000
STEDH *Foti e Outros vs. Itália*, de 10 de dezembro de 1982.
STEDH *Gafgen vs. Alemanha*, 1 de junho de 2010
STEDH *Hasan Ilhan vs. Turquia* (Voto divergente de Loukis Loucaides), de 9 de novembro de 2004
STEDH *Hugh Jordan vs. Reino Unido*, de 4 de maio de 2001
STEDH *Klein vs. Rússia*, de 1 de abril de 2010
STEDH *Konstantin Markin vs. Rússia* (Voto divergente do juiz Paulo Pinto de Albuquerque), de 22 de março de 2012
STEDH *Kurt vs. Turquia*, de 25 de maio de 1998
STEDH *Kurt vs. Turquia*, de 25 de maio de 1998
STEDH *Kurt vs. Turquia*, de 25 de maio de 1998
STEDH *Mamatkoulov et Abdurasulovic vs. Turquia*, de 6 de fevereiro de 2003

STEDH *Mamatkoulov et Askarov vs. Turquia*, de 4 de fevereiro de 2005

STEDH *Mamatkoulov e Askarov vs. Turquia*, de 4 de fevereiro de 2005

STEDH *McKerr vs. Reino Unido*, de 4 de maio de 2001

STEDH *Ocalan vs. Turquia*, de 12 de março de 2003

STEDH *Opuz vs. Turquia*, de 12 de maio de 2005 e (Seção Terceira) de 9 de junho de 2009.

STEDH *Palomo Sanchez e Outros vs. Espanha* (Votos divergentes), de 12 de setembro de 2011

STEDH *Radilla Pacheco vs. México*, de 23 de novembro de 2009.

STEDH *Sergeui Zolotoukhine vs. Rússia*, de terça-feira, 10 de fevereiro de 2009.

STEDH *Sergeui Zolotoukhine vs. Rússia*, de 10 de fevereiro de 2009.

STEDH *Silih vs. Eslovênia*, de 9 abril de 2009.

STEDH *Tas vs. Turquia*, de 14 de novembro de 2000

STEDH *Timurtas c. Turquia*, de 13 de junho de 2000

STEDH *Timurtas vs. Turquia*, de 13 de junho de 2000

STEDH *Timurtas vs. Turquia*, de 13 de junho de 2000

STEDH *Varnava e Outros vs. Turquia*, de 18 de setembro de 2009

STEDH *Varnava e outros vs. Turquia*, de 18 de setembro de 2009.

STEDH *Varnava e outros vs. Turquia*, de 18 de setembro de 2009.

STEDH *Velikova vs. Bulgária* (Decisão de Admissibilidade), de 18 de maio de 1999

STEDH *Wilde, Ooms e Versyp vs. Bélgica*, de 18 de junho de 1971.

STEDH *Zontul vs. Grécia*, de 17 de janeiro de 2012.

STEDH, *Hirsi Jamaa e Outros vs. Itália*, de 23 de fevereiro de 2012

TERCEIRA PARTE

PERSPECTIVA VERTICAL:

O SISTEMA

INTERAMERICANO DE

DIREITOS HUMANOS E SUA

RELAÇÃO COM OS SISTEMAS

JURÍDICOS DOS ESTADOS

7

O VALOR DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

George Rodrigo Bandeira Galindo¹
Universidade de Brasília

1. INTRODUÇÃO

A pergunta sobre o valor da jurisprudência de um tribunal internacional como a Corte Interamericana de Direitos Humanos é passível de ser feita de diferentes maneiras e, a depender da escolha, pode possuir as mais diversas abordagens.

Poder-se-ia, por exemplo, indagar sobre o valor moral ou social das decisões desse tribunal internacional. Seria possível ainda focar o problema da legitimidade das decisões da Corte Interamericana e a forma pela qual os direitos internos encaram o problema. Uma abordagem diversa seria perquirir a respeito da obrigatoriedade das decisões e, mais além, da obrigatoriedade do conjunto de decisões do tribunal internacional apto a constituir uma jurisprudência. Neste capítulo, escolherei a terceira abordagem, visto ser este um campo em que a ciência jurídica tem maior condição de dar uma contribuição original. Evidentemente que as demais abordagens são igualmente importantes – até mesmo para a ciência jurídica – e constituem peças fundamentais numa investigação holística sobre o valor da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Mas a recíproca também é verdadeira: o estudo sobre o impacto em termos morais, sociais e de legitimidade depende, de vários modos, da questão da obrigatoriedade jurídica, a qual o direito deve dar uma resposta adequada. É sob o manto desse recorte que se seguirão as próximas páginas.

¹ Professor e Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB).

2. OBRIGATORIEDADE ENTRE O DIREITO INTERNO E O DIREITO INTERNACIONAL

O direito internacional e o direito interno possuem formas diferentes de encarar a obrigatoriedade de uma decisão tomada por um tribunal internacional.

Sob a perspectiva do direito internacional, não resta dúvida de que as decisões de tribunais internacionais são, de uma maneira geral, consideradas como obrigatórias. Essa, inclusive, é uma das principais características que distingue as decisões tomadas por meios judiciais de decisões tomadas no âmbito de outros meios de solução de controvérsias.²

Também é de praxe dos instrumentos que criam tribunais internacionais disporem expressamente sobre o caráter obrigatório das decisões tomadas por esses órgãos.

No caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a obrigatoriedade de suas decisões está contida no art. 68 (1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que assim dispõe:

“Artículo 68

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.³

A linguagem, ao recorrer a palavras como “comprometem” e “cumprir”, não deixa dúvida que a um Estado parte julgado em um caso contencioso perante a Corte não há a opção de descumprimento.

Também os artigos 1 (1) e 2 ajudam a compreender o sentido e a extensão da obrigatoriedade das decisões da Corte Interamericana ao estabelecerem claras obrigações aos Estados partes no que diz respeito ao cumprimento de todas as disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

² MERRILLS, J. G. *International Dispute Settlement*. 4th ed. Cambridge: Cambridge University Press, p. 127

³ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Disponível em [http://www.oas.org/dil/esp/tratados B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados/B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

*1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.*⁴

“Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

*Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.*⁵

Tais disposições sobre a obrigatoriedade das decisões são apoiadas por outras normas gerais de direito internacional, como, por exemplo, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que estabelece a necessidade imperiosa de o Estado cumprir o que está contido em um tratado, inclusive quando este vai de encontro a uma norma interna, inclusive constitucional. É o que prescreve o art. 27 da dita Convenção, o qual recentemente a Corte Internacional de Justiça reconheceu refletir o direito internacional costumeiro.⁶ Assim:

27. El derecho interno y la observancia de los tratados.

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento

⁴ *Idem.*

⁵ *Ibidem.*

⁶ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf>

de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.⁷

Também o projeto de artigos da Comissão de Direito Internacional sobre Responsabilidade Internacional dos Estados – aprovado na forma de uma resolução da Assembleia-Geral da ONU – prescreve a autonomia do direito internacional e do direito interno no que se refere à verificação de um ilícito internacional. Ou seja, uma conduta ser considerada ilícita no plano interno não a torna ilícita no direito internacional. Não há muitas razões para duvidar que tal dispositivo também reflita o direito internacional costumeiro no assunto. Segundo o texto:

“Artículo 3.- Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito

La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno”.⁸

Enfim, na própria prática da Corte Interamericana não resta dúvida de que o princípio da autoridade da coisa julgada internacional, que tem por consequência, “inicialmente, colocar um fim definitivo ao litígio que separa as partes litigantes, para, em seguida, conduzi-las à execução da obrigação jurisdicional”, se afirma.⁹

Sob a perspectiva dos direitos internos, a questão da obrigatoriedade das decisões da Corte Interamericana se resolve, em princípio, pela internalização da Convenção Americana nos

⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_Viena_sobre_derecho_tratados_Colombia.pdf

⁸ UNITED NATIONS. Resolution 59/35 General Assembly - Responsibility of States for internationally wrongful acts. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/478/39/PDF/N0447839.pdf?OpenElement>

⁹ BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. A res judicata na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: RIBEIRO LEÃO, Renato Zerbini *et al* (coord). *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: Ensaio em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 394. Esse estudo traz vários casos da jurisprudência da Corte Interamericana que demonstram que, desde há muito, o princípio da autoridade da coisa julgada e, por consequência, a obrigatoriedade de suas decisões, claramente se afirma.

respectivos ordenamentos jurídicos do continente americano. Se o tratado é incorporado ao direito interno como ato com força normativa, a obrigatoriedade das decisões internamente retirará a sua autoridade não apenas do direito internacional, mas do próprio direito nacional.

Diversos Estados aprovaram leis sobre implementação de decisões de órgãos internacionais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos ou adaptaram legislações antigas para regularem o assunto. É o caso, por exemplo, de Colômbia, Peru, Costa Rica, Venezuela e Nicarágua.¹⁰

Pode-se dizer que, em geral, as autoridades internas dos Estados membros, não obstante eventuais dificuldades encontradas, demonstram disposição para cumprir as decisões da Corte Interamericana, o que pressupõe mesmo o reconhecimento de sua obrigatoriedade.

Por ocasião do julgamento do caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se deteve em decisões de tribunais superiores de vários Estados pertencentes ao sistema interamericano. Sustentou-se que a disposição dos órgãos internos em cumprir as decisões internacionais é bastante notória e que realmente pressupõe a obrigatoriedade do que decidido pela Corte Interamericana.¹¹

Assim, para a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica, a força da decisão da Corte Interamericana “al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá – de principio – el mismo valor de la norma interpretada”. Para o Tribunal Constitucional da Bolívia, a Corte Interamericana e suas decisões compõem o chamado bloco de

¹⁰ Para um quadro amplo sobre tais leis, ver: CORASANITI, Vittorio. Implementación de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un debate necesario. *Revista IIDH*. San José. Vol. 49, 2009, p. 13-28.

¹¹ Para todas as referências aos direitos internos a seguir, ver CORTE IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, paras. 226-232. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf

constitucionalidade. A Suprema Corte de Justiça da República Dominicana entende que “es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales”. Também lembra que a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina assinalou que as decisões da Corte Interamericana “resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)”, estabelecendo que sua interpretação da Convenção Americana deve se guiar pela jurisprudência da Corte Interamericana. A Corte Constitucional da Colômbia, por sua vez, considera a jurisprudência internacional “criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”. Há também referencia ao Tribunal Constitucional do Peru, que chega ao ponto de tornar obrigatórias todas as decisões da Corte Interamericana – tema que se será visto mais adiante - ao sustentar que:

“la vinculatoriedad de las sentencias de la C[orte Interamericana] no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la C[orte Interamericana], reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal”.

Entretanto, é importante lembrar que, afora esse quadro pintado pela própria Corte Interamericana, alguns poucos casos-limite demonstram que a obrigatoriedade jurídica de suas decisões é profundamente desafiada pelo direito interno, especialmente

quando põem em xeque algum aspecto de grande repercussão política nacional.

Isso ocorreu, por exemplo, com o caso *Aspitz Barbera y otros*, em que a Corte Interamericana determinou, dentre outras medidas, que fossem reintegrados certos juízes de um tribunal administrativo venezuelano que haviam sido destituídos de seus cargos.¹² A reação não tardou e, poucos meses depois, ainda no ano de 2008, a Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça não somente declarou inexecutável a decisão da Corte Interamericana, por usurpar competências próprias das autoridades internas venezuelanas, como também solicitou que o Poder Executivo denunciasse a Convenção Americana. Nos termos da Sala Constitucional:

“(…) declara:

1) **INEJECUTABLE** el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 5 de agosto de 2008, en el que se ordenó la reincorporación en el cargo de los ex-magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz B., se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de cantidades de dinero y a las publicaciones referidas al sistema disciplinario de los jueces.

2) Con fundamento en el principio de colaboración de poderes (artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar este Tratado o Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, con el fallo objeto de la presente decisión”.¹³

¹² Corte IDH. Caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182 para. 78. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf

¹³ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA. SALA CONSTITUCIONAL. Expediente N° 08-1572. Disponível em <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>

Embora isoladas, tais relações mostram uma tensão latente entre o sistema interamericano de direitos humanos e os sistemas jurídicos internos. E há uma probabilidade razoável de tal tensão crescer caso se consolide o entendimento de que as decisões da Corte Interamericana são obrigatórias até mesmo para Estados que não estão diretamente envolvidos na demanda judicial. É o que se discutirá no próximo item na questão sobre o alargamento do sentido do chamado controle de convencionalidade.

3. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E EFEITOS ERGA OMNES DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Desde o princípio de sua atividade judicial, a Corte Interamericana tem compreendido que possui competência para interpretar e aplicar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em todos os casos que lhe são submetidos. É o que deflui do art. 62 (1) e (3) do referido tratado, que assim estabelece:

“1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

(...)

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.

Foi nesse sentido que tal atividade da Corte em interpretar e aplicar a Convenção Americana passou a ser entendida, especialmente a partir do voto em separado do Juiz Sergio García

Ramírez no caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, como um controle de convencionalidade.¹⁴ A ideia parecia simples, de início: enquanto os juízes internos com competência para apreciar matéria constitucional exerceriam um controle de constitucionalidade, os juízes internacionais da Corte Interamericana de Direitos Humanos exerceriam um controle de convencionalidade.

No entanto, a partir do caso *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, de 2006, a Corte Interamericana passou a afirmar que o juiz interno também possuía a obrigação de realizar “uma espécie de controle de convencionalidade” em face de normas internas. Nas palavras da Corte:

“124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

¹⁴ Ver Corte IDH. *Voto Concurrente Razonado Del Juez Sergio García Ramírez no Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003.* Serie C No. 101, para 27. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_garcia_101_esp.doc

Desde então, a Corte Interamericana, não sem algumas contradições,¹⁵ vem desenvolvendo o sentido da ideia de controle de convencionalidade, especialmente tendo em vista que ele deve ser exercido não apenas pelo tribunal internacional, mas também por autoridades internas. Por exemplo, no caso *Trabajadores Cesados de Congreso vs. Peru*, ficou ressaltado que o controle de convencionalidade realizado por órgãos do poder judicial deve ser *ex officio*.¹⁶ Há também o caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, em que se associou o controle de convencionalidade à necessidade de o juiz interno velar pelo efeito útil da Convenção Americana.¹⁷ Ainda, em casos como *Gomes Lund vs. Brasil*, a Corte Interamericana afirma que o juiz estatal “está internacionalmente obrigado a ejercer un ‘control de convencionalidad’”, deixando claro que não se trata de uma mera faculdade da autoridade interna.¹⁸ Por sua vez, no caso *Furlan y Familiares vs. Argentina*, a Corte Interamericana estende a obrigação de exercício do controle de convencionalidade para órgãos vinculados à administração da Justiça,¹⁹ o que encamparia o Ministério Público.

O último caso contencioso julgado pela Corte Interamericana, em 4 de setembro de 2012 (caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*), demonstra que se consolidou a extensão do sentido do controle de convencionalidade como obrigação para as autoridades internas. Isso significa igualmente que há uma obrigação para que seja levada em consideração a jurisprudência da Corte Interamericana no exercício do controle de

¹⁵ Para um estudo sobre essa evolução, com suas contradições internas, ver CASTILLA, Karlos. *El Control de Convencionalidad: Un Nuevo Debate en México a partir de La Sentencia Del Caso Radilla Pacheco*. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. México. Vol. XI, 2011, p. 593-624.

¹⁶ Ver Corte IDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, para 128.

¹⁷ Corte IDH. **Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186

¹⁸ Corte IDH. **Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, para 176.

¹⁹ Corte IDH. **Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246, para 303.

convencionalidade (tanto em sua dimensão internacional como interna). Nesse sentido:

“Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana”.²⁰

A ideia de que há uma obrigação de o juiz fazer o controle de convencionalidade possui diversas implicações. É importante destacar três delas.

A primeira diz respeito à existência de um controle de convencionalidade como obrigação jurídica internacional.

Nessa temática, é mais provável que a Corte Interamericana tenha interpretado a Convenção Americana, assim como diversas outras normas internacionais relacionadas ao tema, de uma maneira muito extensa. O efeito prático de tal obrigação é tornar o tratado e as decisões do tribunal internacional superiores às normas internas. Como bem esclarece Ximena Fuentes, não há nenhum indicativo de que o direito internacional estabeleça, como norma geral, o posicionamento hierárquico que um tratado deva ocupar no direito interno de cada Estado. Nem mesmo o tantas vezes citado art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados define a hierarquia interna de tratados. O dispositivo, que possui a natureza de uma norma secundária de atribuição de responsabilidade internacional, somente dispõe que o descumprimento de uma norma internacional não pode ser justificada pela existência de uma norma interna. O

²⁰ Corte IDH. **Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, para 262.

posicionamento hierárquico de normas internacionais é matéria atribuída aos direitos nacionais, a não ser que uma norma internacional claramente estabeleça o contrário, o que não parece ser o caso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.²¹

A segunda implicação tem a ver com uma confusão que se estabelece sobre que tribunais devem exercer o controle de convencionalidade: a corte internacional (no caso, a Corte Interamericana) ou os tribunais internos.

Nos primeiros casos em que introduziu a terminologia, a Corte enfatizou que o juiz interno exerce “uma espécie de” controle de convencionalidade, e não o controle em si, que ficaria reservado ao tribunal internacional. Posteriormente, tal distinção desapareceu, sugerindo que o mesmo tipo de controle de convencionalidade cabe tanto interna como internacionalmente.

Se o juiz interno está obrigado a fazer o controle de convencionalidade em si mesmo, é altamente provável que tal obrigação seja violada porque esse mesmo juiz, esteja ele vinculado a virtualmente qualquer um dos ordenamentos jurídicos do continente americano, deve uma lealdade maior à Constituição que a um tratado. Afora isso, diversos juízes e tribunais internos estão adstritos a competências bem delimitadas, que não envolvem a fiscalização de tratados de direitos humanos e muito menos a sua prevalência até mesmo sobre normas constitucionais.

É por essas razões que alguns comentaristas tentam resgatar o sentido dos primeiros casos da Corte Interamericana para afirmar que o que juízes e tribunais internos fazem é, sim, apenas uma “espécie de” controle de convencionalidade que, na prática, significaria uma interpretação de direitos e liberdades feita em conformidade a tratados.²² Isso permitiria a autoridades internas competentes levar tanto em conta normas internas constitucionais como a norma convencional na decisão sobre um caso de violação de direitos humanos ou fundamentais.

²¹ Ver FUENTES TORRIJO, Ximena. International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple. *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*. Puerto Rico. Vol. 77. Nº 2, 2008, p. 488-492.

²² Ver CASTILLA, Karlos. *El Control de Convencionalidad*, p. 613-614.

Mas a obrigação de as autoridades internas realizarem o controle de convencionalidade possui uma terceira e, ainda mais importante, implicação. Tal fórmula, especialmente quando associa a ideia de obrigação à necessidade de o juiz ou tribunal interno levar em conta a interpretação que faz a Corte Interamericana da Convenção Americana de Direitos Humanos, traz à baila a difícil questão dos efeitos *erga omnes* das decisões de um tribunal internacional.

Ainda que a linguagem não seja de todo clara, os casos sugerem que os efeitos das decisões, ainda que em seus fundamentos, se estendem a todos os Estados que aceitam a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, independentemente de serem partes ou diretamente interessados no caso. Tal efeito *erga omnes* das decisões, que não é expressamente previsto na Convenção Americana, põe em relevo os limites existentes entre as competências de tribunais internos e da Corte Internacional, além da própria eficácia das decisões tomadas pela última em um continente ainda instável no que se refere ao funcionamento das instituições democráticas. É sobre esse aspecto que gostaria de me deter nas páginas seguintes.

4. A REPERCUSSÃO DO RECONHECIMENTO DOS EFEITOS *ERGA OMNES* DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Reconhecer que decisões de tribunais internacionais possuem exclusivamente um efeito *inter partes* é reduzir a capacidade do direito internacional de resolver questões complexas que, algumas vezes, exigem respostas vigorosas e de alcance bastante amplo.

Por exemplo, a constatação, por parte de um tribunal internacional, de que uma norma de natureza *jus cogens* foi violada requer que tal reconhecimento não seja restrito apenas às partes em litígio. Afinal, a própria definição de *jus cogens* abarca a ideia de “comunidade internacional no seu conjunto”, segundo o art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Seria artificial defender que a identificação de uma norma desse tipo, que diz respeito a interesses comuns de membros da comunidade internacional, fosse restrita apenas às partes em disputa em um

caso judicial. Artificial porque atentaria contra a própria função das normas *jus cogens*, que possuem efeitos *erga omnes*, no direito internacional. É por isso que, mesmo em tribunais internacionais muito ciosos do consentimento estatal, como a Corte Internacional de Justiça, essa questão apresenta-se aberta.²³

Mesmo na Corte Interamericana, não se pode simplesmente excluir os efeitos *erga omnes* a decisões que envolvem a identificação de normas *jus cogens*. Em alguns dos casos antes citados, a Corte constatou a violação a uma norma desse tipo, como em Masacres de Río Negro vs. Guatemala ou Gomes Lund vs. Brasil. Nessas situações, e no que se refere ao respeito à norma *jus cogens* identificadas, é perfeitamente concebível – embora isso não reduza a complexidade da situação – defender a tese do efeito *erga omnes* das sentenças.

No entanto, a Corte Interamericana parece estar indo além. Não somente em casos envolvendo violações de normas *jus cogens*, a obrigação de controle de convencionalidade, levando necessariamente em conta a interpretação que esse tribunal internacional dá à Convenção Americana, impõe-se.²⁴ Dá-se a entender, portanto, que todos os casos julgados pelo tribunal internacional são dotados de efeitos *erga omnes*.

Qual a problemática em torno dos efeitos *erga omnes* das decisões em casos que não envolvem a violação de normas *jus cogens*?

²³ Ver BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. A *Res Judicata*, p. 404-410.

²⁴ É crescente o número de doutrinadores que têm afirmado e defendido que, de fato, a jurisprudência da Corte Interamericana – não só em casos contenciosos, mas também consultivos – possuem efeitos *erga omnes*. Ver, v.q., SAGÜÉS, Nestor Pedro. El “Control de Convencionalidad” como Instrumento para la Elaboración de un *Ius Commune* Interamericano. In: VON BOGDANDY, Armin. FERRER MAC-GREGOR Y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina? Tomo II*. México: UNAM, 2010, p. 449-468; HITTERS, Juan Carlos. Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios Constitucionales*. Talca. Año 7. Nº 2, 2009, p. 109-128; HITTERS, Juan Carlos. ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Rosario. Nº 10, 2008, p. 131-156; MONDRAGÓN REYES, Salvador. La jurisprudência de La Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. México. Nº 29, 2009, p. 135-149.

Em primeiro lugar, a eficácia *erga omnes* generalizada da jurisprudência da Corte Interamericana insiste em um modelo hierárquico de supremacia do direito internacional que, em situações extremas, torna-se de difícil sustentação.

Um dos melhores exemplos de que um modelo baseado puramente na hierarquia superior do direito internacional sobre os direitos internos traz problemas é o caso Kadi, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. A situação é amplamente divulgada e discutida. Um indivíduo que, ao ser associado à prática de terrorismo, teve seus bens congelados em virtude de uma resolução do Conselho de Segurança e um consequente regulamento da Comunidade Europeia que o internalizou no espaço comunitário, decidiu levar o caso à Corte Europeia de Justiça. Após um trâmite um tanto tumultuado do caso, a Corte Europeia de Justiça determinou a anulação do regulamento com fundamento na impossibilidade de o Conselho de Segurança violar direitos fundamentais básicos existentes no âmbito da Comunidade Europeia. Essa decisão, ainda que chocante para um internacionalista mais ortodoxo, por pôr em xeque a supremacia do direito internacional, foi aplaudida por estabelecer um limite para a atuação muitas vezes desregrada do Conselho de Segurança: o respeito aos direitos fundamentais ou humanos.²⁵

Certamente a decisão do tribunal comunitário é passível de diversas críticas, especialmente por fundar-se ela mesma numa ideia dualista que, na prática, conduz a uma hierarquia inversa: a supremacia do direito comunitário sobre o direito internacional. Por essa mesma razão, o caso Kadi é simbólico de que é necessário pensar em formas alternativas – e não necessariamente hierárquicas – para conceber o relacionamento entre direito internacional e direito interno.

Não há dúvidas de que tanto a vontade de a Corte Interamericana de fazer valer suas decisões de maneira ampla –

²⁵ Para uma análise profunda e detalhada do caso, ver, especialmente, DE BÚRCA, Gráinne. *The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi*. *Harvard International Law Journal*. Cambridge. Vol. 51. Nº 1, 2010, p. 1-49.

com possível eficácia *erga omnes* – e a relutância crescente de Estados – como os europeus – de frear o avanço de decisões internacionais quando estas colidem com importantes valores internos tem a ver com o chamado “foco interno” de muitas normas internacionais contemporâneas. Diversos ramos do direito internacional adquiriram um papel regulatório, e regem assuntos internos – como direitos e obrigações de indivíduos – antes vistos como pertencentes ao domínio reservado dos Estados.²⁶ Direitos humanos são um bom exemplo desse novo papel assumido pelo direito internacional, mas outros ramos como direito ambiental, econômico ou aeronáutico poderiam ser também citados.

Tal “foco interno” logo nos remete a um dos principais artífices da ideia de que não existe uma diferença claramente demarcada entre direito internacional e direito interno no que se refere à regulação de matérias, ao mesmo tempo em que há uma unidade do sistema jurídico a encampar tanto o interno como o internacional, com a prevalência do último: Hans Kelsen.

Para o famoso professor austríaco, não havia limites para a regulação de matérias pelo direito internacional, porque ele regulava condutas humanas tanto quanto o direito interno. Dessa unicidade do fenômeno jurídico também surgia a unicidade do ordenamento jurídico. A opção de Kelsen pela supremacia do direito internacional, embora não fosse uma posição ditada pela ciência do direito, defluía de uma clara posição política – atrelada à chamada “mundividência objetiva” – que associava prevalência do direito internacional ao pacifismo.²⁷

O modelo kelseniano provocou muito impacto na forma de conceber as relações entre o direito internacional e o direito interno, especialmente entre os internacionalistas. E é de se conjecturar também que, especialmente na América Latina, essa influência tenha sido ainda maior, o que poderia nos levar a

²⁶ NOLLKAEMPER, André. Rethinking the Supremacy of International Law. *Zeitschrift für Öffentliches Recht*. Wien. Vol. 65. Nº 1, 2010, p. 69.

²⁷ As posições de Kelsen sobre esse assunto podem ser fácil e didaticamente encontradas em KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 224-244.

entender a compreensão da Corte Interamericana em relação ao tema como tributária das ideias de autores como Kelsen. Conjecturas de lado, o fato é que, se Kelsen estava certo que não há um limite imanente entre o interno e o internacional, e as matérias tradicionalmente reguladas pelo primeiro podem sê-lo pelo segundo, sua insistência em um modelo extremamente hierarquizado de funcionamento do sistema jurídico mostra-se hoje problemática. Ela estimula medidas extremas que não reconhecem o outro (o direito interno ou o direito internacional), como os efeitos *erga omnes* de todas as decisões da Corte Interamericana, o caso Kadi ou mesmo a já mencionada decisão tomada pelo Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela, que tornou sem efeito uma decisão da própria Corte Interamericana.

De um lado, a ideia de efeitos *erga omnes* das decisões da Corte Interamericana é fundada numa hierarquia entre direito internacional e direito interno porque, da maneira como pode ser interpretada a partir dos vários casos antes citados acerca do controle de convencionalidade, o juiz interno fica sem qualquer opção sobre o cumprimento das decisões internacionais.²⁸ Se a ideia do controle de convencionalidade como obrigação exige que a jurisprudência internacional seja necessariamente considerada, optar por não segui-la (até quando haja diversos motivos para fazê-lo, uma vez que não há infalibilidade humana) gerará como consequência a responsabilidade internacional do Estado. Segui-la, por sua vez, pode gerar situações flagrantes de injustiça ou grande instabilidade social. Impor o cumprimento de tais decisões leva adiante a ideia (também kelseniana) de que se existe uma soberania, ela é única e pertence ao direito internacional.²⁹

²⁸ Saqüés, a partir dos precedentes da Corte Interamericana, posiciona-se de maneira clara a favor da superioridade do direito internacional. Para ele, a Convenção Americana de Direitos Humanos é superior às próprias constituições dos Estados partes, em virtude de o “bem comum internacional” ser superior ao “bem comum nacional”. Sustenta ainda que a vinculatividade das decisões da corte internacional estabeleceu um princípio de *stare decisis* no sistema interamericano. Ver SAGÜÉS, Nestor Pedro. El “Control de Convencionalidad”, p. 457-458.

²⁹ KELSEN, Hans. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto Internazionale: Contributo per una dottrina pura del diritto*. Trad. Agostino Carrino. Milano: Giuffrè, 1989, p. 57-61.

De outro lado, reconhecer a ampla possibilidade de tribunais como a Corte Europeia de Justiça ou o Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela retirarem a validade de uma decisão internacional no âmbito do direito interno pode gerar absurdos igualmente nefastos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o próprio Conselho de Segurança têm em seu histórico falhas, mas muitos acertos. Sua intervenção foi decisiva para a preservação da dignidade de diversos indivíduos e a manutenção ou estabelecimento da paz em diversos territórios. A proteção internacional dos direitos humanos (e muitos campos de atuação do direito internacional) é baseada na ideia de que é necessária uma instância alternativa em casos de abusos cometidos pelo Estado dentro do âmbito de suas próprias competências. Retirar a possibilidade de atuação dessa instância internacional é também abrir espaço para o cometimento de injustiças e instabilidade social.³⁰

O grande problema do modelo hierárquico nos dois sentidos (internacional e interno) é que ele, tomado de maneira ortodoxa, leva à ideia de falta de limites: algo que nunca pode ser afetado (valores, interesses, princípios) seja na esfera interna seja na esfera internacional. O próprio Kelsen percebeu muito bem que o conceito de soberania ilimitada continha uma série de contradições lógicas.³¹ No entanto, seu modelo puro e simples de supremacia do direito internacional em toda e qualquer circunstância produzia

³⁰ Alguns autores, críticos da posição da Corte Interamericana, têm sustentado que estaria ela extrapolando as competências que lhe foram outorgadas pelos Estados na Convenção Americana de Direitos Humanos. Ver BINDER, Christina. ¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La Jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos com un enfoque especial sobre las amnistías. In: VON BOGDANDY, Armin. FERRER MAC-GREGOR Y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina? Tomo II*. México: UNAM, 2010, p. 185-188. Tal argumento, embora compreensível por tentar evitar os efeitos danosos da adoção automática dos efeitos *erga omnes* de decisões internacionais possui o perigo de minar substancialmente a autoridade de tais tribunais. Ora, à Corte Interamericana, assim como a qualquer outro tribunal internacional, deve ser garantido o direito de interpretar sua própria competência. Ou seja, tribunais internacionais possuem *competence de la compétence*. Não reconhecer tal princípio permitiria que qualquer outra instituição – o conjunto dos Estados, por exemplo – pudesse rever decisões internacionais por violarem competências previamente estabelecidas.

³¹ *Idem*, p. 65-69.

o efeito de efetivar tal ideia de ausência de limites para o campo jurídico internacional.

É importante pensar em formas de relacionamento que explorem não maneiras impositivas de fazer valer certas decisões, mas uma conversação que leve a acomodações de valores às vezes contrapostos. É necessário o reconhecimento de que o conflito muitas vezes traz benefícios aos indivíduos, e que uma solução que conduz a um vencedor e um perdedor é muitas vezes inviável. Muito se tem escrito sobre diálogo de cortes e transconstitucionalismo.³² Tal literatura parte da importante constatação de que o modelo hierárquico encontra-se esgotado. No entanto, falar em conversação como forma de lidar com os novos problemas do relacionamento entre direito internacional e direito interno implica a necessidade de uma “virada sociológica” nesse campo de estudo.³³ Antes de buscar fazer com que, por exemplo, decisões internacionais sejam plenamente implantadas em direitos internos, é preciso responder questões como: de que forma age o juiz internacional? Como ele se relaciona com juízes internos? Como a realidade interna é considerada em julgamentos internacionais? Que maneiras alternativas podem ser encontradas (até mesmo fora do cânone clássico das formas de reparação previsto no capítulo da responsabilidade internacional dos Estados) para fazer valer uma decisão internacional? Quais as diferenças de poder entre tribunais internacionais e internos?

Alguns estudos empíricos já estão sendo feitos nesse sentido. É o caso de um artigo recente que busca provar que sem uma boa articulação interna, especialmente, mas não exclusivamente, pela atuação do Poder Executivo, o nível de cumprimento de decisões

³² Ver, por exemplo, TOUFAYAN, Mark. Identity, effectiveness, and newness in transjudicialism's coming of age. *Michigan Journal of International Law*. Ann Arbor. Vol. 31. Nº 2, 2010, p. 312 e NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

³³ Eu propus por uma virada desse tipo ao discutir a relação entre diferentes tribunais internacionais, o que também pode ser aplicado à relação entre tribunais internos e internacionais. Ver GALINDO, George R. B. Dialogando na Multiplicação: Uma Aproximação. *Revista de Direito Internacional*. Brasília. Vol. 9. Nº 2, 2012 (no prelo).

da Corte Interamericana torna-se muito baixo.³⁴ Isso levanta a questão de que as decisões desse tribunal talvez devam estar mais sintonizadas com as realidades internas dos Estados se pretendem ser efetivamente respeitadas.

Ainda é muito cedo para dizer como maneiras menos hierarquizadas de tratar as relações entre direito internacional e direito interno tomarão corpo. Não há uma solução clara à vista. Todavia, é importante começar a pensá-las introduzindo questões que especialmente os internacionalistas não estão tão acostumados a fazer e que envolvem mais o recurso à teoria social e a estudos empíricos.

5. CONCLUSÕES

O valor da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos pode ser abordado de diversas maneiras. Em especial, a questão da sua obrigatoriedade traz à tona uma série de questões importantes para o próprio funcionamento do sistema interamericano.

Direito Internacional e Direito Interno possuem bases diferentes para encarar o problema da obrigatoriedade das decisões internacionais. De um lado, a Convenção Americana é clara no sentido de que, para as partes em litígio, a decisão deve ser cumprida. De outro lado, os direitos internos, ao incorporarem internamente a Convenção – que contém a cláusula de obrigatoriedade das decisões do tribunal – vinculam-se não somente perante autoridades internacionais, mas também internas.

Embora, de maneira geral, perceba-se uma disposição para o cumprimento das decisões, certos casos complexos põem, de quando em vez, à prova o cumprimento das decisões da Corte Interamericana como atos jurídicos obrigatórios.

Tais tensões podem aumentar caso se consolide na Corte a compreensão de que o controle de convencionalidade implica a

³⁴ Ver HILLEBRECHT, Courtney. The Domestic Mechanisms of Compliance with International Human Rights Law: Case Studies from the Inter-American Human Rights System. *Human Rights Quarterly*. Baltimore. Vol. 34. Nº 4, 2012, p. 959-985.

obrigação de todos os Estados que aceitam a competência contenciosa do tribunal a cumprir a totalidade de sua jurisprudência, sob pena de responsabilização internacional. Essa tentativa de tornar todas as decisões judiciais no âmbito do sistema interamericano como possuidoras de efeitos *erga omnes* traz problemas porque insiste em um modelo hierárquico de supremacia do direito internacional que, muitas vezes, pode gerar paradoxos.

É importante pensar em maneiras alternativas de preservar a autoridade das decisões da Corte Interamericana sem impor ao juiz interno, por meio da obrigação de realizar o controle de convencionalidade, o cumprimento de toda a jurisprudência do tribunal internacional. O recurso à teoria social e a pesquisas empíricas são certamente instrumentos importantes para pensar de que modo um diálogo ou outro tipo de conversação entre instituições internas e internacionais pode acontecer de maneira a acomodar interesses e valores os mais diversos.

O valor da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos está, portanto, muito mais na forma de vê-lo como o estímulo à conversação e ao diálogo, do que como imposição de um modelo hierárquico que recorrentemente leva a caminhos insolúveis nas relações entre direito internacional e direito interno.

6. BIBLIOGRAFIA BÁSICA

- BINDER, Christina. ¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La Jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos com un enfoque especial sobre las amnistías. In: VON BOGDANDY, Armin. FERRER MAC-GREGOR Y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina? Tomo II. México: UNAM, 2010, p. 159-188.
- CASTILLA, Karlos. El Control de Convencionalidad: Un Nuevo Debate en México a partir de La Sentencia Del Caso Radilla Pacheco. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. México. Vol. XI, 2011, p. 593-624.
- HITTERS, Juan Carlos. Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte

- Interamericana de Derechos Humanos). Estudios Constitucionales. Talca. Año 7. Nº 2, 2009, p. 109-128;
- SAGÜÉS, Nestor Pedro. El "Control de Convencionalidad" como Instrumento para la Elaboración de un Ius Commune Interamericano. In: VON BOGDANDY, Armin. FERRER MACGREGOR Y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina? Tomo II. México: UNAM, 2010, p. 449-468;

6.1. Bibliografía Complementar

- BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. A res judicata na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: RIBEIRO LEÃO, Renato Zerbini et al (coord). Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: Ensaio em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 393-424.
- FUENTES TORRIJO, Ximena. International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple. Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico. Puerto Rico. Vol. 77. Nº 2, 2008, p. 483-505.
- HILLENBRECHT, Courtney. The Domestic Mechanisms of Compliance with International Human Rights Law: Case Studies from the Inter-American Human Rights System. Human Rights Quarterly. Baltimore. Vol. 34. Nº 4, 2012, p. 959-985.
- HITTERS, Juan Carlos. ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Rosario. Nº 10, 2008, p. 131-156;
- KELSEN, Hans. Il problema della sovranità e la teoria del diritto Internazionale: Contributo per una dottrina pura del diritto. Trad. Agostino Carrino. Milano: Giuffrè, 1989.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- NOLLKAEMPER, André. Rethinking the Supremacy of International Law. Zeitschrift für Öffentliches Recht. Wien. Vol. 65. Nº 1, 2010, p. 65-85.

6.2. Casos Judiciais

- Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182. Disponível em:

- http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf
- Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf
- Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246. Disponible em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf
- Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Disponible em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf
- Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186. Disponible em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf
- Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250. Disponible em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf
- Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158. Disponible em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf
- Corte IDH. *Voto Concurrente Razonado Del Juez Sergio García Ramírez no Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_garcia_101_esp.doc
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA. SALA CONSTITUCIONAL. Expediente N° 08-1572. Disponible em <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>.

8

DO DIÁLOGO ENTRE AS CORTES SUPREMAS E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS AO TRANSCONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA*

Marcelo Neves

Universidade de Brasília

1. ALÉM DOS “DIÁLOGOS” CONSTITUCIONAIS ENTRE CORTES: O TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE ORDENS JURÍDICAS

O termo “diálogo” é usado, habitualmente, para referir-se ao discurso orientado para o entendimento ou consenso, nos termos da filosofia social de Jürgen Habermas¹. Este não é o sentido em que utilizo a expressão. Emprego 'diálogo' e 'conversação', antes, para referir-me a formas de comunicação orientada para a absorção do dissenso, pressupondo a dupla contingência², embora saiba que este não seja o uso habitual dessas expressões. Entre ordens jurídicas diversas, especialmente no plano de problemas constitucionais, esses termos apontam para comunicações transversais, que implicam a possibilidade de aprendizado recíproco.

Entretanto, inclusive neste sentido, o tranconstitucionalismo entre ordens jurídicas não se reduz ao “diálogo” entre cortes. Em primeiro lugar, cabe advertir que, às vezes, a conquista de direitos

* O presente artigo baseia-se no meu livro *Transconstitucionalismo*, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009; 2ª tiragem, 2012 (trad. inglesa: *Transconstitutionalism*, Hart, Oxford, 2013). Para o aprofundamento no tema, sugere-se a consulta dessa obra monográfica.

¹Cf. a análise crítica de NEVES, M., *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*, 3ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 2012, pp. 118 ss.

² NEVES, M. *Transconstitucionalismo*, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, pp. 270 ss.

no âmbito do transconstitucionalismo decorre de relações altamente conflituosas entre cortes de ordens jurídicas diversas. Em segundo, os problemas transconstitucionais emergem e são enfrentados fora das instâncias jurídicas de natureza judiciária, desenvolvendo-se no plano jurídico da administração, do governo e do legislativo, assim como no campo dos organismos internacionais e supranacionais não judiciais, dos atores privados transnacionais e, inclusive, especialmente na América Latina, no domínio normativo das comunidades ditas “tribais”. O transconstitucionalismo aponta para o fato de que surgem cada vez mais questões que poderão envolver instâncias estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca da solução de problemas tipicamente constitucionais. É nessa perspectiva abrangente que considerarei o transconstitucionalismo na América Latina a seguir, sem descuidar, porém, da relação entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e os tribunais supremos ou constitucionais dos respectivos Estados.

2. PROBLEMAS TRANSCONSTITUCIONAIS ENTRE CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E TRIBUNAIS SUPREMOS OU CONSTITUCIONAIS DOS ESTADOS LATINO-AMERICANOS.

Uma experiência relevante de transconstitucionalismo entre ordem internacional e ordem estatal vem-se desenvolvendo na relação entre o “Sistema Interamericano de Direitos Humanos”, instituído pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), e as ordens constitucionais dos respectivos Estados signatários que a ratificaram³. Nesse contexto, não se trata simplesmente da

³ Essa Convenção foi adotada em 22 de novembro de 1969, em São José da Costa Rica, tendo entrado em vigor em 18 de julho de 1978, conforme o seu art. 74, n.º 2. A respeito, ver BURGORGUE-LARSEN, L., “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Entre clasicismo y creatividad”, em VON BOGDANDY, A., LANDA ARROYO, C. e MORALLES ANTONIAZZI, M. (dir.), *¿Integración suramericana a través del derecho? Un análisis multidisciplinario y multifocal*. Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg/Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 287-338; CARAZO ORTIZ, P., “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: democracia y derechos

imposição de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), criada e estruturada pelo Capítulo VIII (arts. 52 a 69) da CADH, aos tribunais nacionais com competências constitucionais. Esses também reveem a sua jurisprudência à luz das decisões da Corte. Tanto do lado da CorteIDH quanto da parte das cortes estatais tem havido uma disposição de “diálogo” em questões constitucionais comuns referentes à proteção dos direitos humanos, de tal maneira que se amplia a aplicação do direito convencional pelos tribunais domésticos⁴.

Um caso interessante diz respeito à colisão entre o art. 7.º, n.º 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos, e o artigo 5, LXVII, da Constituição brasileira. Enquanto essa disposição constitucional permite a prisão civil do depositário infiel, o dispositivo da Convenção o proíbe. No julgamento do RE 466.343/SP, do RE 349.703/RS e do HC 87.585/TO, o Supremo Tribunal Federal decidiu em 3 de dezembro de 2008, por maioria, que os tratados e convenções sobre direitos humanos, quando não aprovados nos termos procedimentais do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal (procedimento idêntico ao de uma Emenda Constitucional)⁵, têm uma hierarquia supralegal, mas infraconstitucional. Esse caso ensejou uma ampla discussão a respeito da incorporação dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira⁶. Uma tendência na análise do caso foi a defesa de uma solução no sentido da validade interna ilimitada do

humanos como factores integradores en Latinoamérica”, *ibidem*, pp. 231-85. Sobre a discussão no Brasil, ver OLIVEIRA, M. L. d. (dir.), *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: interface com o direito constitucional*, Del Rey, Belo Horizonte, 2007, destacando-se o prefácio de CANCADO TRINDADE, A. A., “Prefácio: A Corte Interamericana de Direitos Humanos: um testemunho para a história”, pp. XVII-XLIII. Para uma análise da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), cf. RAMÍREZ, S. G.. “Cuestiones de la jurisdicción interamericana de derechos humanos”. In: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, pp. 187-221.

⁴ Cf. CARAZO ORTIZ, ob. cit., pp. 273 ss.; BURGORGUE-LARSEN, ob. cit., pp. 309 ss.

⁵ O artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal do Brasil, estabelece: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

⁶ STF, RE 466.343/SP, RE 349.703/RS, HC 87.585/TO, julg.03/12/2008, DJ 12/12/2008.

mencionado preceito da ratificada Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo em vista que essa norma levaria a uma ampliação dos direitos constitucionalmente estabelecidos, de tal sorte que o direito nela contido estaria fundado no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal⁷. Mas, também na interpretação restritiva em relação ao nível da validade interna do dispositivo da Convenção Americana de Direitos Humanos não se exclui uma solução positiva para a ampliação prática dos direitos fundamentais: o argumento em favor da validade supralegal e infraconstitucional da Convenção ratificada serve a uma decisão no sentido de que a Constituição apenas admitiu a prisão civil do depositário infiel⁸; então, o direito infraconstitucional poderia decidir livremente a respeito da permissão ou proibição e, nessa hipótese, o pacto internacional teria primazia sobre o Código Civil brasileiro⁹. Somente a manutenção da orientação dominante anteriormente na tradição jurídica brasileira, ou seja, a concepção de que os atos internacionais ratificados têm o nível de validade de uma lei ordinária, poderia levar a um conflito insuperável entre o STF e a Corte IDH, pois o Código Civil brasileiro entrou em vigor (em 10/01/2003) após a ratificação do tratado e, nesse caso,

⁷ Posição defendida pelo ministro Celso de Mello, em voto condutor da divergência, com apoio nas obras de CANCADO TRINDADE, A. A., *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, 2ª ed., Fabris, Porto Alegre, vol. I, 2003, p. 513; PIOVESAN, F., *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 9ª ed., Saraiva, São Paulo, 2008, pp. 51-77; OLIVEIRA MAZZUOLI, V. d., *Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*, América Jurídica, Rio de Janeiro, 2001, pp. 147-50; *idem*, *Curso de direito internacional público*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pp. 682-702. ALBUQUERQUE MELLO vai além e sustenta o caráter supraconstitucional dos tratados e convenções sobre direitos humanos (ALBUQUERQUE MELLO, C.D. d., “O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal”, em LOBO TORRES, R. [dir.], *Teoria dos direitos fundamentais*, 2ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2001, pp. 1-33, 25 s.). O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal do Brasil, dispõe: “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.”

⁸ O art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal do Brasil, determina: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

⁹ Posição defendida pelo ministro Gilmar Mendes, em voto condutor da maioria. Nesse sentido, ver MENDES, G., MÁRTIRES COELHO, I. e GONET BRANCO, P. G., *Curso de direito constitucional* Saraiva, São Paulo/IDP, Brasília, 2007, pp. 665 ss.

prevaleceria a máxima *lex posterior derogat priori*¹⁰. Mantida essa posição, o STF estaria rompendo um “diálogo” constitucional com a CorteIDH em torno de uma compreensão dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. No entanto, na discussão que se travou, parece claro ter sido colocado no primeiro plano o esforço com vista à formação de uma racionalidade transversal, que se mostre suportável para ambas as ordens jurídicas envolvidas.

Do lado da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cabe destacar o importante julgamento do caso *Yatama vs. Nicarágua*, referente à participação democrática de membros da comunidade indígena, filiados ao partido Yatama, que foram proibidos de candidatar-se à eleição municipal de 5 de novembro de 2000, por força de decisão do Conselho Supremo Eleitoral da Nicarágua¹¹. A CorteIDH não só condenou o Estado da Nicarágua a indenizações por danos materiais e imateriais, como também determinou que se procedesse à reforma da respectiva lei eleitoral, concluindo: “O Estado deve reformar a regulação dos requisitos dispostos na Lei Eleitoral n.º 311, de 2000, declarados violatórios da Convenção Americana de Direitos Humanos, e adotar, em prazo razoável, as medidas necessárias para que os membros das comunidades indígenas e étnicas possam participar nos processos eleitorais de forma efetiva e tomando em conta suas tradições, usos e costumes, nos termos do parágrafo 249 da presente sentença.”¹²

¹⁰ Jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 80.004/SE, 01/06/1977, DJ 29/12/1977. A respeito dessa jurisprudência, ver MENDES, MÁRTIRES COELHO e GONET BRANCO, ob. cit., pp. 659 ss. Essa ainda é a posição de DIMOULIS e MARTINS para os tratados não aprovados nos termos do Parágrafo 3º do art. 5º da Constituição Federal (DIMOULIS, D. e MARTINS, L., *Teoria geral dos direitos fundamentais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 50). PONTES DE MIRANDA, F. C. (*Comentários à Constituição de 1946*, Borsoi, Rio de Janeiro, vol. I, 1960, p. 225), embora equiparasse hierarquicamente o tratado à lei ordinária, afirmava: “A Constituição não pode atingir tratado anterior sem ser dentro das cláusulas que o próprio tratado, válido em direito das gentes, contém para a denúncia dele, ou a ab-rogação das suas regras. Assim, o primado do direito das gentes, então, é indiscutível. [...] Os escritores incidiram, a respeito, em graves confusões, oriundas de assimilação inconsiderada entre o tratado anterior à Constituição e o tratado posterior à Constituição.”

¹¹ CorteIDH *Yatama vs. Nicarágua*, de 23 de junho de 2005.

¹² *Idem*, § 275.1 (nesse ponto, com o voto dissidente do juiz *ad hoc* Montiel Arquello). A respeito dessa decisão, ver GONZÁLEZ VOLIO, L., “Los Pueblos indígenas y el ejercicio de los

Aqui, apresenta-se um exemplo claro em que a ampliação de direitos fundamentais constitucionais encontrou apoio em norma da ordem internacional invocada para dirimir o conflito: a própria compreensão do direito interno de cidadania ativa, matéria intrinsecamente constitucional, ficou vinculada a regulações internacionais, passando a depender da interpretação de um tribunal também internacional.

3. UM PROBLEMA TRANSCONSTITUCIONAL ENTRE ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O REGIME CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Mas há experiências que apontam para a provável tensão das ordens constitucionais dos Estados latino-americanos com outras cortes internacionais. É relevante a situação em que a norma internacional de proteção dos direitos humanos a ser invocada pode apresentar-se como uma restrição a direitos fundamentais da Constituição estatal. Esse é o caso da colisão entre a Constituição brasileira e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que foi adotado em 17 de julho de 1998 e entrou em vigor na ordem internacional em 1.º de julho de 2002, tendo sido ratificado pelo Brasil mediante o Decreto Legislativo n.º 112, de 2002. Enquanto o artigo 77, n.º 1, alínea *b*, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal, prevê a prisão perpétua (“se o elevado grau da ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado a justificarem”), essa pena é proibida conforme o artigo 5º, inciso, XLVII, alínea *b*, da Constituição Federal. Embora o artigo 5º, § 4º, da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, tenha estabelecido que o “Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”, a questão permanece problemática, tendo em vista que, de acordo com artigo 60, § 4º, inciso IV, do diploma constitucional brasileiro, a vedação de penas de “caráter

derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana: El Caso Yatama contra Nicaragua”, em *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n.º 41, 2005, pp. 317-45.

perpétuo”, incluída no catálogo dos direitos e garantias individuais, não pode ser abolida enquanto cláusula pétrea¹³.

Por um lado, a compreensão de direitos humanos pelo direito internacional público parte das preocupações com os crimes escandalosos e chocantes contra a humanidade. Por outro, o ponto de partida da compreensão constitucional brasileira dos direitos fundamentais reside no entendimento de que a prisão perpétua viola os direitos humanos. Uma solução unilateral não é adequada nesse caso.

De acordo com os casos precedentes, há a tendência na jurisdição constitucional brasileira de exigir uma condição específica para a extradição do suposto criminoso a ser processado ou do criminoso já condenado pelo Tribunal Penal Internacional (TPI): ele só será entregue se a prisão perpétua for comutada em uma pena de, no máximo, trinta anos¹⁴. Embora, arigor, não se trate de extradição na hipótese de uma corte internacional, pois o conceito de extradição refere-se à relação entre Estados, essa solução poderá ser adotada para os casos de pedido ao Brasil da entrega de criminosos, réus ou indiciados ao Tribunal Penal Internacional¹⁵. Essa é uma solução intermediária, que, embora não seja inteiramente compatível com o Estatuto de Roma, pode ser suportada pelo Tribunal Penal Internacional em uma posição construtiva e disposta ao aprendizado.

¹³ O artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal do Brasil, determina: “§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.”

¹⁴ Confirmando os precedentes na experiência jurisprudencial mais recente, cf. os seguintes casos de extradição, todos decididos por unanimidade pelo Pleno do STF: Ext. 1.104/UK – Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, 14/04/2008, DJe 23/05/2008; Ext. 1.103 – Estados Unidos da América, 13/03/2008, DJe 07/11/2008; Ext. 1.060/PU – Peru, 15/10/2007, DJe 31/10/2007; Ext. 1.069/EU – Estados Unidos da América, 09/08/2007, DJe 14/09/2007.

¹⁵ Cf. MALISKA, M. A., *Estado e século XXI: A integração supranacional sob a ótica do direito constitucional*, Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo, 2006, pp. 188 s., que ainda admite a hipótese da entrega ao TPI sem essas condições (p. 189), o que me parece incompatível com os precedentes jurisprudenciais brasileiros e implicaria a quebra de “cláusula pétrea”. A esse respeito, ver SABADELL, A. L. e DIMOULIS, D., “O Tribunal Penal Internacional em face da Constituição brasileira e a questão da ineficácia social dos direitos fundamentais”, em NEVES (dir.), *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*, QuartierLatin, São Paulo, 2010, pp. 157-86.

A questão poderá tornar-se mais problemática se o STF vier a considerar a hipótese como de “extradição” e afirmar a sua jurisprudência de nãoextradição de brasileiros, nos termos do artigo 5º, inciso LI, da Constituição brasileira. Nesse caso, não seria tão simples a solução do conflito normativo. Porém não parece correta, como já foi adiantado, a extensão semântica desse preceito, no sentido de que essa proibição valha também para a entrega de criminoso, réu ou indiciado ao TPI, pois a extradição refere-se à relação entre Estados. Sem dúvida, mesmo admitida essa interpretação do conceito de extradição, ainda surgirão novamente problemas pela invocação do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição, que não permite a abolição de garantias de direitos fundamentais (“cláusulas pétreas” – ver *supranota*13). O rumo dos desenvolvimentos nesse contexto normativo permanece aberto. Não obstante, a disposição para o aprendizado em ambos os lados, mediante a formação de uma rede transversal construtiva, ou seja, o transconstitucionalismo, é decisiva para soluções satisfatórias nessa área de colisão. Internacionalismo e nacionalismo, nessa hipótese, poderão levar a atitudes destrutivas para os direitos humanos ou fundamentais.

4. INVOCAÇÃO DE OUTRAS ORDENS JURÍDICAS ESTRANGEIRAS NA FUNDAMENTAÇÃO DE JULGAMENTOS DE QUESTÕES CONSTITUCIONAIS NO BRASIL

Na América Latina, há também uma velha tradição de referências a dispositivos, jurisprudências e doutrinas constitucionais estrangeiras. Embora a influência dos Estados Unidos, especialmente em virtude da forte influência do modelo constitucional desse país na origem do constitucionalismo latino-americano, tenha sido por muito tempo dominante, o direito constitucional dos países europeus e a respectiva jurisprudência passaram a ser invocados crescentemente, cabendo destacar a influência recente do constitucionalismo alemão. É verdade que, historicamente, as referências aos textos, doutrinas e jurisprudência constitucional estrangeira, em grande parte, têm sido expressão de uma “retórica” dos magistrados destinada à

prova de erudição, sem qualquer vínculo de relevância argumentativa com o caso *sub judice*. Não obstante, observa-se, particularmente na jurisprudência recente, a tendência à inclusão de referência a textos constitucionais e precedentes jurisdicionais de Estados estrangeiros como parte não só do *obiter dictum*, mas também da *ratio decidendi*.

Na experiência brasileira mais recente, o transconstitucionalismo com outras ordens jurídicas estatais vem-se desenvolvendo sensivelmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Em decisões de grande relevância em matéria de direitos fundamentais, a invocação da jurisprudência constitucional estrangeira não se apresenta apenas nos votos singulares dos ministros, mas se expressa nas Ementas dos Acórdãos, como parte da *ratio decidendi*. No julgamento histórico do Habeas Corpus 82.424/RS, em 17 de novembro de 2003, o pleno do STF, por caracterizar como crime de racismo a publicação de livro com conteúdo anti-semítico (negação da existência do holocausto) e, portanto, sustentar a sua imprescritibilidade, indeferiu, por maioria, o pedido, no âmbito de uma discussão em que a invocação da jurisprudência constitucional estrangeira foi fundamental. Essa situação repercutiu na Ementa do Acórdão, da qual consta o seguinte parágrafo:

9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que [se] aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática do racismo.

Nos votos dos ministros, houve uma ampla discussão sobre precedentes jurisprudenciais, dispositivos constitucionais e legislação de estados estrangeiros, tendo sido relativamente

insignificante a referência à jurisprudência nacional e internacional¹⁶.

Essa orientação manifestou-se também no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.112, em 2 de maio de 2007, que foi rejeitada quase integralmente, tendo sido julgada procedente apenas em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento). Nesse caso, ganharam destaques precedentes da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão¹⁷. Da mesma maneira, cabe considerar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF, em 29 de maio de 2008, no qual se decidiu favoravelmente à utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, rejeitando-se o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei da Biossegurança)¹⁸. Nesse caso, em vários votos discutiu-se o direito de outros países. Inúmeros outros casos poderiam ser citados em que as decisões judiciais estrangeiras invocadas, embora não façam por si só parte da *ratio decidendi*, contribuem para a formação dos argumentos que a constituem¹⁹. Nessa nova orientação, não se trata apenas de mera “retórica bacharelesca”²⁰, mas também de significativos debates no âmbito de uma “conversação” transconstitucional.

¹⁶ Nos extratos do julgamento, isso fica evidente quando se considera, no campo “observação”, a enormidade da citação da jurisprudência de Estados estrangeiros (HC 82.424/RS, 17/11/2003, DJ 19/03/2004).

¹⁷ “BVerfGE 88, 203, 1993; BVerfGE 50, 290; BVerfGE 77, 170; BVerfGE 39, 210; BVerfGE 90, 145, 1994 (caso Cannabis); BVerfGE 7, 377, 1958” (STF, ADI 3.112, 02/05/2007, DJ 26/10/2007).

¹⁸ STF, ADI 3.510/DF, 29/05/2008, DJ 05/06/2008.

¹⁹ Cf., p. ex., HC 93.050/RJ, 10/06/2008, DJe 01/08/2008; HC 85.779/RJ, 28/02/2007, DJ 29/06/2007; ACO 633 AqR/SP, 11/04/2007, DJ 22/06/2007; RE 390.840/MG, 09/11/2005, TP, DJ 15/08/2006; ADPF 54 QO/DF, 27/04/2005, DJ 31/08/2007; HC 40.910/PE, 24/08/1964, DJ 19/11/1964.

²⁰ Embora ainda esteja presente, em muitos votos, a pretensão de provar uma erudição irrelevante para a solução do caso, tornando excessivamente longos os julgamentos, cabe observar que essa questão não se refere predominantemente à referência a precedentes jurisprudenciais estrangeiros, mas antes a doutrinas e teorias importadas sem a devida filtragem para a aplicação ao contexto brasileiro. Isso se relaciona, por sua vez, com limites da reflexão

É bom, porém, que se tenha cuidado para que a invocação frequente da jurisprudência americana, alemã e de outras ordens jurídicas não constitua mais um episódio histórico de “colonialismo” no campo da cultura jurídica²¹. Passaríamos, então, da “importação” acrítica de modelos legislativos e doutrinários para uma incorporação inadequada de precedentes jurisprudenciais. O que mudaria seria apenas o acesso mais fácil à jurisprudência estrangeira. Fundamental é, portanto, que sejam “feitas as devidas adaptações”, para que não caiamos no velho rótulo das “idéias fora de lugar”²², ou seja, da jurisprudência e da doutrina constitucional deslocadas do seu contexto jurídico e social. Nesse caso, constrói-se o paradoxo de um diálogo em que só consta *alter*, mas falta *ego* enquanto polo da comunicação. E daí pode decorrer um tipo de jurisprudência e doutrina simbólica, cujo significado normativo é muito limitado²³.

5. UM CASO TRANSCONSTITUCIONAL ENTRE A LEXSPORTIVA E A ORDEM JURÍDICA MEXICANA

O transconstitucionalismo desenvolve-se igualmente nas relações entre ordens jurídicas estatais e ordens transnacionais

jurídico-dogmática no Brasil (a respeito, cf. NEVES, M., *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Ein theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*, Duncker & Humblot, Berlim, 1992, pp. 205 ss.). Entretanto, a referência retórica e inconsistente da jurisprudência estrangeira ainda está fortemente presente no STF, como se pode verificar na decisão sobre a constitucionalidade da política de cotas nas universidades (ADPF 186/DF, 26/04/2012), na qual se citaram como fundamento decisões da Suprema Corte dos EUA que a contradiziam no ponto fundamental (A respeito, ver COSTA NETO, J., “A citação meramente retórica de precedentes judiciais estrangeiros no julgamento da ADPF 186 (cotas raciais na UnB)”, *Observatório da Jurisdição Constitucional* (no prelo).

²¹ FRANCO MONTORO, A., “Filosofia do direito e colonialismo cultural: transplante de institutos jurídicos inadequados à realidade brasileira”, *Revista de Informação Legislativa*, vol. X, nº37, 1973; pp. 3-20; NEVES, M. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne* (cit.), p. 206.

²² SCHWARZ, R., “As idéias fora do lugar”, em SCHWARZ, R., *Ao vencedor as batatas: Forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro*. 5ª ed., 4ª reimpr., Duas Cidades/Editora 34, São Paulo, 2008 pp. 9-31 [1ª ed. 1977].

²³ A respeito de jurisprudência simbólica, cf. NEVES, M., *A constitucionalização simbólica*, 2ª ed., WMF Martins Fontes, São Paulo, 2007, p. 34. No já citado julgamento do HC 82.424/RS, o ministro Marco Aurélio Mello utilizou essa expressão. Mas me parece que, nesse caso, apesar da força simbólica, a força normativa da decisão também era relevante.

construídas primariamente por atores privados ou quase-públicos, como, por exemplo, a *lexmercatoria*, a *lexsportiva* e a *lexdigitalis*²⁴.

Um caso interessante resultou na decisão do Tribunal Arbitral do Esporte (TAS), de 17 de maio de 2007, na qual, quanto ao próprio mérito, negou-se decisão tomada no âmbito do direito nacional²⁵. Nesse caso, a Agência Mundial Antidoping (World Anti-Doping Agency – WADA) interpôs recurso contra uma decisão tomada pela Comissão Disciplinar da Federação Mexicana de Futebol e também contra uma decisão de órgão recursal do Ministério dos Esportes do México (FMF), a Comissão de Apelação e Arbitragem do Desporte (CAAD), que desconsideraram laudo do laboratório credenciado pela WADA (*Olympic Analytical Laboratory* da Universidade da Califórnia – UCLA). Na análise da primeira amostra, o laboratório confirmou a presença de substância anabólica proibida pela FIFA. O resultado foi encaminhado à Federação Mexicana de Futebol (FMF), para que o jogador fosse informado a fim de requerer a análise da segunda prova em quarenta e oito horas, sob pena da presunção absoluta de que aceitou o resultado da análise da primeira amostra. O clube do atleta alegou que não fora intimado pelo laboratório a notificá-lo, sustentando que caberia à FMF fazer diretamente essa notificação (a FMF encaminhara a comunicação do laboratório ao clube, para que ele notificasse o atleta). O pedido apresentado pelo jogador perante a Comissão Interdisciplinar da FMF foi deferido com o fundamento no fato de que ele não foi devidamente notificado e que a segunda amostra já fora destruída. O Laboratório da UCLA alegou que a segunda prova permanecia plenamente conservada (por congelamento) para análise. A FMF recorreu à Comissão de Apelação e Arbitragem do Desporte (CAAD) do Ministério dos Esportes do México, que confirmou a decisão da Comissão Disciplinar da FMF. O TAS tanto anulou a decisão desta Comissão Disciplinar quanto declarou que a decisão da CAAD não tinha

²⁴ Cf. NEVES, M., *Transconstitucionalismo*, ob. cit., pp. 187-216.

²⁵ TAS. Sentencas n° 2006/A/1149 e n° 2007/A/1211, extrato e comentário oferecidos por LOQUIN, E., “Tribunal Arbitral du Sport: 2 Chroniques de sentences arbitrales”, *Journal du Droit International Clunet*, n° 1/2008, pp. 233-309, 259-72.

“nenhum efeito no sistema de sanções estabelecidas nos Estatutos e Regulamentos da FIFA”²⁶. Por conseguinte, tendo em vista que se tratava da segunda vez que o jogador era condenado pelo uso da mesma substância anabólica (da primeira vez ele fora condenado a um ano de suspensão), declarou-o excluído imediata e vitaliciamente de qualquer competição no âmbito da FIFA²⁷.

Para julgar e impor decisão contra o órgão de arbitragem estatal, o Tribunal Arbitral do Esporte invocou fundamento tipicamente constitucional: a igualdade de tratamento dos diversos atletas envolvidos nos desportos transnacionais. O TAS rejeitou peremptoriamente o argumento de que caberia considerar “o laboratório mais favorável”, proposto pelo jogador com base no fato de que obtivera um resultado negativo em análise oferecida por laboratório não credenciado pela WADA. Residindo o fundamento dessa prevalência do julgamento do TAS sobre a decisão estatal do CAAD na necessidade de “assegurar o tratamento igual e consistente de todos os participantes de um esporte”²⁸, observa-se que também aqui está presente o problema potencial de uma colisão entre o princípio constitucional da igualdade, afirmado pela ordem jurídica esportiva transnacional, e o princípio da ampla defesa, baseado na ordem interna do Estado de direito e alegado de maneira implícita pelo jogador. Portanto, essa é uma questão que se enquadra plenamente no âmbito do transconstitucionalismo, exigindo conversações constitucionais construtivas entre ordem jurídica transnacional e ordem jurídica estatal.

²⁶ Em LOQUIN, ob. cit., p. 270.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Em LOQUIN, ob. cit., p. 262.

6. UM PROBLEMA TRANSCONSTITUCIONAL ENTRE ORDEM NORMATIVA DE COMUNIDADES INDÍGENAS E A ORDEM CONSTITUCIONAL DO ESTADO BRASILEIRO

Um outro lado do transconstitucionalismo aponta para a relação problemática entre as ordens jurídicas estatais e as ordens extra-estatais de coletividades nativas, cujos pressupostos antropológico-culturais não se compatibilizam com o modelo de constitucionalismo do Estado. Evidentemente, nesse caso, trata-se de ordens “arcaicas” que não dispõem de princípios ou regras secundárias de organização e, por conseguinte, não se enquadram no modelo reflexivo do constitucionalismo. A rigor, elas não admitem problemas jurídico-constitucionais de direitos humanos e de limitação jurídica do poder. Ordens normativas dessa espécie exigem, quando entram em colisão com as instituições da ordem jurídica constitucional de um Estado, um “transconstitucionalismo unilateral” de tolerância e, em certa medida, de aprendizado. Essa forma de transconstitucionalismo impõe-se, porque – embora as referidas ordens jurídicas, em muitas de suas normas e práticas, afastem-se sensivelmente do modelo de direitos humanos e de limitação jurídica do poder nos termos do sistema jurídico da sociedade mundial – a simples outorga unilateral de “direitos humanos” aos seus membros é contrária ao transconstitucionalismo. Medidas nessa direção tendem a ter consequências destrutivas sobre mentes e corpos, sendo contrárias ao próprio conceito de direitos humanos²⁹. Nesse contexto, há um paradoxo do transconstitucionalismo, pois ele se envolve em “conversações” constitucionais com ordens normativas que estão à margem do próprio constitucionalismo. Mas essa situação é resultante da necessidade intrínseca ao transconstitucionalismo de

²⁹A questão dos direitos humanos, no sentido rigoroso, deve ser compreendida hoje como ameaça à integridade de corpo/alma do homem individual por uma multiplicidade de processos de comunicação anônimos e independentes, atualmente globalizados” (TEUBNER, G., “Die Anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzung durch ‘private’ transnationale Akteure”, *Der Staat*, vol. 45, nº 2, 2006, pp. 161-87, 180).

não excluir o desenvolvimento de institutos alternativos que possibilitem um “diálogo” construtivo com essas ordens dos antropológico-culturalmente “diferentes”, baseadas milenarmente no território do respectivo Estado. Nesse contexto, embora limitado, o transconstitucionalismo não perde o seu significado para o desenvolvimento da dimensão normativa da sociedade mundial do presente.

A experiência latino-americana é rica de problemas jurídico-constitucionais decorrentes do entrelaçamento entre ordens normativas nativas e ordens constitucionais dos Estados, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais.

Um dos casos mais delicados apresentou-se recentemente na relação entre a ordem jurídica estatal brasileira e a ordem normativa dos índios Suruahá, habitantes do Município de Tapauá, localizado no Estado do Amazonas, que permaneceram isolados voluntariamente até os fins da década de 1970³⁰. Conforme o direito consuetudinário dos Suruahá, é obrigatório o homicídio dos recém-nascidos quando tenham alguma deficiência física ou de saúde em geral. Em outra comunidade, a dos indígenas Yawanawá, localizada no Estado do Acre, na fronteira entre Brasil e Peru, há uma ordem normativa consuetudinária que determina que se tire a vida de um dos gêmeos recém-nascidos. Nesse contexto, também se tornou público o fato de que práticas desse tipo eram comuns entre os Yanomami e outras etnias indígenas. Essa situação levou a polêmicas, pois se tratava de um conflito praticamente insolúvel entre direito de autonomia cultural e direito à vida. O problema já tomara destaque na ocasião em que uma indígena Yawanawá, em oficina de direitos humanos da Fundação Nacional do Índio, em 2002, descreveu a obrigatoriedade, em sua comunidade, da prática de homicídio de um dos gêmeos, apresentando-se como vítima dessa prática jurídica costumeira³¹.

³⁰SEGATO, R. L. “Que cada pueblo teja los hilos de su historia. El pluralismo jurídico en diálogo didáctico con legisladores”, em CHENAUT, V., GÓMEZ, M., ORTIZ, H. e Sierra, M. T. (dir.), *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización*, CIESAS, México/FLACSO, Quito, 2011, pp. 357-81,363.

³¹SEGATO, ob. cit., pp. 357 s.

Nesse contexto, a questão também foi apresentada como conflito entre direito de autonomia cultural e direito das mulheres. Passou, porém, a ter ampla repercussão pública em relação ao direito da criança à vida – sobretudo mediante a destacada difusão nos meios de comunicação de massa de grande influência – com a divulgação do resgate, por um casal de missionários, de uma criança com uma grave disfunção hormonal congênita, que estava condenada à morte entre os Suruahá³². Sobretudo a repercussão pública do costume dos Suruahá levou à proposição por parte do deputado federal Henrique Afonso, representante do Estado do Acre, do Projeto de Lei n.º 1.057, de 2007, destinado especificamente à criminalização dessa prática. A ementa desse projeto tem o seguinte teor: “Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais.”³³ Para fins de medidas específicas de combate a essas práticas, inclusive a criminalização daqueles que, em contato com a comunidade nativa, não fizessem a devida notificação às autoridades competentes, assim como das autoridades que não tomassem as providências cabíveis (artigos 3º, 4º e 5º), o artigo 2º, incisos I a VIII, do Projeto, previa a tipificação dos seguintes casos de “homicídio de recém-nascidos”: “em casos de falta de um dos genitores”; “em casos de gestação múltipla”; “quando estes são portadores de doenças físicas e/ou mentais”; “quando há preferência de gênero”; “quando houver breve espaço de tempo entre uma gestação anterior e o nascimento em questão”; “em casos de exceder o número de filhos apropriado para o grupo”; “quando estes possuírem algum sinal ou marca de nascença que os diferencie dos demais”; “quando estes são considerados de má sorte para a família ou para o grupo”. O Projeto originário também propunha a tipificação dos “homicídios de criança, em caso de crença de que a criança desnutrida é fruto de maldição, ou por qualquer outra crença que

³² Cf. SEGATO, ob. cit., p. 363.

³³ Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes> (acesso em 24/12/2008).

leve ao óbito intencional por desnutrição” (artigo 2º, inciso IX). Essas hipóteses previstas no Projeto, além de outras referentes a abusos sexuais, maus-tratos e outras agressões físico-psíquicas de crianças e seus genitores por fundamentos culturais e tradicionais (artigo 2º, incisos X, XI e XII), correspondem a práticas verificadas nas comunidades indígenas localizadas no território do Estado brasileiro. Esse Projeto deu ensejo a uma audiência pública na Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados³⁴. Embora não tenha logrado êxito, o contexto em que foi elaborado e a discussão que engendrou apontam para um caso singular de “diálogo” e colisão transconstitucional entre ordem jurídica estatal e ordens normativas locais das comunidades indígenas.

Os elaboradores e defensores do Projeto de Lei partiram primariamente da absolutização do direito fundamental individual à vida, nos termos da moral cristã ocidental. Secundariamente, também contribuiu para a proposição do Projeto o direito fundamental da mãe à maternidade. Essa postura unilateral pela imposição dos direitos individuais em detrimento da autonomia cultural das comunidades não pareceu adequada para os que se manifestaram em torno do problema em uma perspectiva

³⁴ Convocada pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados em agosto de 2007 e realizada em 5 de setembro de 2007 (cf. SEGATO, ob. cit., pp. 357 e 369). Posteriormente, esse projeto de lei foi profundamente alterado, reduzindo-se a declarações genéricas e a previsão de apoio às respectivas comunidades, nos seguintes termos:

Art.54-A. Reafirma-se o respeito e o fomento às práticas tradicionais indígenas, sempre que as mesmas estejam em conformidade com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal e com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos de que a República Federativa do Brasil seja parte.

Parágrafo único. Cabe aos órgãos responsáveis pela política indigenista oferecerem oportunidades adequadas aos povos indígenas de adquirir conhecimentos sobre a sociedade em seu conjunto quando forem verificadas, mediante estudos antropológicos, as seguintes práticas:

I - infanticídio;

II - atentado violento ao pudor ou estupro;

III - maus tratos;

IV - agressões à integridade física e psíquica de crianças e seus genitores.

antropológica mais abrangente. A simples criminalização das práticas indígenas, em nome da defesa do direito à vida, pode ser vista, outrossim, como um verdadeiro genocídio cultural, a destruição da própria comunidade, destruindo suas crenças mais profundas.

Com intensa participação no debate, inclusive na audiência pública realizada em 5 de setembro de 2007 na Câmara dos Deputados³⁵, as ponderações da antropóloga Rita Laura Segato contribuíram positivamente para o esclarecimento dessa colisão de ordens jurídicas, enfatizando a necessidade de um diálogo entre ordens normativas, em termos que se enquadram em um modelo construtivo de transconstitucionalismo. No contexto do debate, Segato reconheceu que tinha diante de si “a tarefa ingrata de argumentar contra essa lei, mas, ao mesmo tempo, de fazer uma forte aposta na transformação do costume”³⁶. No âmbito de sua argumentação, ela invocou pesquisa empírica sobre os Suruahá, na qual se verificou que, em um grupo de 143 membros da comunidade indígena, entre 2003 e 2005, houve dezesseis nascimentos, vinte e três suicídios, dois homicídios de recém-nascidos (denominados pelos antropólogos “infanticídio”, sem o sentido técnico-jurídico do tipo penal) e uma morte por doença. Ou seja, enquanto 7,6% das mortes ocorreram por “infanticídio”, houve 57,6% de mortes por suicídio entre os Suruahá. Essa situação aponta uma compreensão da vida bem distinta da concepção cristã ocidental. Entre essa comunidade indígena, a vida só tem sentido se não for marcada por excessivo sofrimento para o indivíduo e a comunidade, se for uma vida tranquila e amena. Assim se justificaria o homicídio de recém-nascido em determinados casos³⁷. O significado atribuído à vida e à morte pelos Suruahá não seria menos digno do que o sentido que lhes atribui o cristianismo: “Também constatamos que se trata de uma

³⁵ Cf. SEGATO, ob. cit., pp. 370 ss.

³⁶ SEGATO, ob. cit., p. 358.

³⁷ SEGATO, ob. cit., pp. 364 s.

visão complexa, sofisticada e de grande dignidade filosófica, que nada deve aos cristianismos.”³⁸

O argumento é fortificado com a referência à prática Yanomami, na qual a mulher tem direito absoluto sobre a vida dos seus recém-nascidos. O parto ocorre em ambiente natural, fora do contexto da vida social, deixando a opção à mãe: “se não toca o bebê nem o levanta em seus braços, deixando-o na terra onde caiu, significa que este não foi acolhido no mundo da cultura e das relações sociais, e que não é, portanto, humano. Dessa forma, não se pode dizer que ocorreu, na perspectiva nativa, um homicídio, pois aquele que permaneceu na terra não é uma vida humana.”³⁹ Essa concepção bem diversa da vida humana importa realmente um delicado problema que – parece-me – é incompatível com uma mera imposição de concepções externas sobre a vida e a morte, mediante aquilo que, em outro contexto, chamei paradoxalmente de “imperialismo dos direitos humanos”⁴⁰. E isso é válido não apenas de um ponto de vista antropológico-cultural ou antropológico-jurídico, mas também na perspectiva específica de um direito constitucional sensível ao transconstitucionalismo.

Impõe-se nesse contexto considerar a colisão entre duas perspectivas diversas dos direitos, procurando não “fazer injustiça” mediante a imposição de uma, a da ordem dos mais fortes, à outra, a da ordem dos mais fracos. De um lado está o direito à autonomia coletiva, do outro o direito à autonomia individual. Simplesmente submeter aquele, considerado expressão de uma forma ética de vida, a este, considerado expressão de uma moral universal que se apresenta como base dos direitos humanos⁴¹, não

³⁸ SEGATO, ob. cit., p. 364.

³⁹ SEGATO, ob. cit., p. 365.

⁴⁰ NEVES, M., “A força simbólica dos direitos humanos”, *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 4, 2005, pp. 23 e 27.

⁴¹ Klaus Günther, embora sustente que “a aplicação adequada de normas jurídicas não pode, *sem fundamento*, ofender formas de vida” (grifo meu), mostra-se antes favorável a uma tal orientação, quando sustenta que “as colisões entre princípios de justiça e orientações da vida boa, no nível pós-convencional, só podem ser resolvidas universalistamente, portanto, em favor da justiça” (GÜNTHER, K., *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988, p. 196). Cabe advertir, porém, que nos termos da teoria habermasiana da ação comunicativa e do discurso, segundo a qual Günther se orienta, haveria,

parece a solução mais oportuna em um modelo de transconstitucionalismo. Ao contrário, nesse contexto de colisão radical entre a ordem jurídica estatal e as ordens normativas indígenas, tem-se de considerar e ponderar entre “o direito à vida do sujeito individual e o direito à vida do sujeito coletivo”, como argui Segato⁴². No caso, a “ultracriminalização” das práticas do homicídio de recém-nascidos praticadas no interior das comunidades indígenas, proposta na versão original do Projeto de Lei n.º 1.057/2007, poderia ser “etnocida, ao eliminar valores culturais indispensáveis à vida biológica e cultural de um povo”⁴³. Assim sendo, tal solução legal teria implicações de difícil compatibilização inclusive com a ordem constitucional do Estado brasileiro⁴⁴. Parece ser necessária, nessas circunstâncias, a busca de outros caminhos.

A proposta que se afigura mais adequada ao transconstitucionalismo reside em garantir a “jurisdição ou foro étnico”, para que cada comunidade indígena “resolva seus conflitos e elabore seu dissenso interno por um caminho próprio”⁴⁵. Isso não implica simplesmente tolerância do mais poderoso, tampouco tolerância perante o intolerante⁴⁶, antes se trata de capacidade de admitir a autonomia do outro, isto é, da esfera de comunicação, do jogo de linguagem ou da forma de vida diferente do nativo, não

no caso, a colisão entre uma moral pós-convencional e uma pré-convencional. Sobre os níveis do desenvolvimento da consciência moral na teoria da evolução social de Habermas, ver NEVES, M., *Entre Têmis e Leviatã*, ob. cit., pp. 25 ss.

⁴² SEGATO, ob. cit., p. 367. A respeito, afirmou Segato na referida audiência pública, referindo-se “ao significado da expressão ‘direito à vida’” nesse contexto: “Essa expressão pode indicar dois tipos diferentes de direito à vida: o direito individual à vida, quer dizer, a proteção do sujeito individual de direitos, e o direito à vida dos sujeitos coletivos, isto é, o direito à proteção da vida dos povos em sua condição de povos” (SEGATO, ob. cit., p. 372).

⁴³ SÁNCHEZBOTERO, E., *Entre el Juez Salomón y el Dios Sira. Decisiones interculturales e interés superior del niño*. Universidad de Amsterdam y Unicef, Bogotá, 2006, p. 156, também citada por SEGATO, ob. cit., p. 367.

⁴⁴ E especificamente por força do disposto no art. 231, *caput*, da Constituição Federal: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”

⁴⁵ SEGATO, ob. cit. pp. 375 e 377.

⁴⁶ RAWLS, J., *A Theory of Justice* [1972], Oxford University Press, Oxford, 1990, pp. 216-21.

submetida aos modelos do constitucionalismo estatal. Muito menos cabe falar de sociedades “decentes” e “indecentes”, ou seja, dignas ou indignas do “diálogo” com as sociedades “liberais” do Estado democrático constitucional⁴⁷, como se não estivéssemos na mesma sociedade mundial, com colisões e conflitos entre domínios de comunicação e jogos de linguagem. Mas cabe ponderar que, não só de um ponto de vista antropológico, mas também na perspectiva do transconstitucionalismo, diante dos dissensos e conflitos no interior das comunidades indígenas, inclusive em torno da prática do homicídio de recém-nascidos, “o papel do Estado, na pessoa dos seus agentes, terá de ser o de estar disponível para supervisionar, mediar ou interceder com o fim único de garantir que o processo interno de deliberação possa ocorrer livremente, sem abuso por parte dos mais poderosos no interior da sociedade.”⁴⁸ Assim, neste contexto, a postura transconstitucional apresenta-se na limitação jurídica do poder abusivo dentro da comunidade. Isso porque, caso haja manipulação das decisões comunitárias pelos mais poderosos, sem legitimidade na ordem normativa respectiva, desaparece a autonomia étnica de que se parte para o “diálogo” constitucional. Portanto, observa-se, dessa maneira, que nenhuma forma de apresentação de autonomia de esferas sociais, inclusive das construídas por comunidades nativas não diferenciadas funcionalmente, tem um caráter absoluto, sendo todas relativas no âmbito da sociedade mundial do presente.

Esse delicado problema não se restringe ao dilema entre relativismo ético (das culturas particulares) e universalismo moral (dos direitos dos homens), antes aponta para o convívio de ordens

⁴⁷ RAWLS, J., *The Law of Peoples, with “The Idea of Public Reason Revisited”*, Harvard University Press, Cambridge, MA/Londres, 1999, pp. 4 s. e 59 ss.

⁴⁸ SEGATO, ob. cit., p. 375. A esse respeito, acrescenta SEGATO (ob. cit., 375 s.): “Tampouco se trata de solicitar a retirada do Estado, porque, como atestam as múltiplas demandas por políticas públicas colocadas perante o mesmo pelos povos indígenas a partir da Constituição de 1988, depois da intensa e perniciosa desordem instalada pelo contato, o Estado já não pode, simplesmente, ausentar-se. Deve permanecer disponível para oferecer garantias e proteção quando convocado por membros das comunidades, sempre que essa intervenção ocorra em diálogo entre os representantes do Estado e os representantes da comunidade em questão. Seu papel, nesse caso, não poderá ser outro, a não ser o de promover e facilitar o diálogo entre os poderes da aldeia e seus membros mais frágeis.”

jurídicas que partem de experiências históricas diversas⁴⁹, exigindo especialmente por parte do Estado constitucional uma postura de moderação relativamente à sua pretensão de concretizar suas normas específicas, quando essas entrem em colisão com normas de comunidades nativas fundadas em bases culturais essencialmente diferentes. A discricção e o comedimento, nesse caso, parecem ser a via que pode levar a conversações construtivas que estimulem autotransformações internas das comunidades indígenas para uma relação menos conflituosa com a ordem estatal. A tentativa de buscar modelos internos de otimização, nos termos da teoria dos princípios, pode ser desastrosa nessas circunstâncias. Em relação ao “outro”, à ordem diversa dos nativos, cabe antes uma postura transconstitucional de autocontenção dos direitos fundamentais cuja otimização possa levar à desintegração de formas de vida, com consequências destrutivas para os corpos e as mentes dos membros das respectivas comunidades.

7. O TRANSCONSTITUCIONALISMO

PLURIDIMENSIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA

O transconstitucionalismo não se restringe a relações entre duas ordens jurídicas, podendo envolver entrelaçamentos triangulares ou multiangulares entre ordens jurídicas em torno de um mesmo problema constitucional. Especialmente no tocante aos direitos humanos, verifica-se um transconstitucionalismo pluridimensional envolvendo diversas ordens jurídicas, que se desenvolve, igualmente, de formas as mais diferentes, na América Latina.

Nessa matéria, a invocação de precedentes a outras ordens jurídicas não se restringe ao direito constitucional de estados

⁴⁹ Cf. SEGATO, ob. cit., pp. 375-7; ver, de maneira mais abrangente, SEGATO, R. L., “Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais”, *Mana: Estudos de antropologia social*, 12(1), 2006, pp. 207-236. A respeito da relação intrínseca entre universalismo e diferença, ver NEVES, M. “Justicia y Diferencia en una Sociedad Global Compleja”, *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 24, 2001, pp. 349-377.

estrangeiros, conforme tratado no item 4 deste artigo, mas também às normas convencionais do direito internacional e à jurisprudência de tribunais internacionais. No acima mencionado julgamento do *Habeas Corpus* 82.424/RS⁵⁰, em que o STF caracterizou como crime de racismo a publicação de livro com conteúdo anti-semítico (negação da existência do holocausto), para concluir pela sua imprescritibilidade, além da farta referência ao direito estrangeiro, foram citados inumeráveis atos e normas de direito internacional público, assim como se invocou o caso *Jersild v. Dinamarca*, julgado pela Tribunal Europeu de Direitos Humanos em setembro de 1994⁵¹. Em muitos outros julgamentos, o STF apresentou indicações de sua disposição para integrar-se em um diálogo transconstitucional no sistema mundial multicêntrico, no qual diversas ordens jurídicas são articuladas concomitantemente para a solução de problemas constitucionais de direitos humanos⁵². E aqui não se trata da adoção de um simples “modelo de convergência” com base no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal e, posteriormente, com fundamento nos §§ 3º e 4º do mesmo dispositivo, introduzidos pela Emenda Constitucional n.º 45/2004. Muito menos, cabe o regresso a um “modelo de resistência” a partir de uma interpretação paroquial desses dispositivos constitucionais. O caminho mais adequado em matéria de direitos humanos parece ser o “modelo de articulação” [“*engagement model*”]⁵³, ou melhor, de entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas, de tal maneira que todas se apresentem capazes de reconstruírem-se permanentemente mediante o aprendizado com as experiências de ordens jurídicas interessadas concomitantemente na solução dos mesmos problemas jurídicos constitucionais de direitos fundamentais ou direitos humanos. A alternativa absoluta “convergência ou

⁵⁰ HC 82.424/RS, 17/11/2003, TP, DJ 19/03/2004.

⁵¹ STEDH *Jersild v. Denmark*, de 23 de setembro de 1994.

⁵² Cf. HC 82.959/SP, de 23/02/2006, DJ 01/09/2006; e referências das notas 18 e 19.

⁵³ Sobre a distinção entre “modelo de convergência”, “modelo de divergência” e “modelo de articulação” [“*engagement model*”], ver JACKSON, V. C., “Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement”, *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005, pp. 109-28.

resistência” carrega, respectivamente, elementos potenciais de autodestruição da própria ordem constitucional ou de heterodestruição de outras ordens jurídicas.

Indo além da invocação de normas e precedentes de outras ordens jurídicas, especialmente estrangeiras e internacionais, por cortes nacionais, destacam-se casos em que decisões de tribunais cortam transversalmente ordens jurídicas diversas em matéria de direitos fundamentais e direitos humanos, com força vinculante. A esse respeito, parece-me de uma relevância especial a decisão da Corte Interamericana de Direito Humanos, nos julgamentos dos casos *YakyeAxa vs. Paraguai* e *Sawhoyamaxa vs. Paraguai*⁵⁴, no qual se decidiu sobre o direito de propriedade sobre territórios das comunidades indígenas YakyeAxa e Sawhoyamaxa, localizadas no Paraguai. Nesses interessantes casos, a CorteIDH decidiu não conforme o conceito técnico-jurídico de propriedade privada definido nos termos do direito constitucional estatal, mas sim levando em conta primariamente a noção cultural de “propriedade ancestral” das comunidades indígenas sobre os respectivos territórios, sedimentada historicamente em suas tradições. Assim, deixando em segundo plano um direito fundamental assegurado constitucionalmente no plano *estatal*, a CorteIDH argumentou favoravelmente aos direitos de comunidade *local extra-estatal* sobre o seu território, para assegurar direitos humanos garantidos no nível internacional. Esse entrelaçamento multiangular em torno dos direitos humanos e fundamentais não seria possível, se não houvesse uma disposição, nas diversas ordens, especialmente na estatal, para ceder às exigências das perspectivas de outras ordens normativas em relação ao significado e abrangência de direitos colidentes.

⁵⁴ CorteIDH *Comunidad Indígena YakyeAxa vs. Paraguay*, de 17 de junho de 2005 (para a análise desse caso, ver RAMÍREZ, A. D., “El caso de la comunidad indígena YakyeAxa vs. Paraguay”, *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, nº 41, 2005, pp. 349-64); CorteIDH *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, de 29 de março de 2006, (para resumos de ambos os casos, ver PIOVESAN, F., “Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional”, em SARMENTO, D., IKAWA, D. e PIOVESAN, F. [dir.], *Igualdade, diferença e direitos humanos*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, pp. 47-76, 71-3).

Problemas de entrelaçamento pluridimensional em torno dos direitos humanos também se apresentam no caso das comunidades indígenas cujo homicídio de recém-nascido é legitimado, questão que já considerei no tópico anterior, ao tratar especialmente do transconstitucionalismo entre ordens estatais e locais extra-estatais. Mas, nesse caso, é relevante a Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais⁵⁵, cujo art. 8º, nº 2, prescreve: “Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos [...]”. Esse preceito torna mais complicada a colisão das ordens locais nativas com a ordem dos direitos fundamentais estatais e dos direitos humanos internacionais. Uma interpretação literal desse dispositivo, em nome da proteção absoluta da vida dos recém-nascidos, levaria tendencialmente a um etnocídio contra as respectivas comunidades indígenas. Parece-me que os argumentos apresentados no item anterior, não perdem o seu significado em virtude dessa referência ao direito internacional. Nesses casos, cabe não apenas uma releitura complexamente adequada tanto das normas estatais de direitos fundamentais quanto das normas internacionais de direitos humanos. Um universalismo superficial dos direitos humanos, baseado linearmente em uma certa concepção ocidental ontológica de tais direitos, é incompatível com um “diálogo” transconstitucional com ordens nativas que não correspondem a esse modelo. Ao contrário, a negação de um diálogo construtivo com as ordens indígenas em torno dessas questões delicadas é contrária aos próprios direitos humanos, pois implicaria uma “ultracriminalização” de toda a comunidade de autores e co-autores dos respectivos atos, afetando-lhes indiscriminadamente corpo e mente mediante uma ingerência destrutiva. No âmbito de

⁵⁵ A respeito dessa Convenção, ver a breve exposição de WOLFRUM, R., “The Protection of Indigenous Peoples in International Law”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, nº 59, 1999, pp. 369-82.

um transconstitucionalismo positivo impõe-se, nesses casos, uma disposição das ordens estatais e internacionais de surpreender-se em um aprendizado recíproco com a experiência do outro, o nativo em sua autocompreensão.

Por fim, um exemplo interessante envolve a própria ordem jurídica brasileira. Trata-se do caso da importação de pneus usados pelo Brasil. Essa controvérsia envolve tanto o direito constitucional brasileiro e as ordens jurídicas uruguaia e paraguaia quanto o direito do Mercosul e a ordem jurídica da OMC. Em 17 de dezembro de 2007, o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC, ao adotar informe do Órgão de Apelação da OMC, de 3 de dezembro 2007, que reformara informe do Grupo Especial, de 12 de julho de 2007, decidiu favoravelmente ao recurso interposto pelo Brasil, com base em argumentos referentes à proteção do meio ambiente, para que fosse proibida a importação de pneus usados provenientes da União Europeia. Entretanto, essa decisão estabeleceu que a política brasileira de continuar importando pneus usados do Paraguai e do Uruguai implicava discriminação e, portanto, deveria ser abolida, não tendo sido aceita a alegação brasileira de que o número de pneus recauchutados importados do Paraguai e do Uruguai não era significativo⁵⁶. Mais tarde, em laudo arbitral no âmbito da OMC, por solicitação das Comunidades Europeias, decidiu-se que o prazo para o Brasil cumprir as recomendações e resoluções do Órgão de Solução de Controvérsias encerrar-se-ia um ano a partir da data da adoção por este dos informes do Grupo Especial e do Órgão de Apelação (17 de Dezembro de 2007), o que significa que o termo final foi o dia 17 de dezembro de 2008⁵⁷.

O problema decorrente dessa condição imposta pela decisão do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC consiste em que o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul já rejeitara pretensão

⁵⁶ WT/DS332/AB/R; WT/DS332/R.

⁵⁷ WT/DS/332/16, de 29/08/2008. A respeito desse caso, ver PEROTTI, A. D., “¿Quién paga los costos del incumplimiento de las sentencias del Tribunal Permanente de Revisión (MERCOSUR)? Responsabilidad del Estado por violación del Derecho de la integración”, *El Derecho – ED, Suplemento de Derecho Administrativo*, 31 de março de 2009, pp. 1-8.

da Argentina de que fosse proibida a importação de recauchutados oriundos do Uruguai, tendo corroborado posteriormente sua decisão anterior, por entender que uma tal proibição ofenderia as normativas do Mercosul⁵⁸. O Brasil tentou inicialmente contornar ambas as decisões, procurando propor um limite ao número de pneus recauchutados a serem importados do Uruguai e do Paraguai, o que levou a uma situação conflituosa em relação, ao mesmo tempo, às normas do Mercosul e da OMC, em sentidos diametralmente opostos. Mas os conflitos entre órgãos administrativos que estabeleceram normas proibindo a importação de pneus recauchutados e órgãos judiciais que declararam essas normas inconstitucionais levaram a um quiproquó em torno da questão no âmbito do Estado brasileiro.

A situação complicou-se, tendo em vista que uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 2, da Constituição Federal) fora proposta pela Presidência da República em 29 de setembro de 2006 (ADPF 101/2006), na qual se pediu que fossem declaradas inconstitucionais e ilegais decisões judiciais que vinham admitindo a importação de recauchutados com base no argumento de que as normas infraconstitucionais que vedam essa prática seriam inconstitucionais. A ADPF fundamentou-se basicamente na alegação de que o art. 225 da Constituição Federal estaria sendo violado mediante essas decisões. O *caput* desse dispositivo constitucional prescreve: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” A relevância da questão levou à realização de uma audiência pública em 27 de junho de 2008⁵⁹.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, pelo provimento parcial da ADPF 101/2006, proibindo, em geral, a

⁵⁸ Laudo 1/2005, de 20 de dezembro de 2005; Laudo 1/2007, de 8 de julho de 2007; Laudo 1/2008, de 25 de abril de 2008.

⁵⁹ Cf. o sítio oficial do STF:

<http://www.stf.ius.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf101> (último acesso em 24/11/2008).

importação de pneus recauchutados, mas admitindo algumas exceções para a importação de pneus remoldados com base em normas do Mercosul e garantindo a coisa julgada⁶⁰. Dessa maneira, a controvérsia foi sanada do ponto de vista do direito interno. Nada obstante, a situação aponta para dificuldades prementes de afastar um constitucionalismo provinciano no caso brasileiro. Ao mesmo tempo, evidencia a grande dificuldade de se conseguir um nível de solução satisfatório para todas as ordens envolvidas. Uma exigência fundamental é, porém, que haja um mínimo de consistência interna das decisões, para que as soluções propostas não caiam no descrédito. A posição do Brasil, que, conforme o setor do poder público, tomou posições inteiramente contrárias ou favoráveis à importação de pneus recauchutados, assim como rejeitou a importação de pneus usados da União Europeia com base em argumentos ecológicos e referentes ao direito à saúde, mas, simultaneamente, admitiu a importação do mesmo produto quando proveniente do Uruguai e do Paraguai, mostrou-se inconsistente tanto do ponto de vista interno quanto internacional: essa confusão não era satisfatória nem para a OMC nem para o Mercosul, muito menos para uma perspectiva consistente do direito constitucional estatal concernente à proteção do meio ambiente. Até o julgamento da ADPF 101/2006 (uma decisão que, embora possa ser suscetível de críticas, estabilizou a situação), a prática inconsistente e oportunista revelou que o caminho percorrido pelo Brasil, no caso da importação dos pneus usados, afastou-se de um modelo aberto às exigências do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas, antes se aproximando de uma mistura de “pragmatismo” simplório na política externa e provincianismo jurídico-constitucional. Nesse particular, impõe-se, cada vez mais, uma revisão dos paradigmas constitucionais, possibilitando uma “conversação” transconstitucional mais sólida com ordens normativas entrelaçadas em torno de problemas no sistema jurídico mundial

⁶⁰ STF, ADPF 101/DF, 24/06/2009, DJe 04/06/2012. Pela improcedência da ADPF votou apenas o Ministro Marco Aurélio.

multicêntrico, especialmente por parte do Supremo Tribunal Federal. Isso não deve significar, porém, arroubos ou bravatas internacionalistas, transnacionalistas ou supranacionalistas em detrimento da ordem constitucional brasileira, mas sim a afirmação dessa ordem como parceira na construção de um transconstitucionalismo multiangular.

8. OBSERVAÇÃO FINAL

Uma transformação profunda tem ocorrido, nas condições hodiernas da sociedade mundial, no sentido da superação do constitucionalismo provinciano ou paroquial pelo transconstitucionalismo. Essa transformação deve ser levada a sério, inclusive na América Latina. O Estado deixou de ser um *locus* privilegiado de solução de problemas constitucionais. Embora fundamental e indispensável, é apenas um dos diversos *loci* em cooperação e concorrência na busca do tratamento desses problemas. A integração sistêmica cada vez maior da sociedade mundial levou à desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais, que, por assim dizer, emanciparam-se do Estado. Essa situação não deve levar, porém, a novas ilusões, na busca de “níveis invioláveis” definitivos: internacionalismo como *ultima ratio*, conforme uma nova hierarquização absoluta; supranacionalismo como panacéia jurídica; transnacionalismo como fragmentação libertadora das amarras do Estado; localismo como expressão de uma eticidade definitivamente inviolável⁶¹.

Contra essas tendências, o transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional – a saber, de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder –, que lhes seja concomitantemente relevante, devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para

⁶¹ O “nível inviolável” pode envolver-se, no dinâmico jogo transconstitucional, com outros níveis (entrelaçados) em um “nível superentrelaçado”, nos termos de HOFSTADTER, D., *Gödel, Escher, Bach: an Eternal Golden Braid*, The Harvester Press, Hassocks, 1979, pp. 686 ss.

solucioná-lo. Sua identidade é reconstruída, dessa maneira, enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro. Isso me parece frutífero e enriquecedor da própria identidade porque todo observador tem um limite de visão no “ponto cego”, aquele que o observador não pode ver em virtude da sua posição ou perspectiva de observação⁶². Mas, se é verdade, considerando a diversidade de perspectivas de observação de *alter* e *ego*, que “eu vejo o que tu não vês”⁶³, cabe acrescentar que o “ponto cego” de um observador pode ser visto pelo outro. Nesse sentido, pode-se afirmar que o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: *o ponto cego, o outro pode ver*.

⁶² VON FOERSTER, H. “On Constructing Reality”, em VON FOERSTER, H., *Observing Systems*, Intersystems Publications, Seaside, 1981, pp. 288-309, 288-9.

⁶³ LUHMANN, N., “Ich sehe was, was Du nicht siehst”, em Luhmann, N., *Soziologische Aufklärung 5: Konstruktivistische Perspektiven*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1990, pp. 228-34.

9

O CASO BRASILEIRO

George Galindo
Universidade de Brasília
Antonio Maués
Universidade Federal do Pará

1. AS RELAÇÕES ENTRE OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A LEGISLAÇÃO NACIONAL**1.1. Tipos de fontes externas reconhecidas e admitidas pelo ordenamento constitucional interno**

É possível dizer que, desde sua independência, em 1822, o Estado brasileiro tem se engajado ativamente na construção e no cumprimento de normas de direito internacional. Embora, em diversos momentos, as ações governamentais tenham se colocado frontalmente contra o direito internacional, é importante ressaltar que, em geral, o discurso da legalidade tem cumprido um papel fundamental na condução da diplomacia brasileira desde os seus primórdios.

Nesse sentido, tomando como ponto de partida o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e o seu rol de fontes reconhecidas pela comunidade internacional, o direito brasileiro tem, tradicionalmente, aceito a existência do tratado, do costume e dos princípios gerais de direito. Certo que, para a incorporação dessas normas ao ordenamento interno, alguns requisitos e procedimentos são exigidos, mas isso não afeta seu reconhecimento.

Todas as constituições brasileiras se referem a tratados. Na Constituição Federal de 1988 eles são mencionados de diversas maneiras. Em especial, tratados de direitos humanos aparecem, expressamente, três vezes no texto constitucional (art. 5º, §§ 2º e

3º e art. 109, § 5º)¹. Sua existência no ordenamento jurídico interno é, portanto, incontestável, sendo farta a jurisprudência, em diferentes tribunais domésticos, sobre a aplicação e interpretação desse tipo de fonte no direito nacional.

O costume internacional não é expressamente mencionado na Constituição Federal de 1988, embora a inserção de referências ao direito internacional geral tenha sido debatida durante a Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988). A jurisprudência dos tribunais superiores, no entanto, já se referiu ao direito internacional consuetudinário algumas vezes. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal (STF) estabeleceu que a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro decorre dos costumes internacionais.² O Superior Tribunal de Justiça (STJ), também em relação ao mesmo tema, tem mencionado a existência de costumes internacionais, aos quais o Estado brasileiro estaria vinculado.³ O mesmo se aplica a normas internacionais consuetudinárias de direitos humanos.

Os princípios gerais de direito são reconhecidos no direito brasileiro, embora, de acordo com a chamada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, sua aplicação somente possa acontecer quando a lei “for omissa”.⁴ Dentro dessa lógica,

¹ Art. 5º, § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Art. 5º, § 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição.

Art. 109, § 5º. Nas hipóteses de grave violação a direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

² Cf. STF. ACi 9.705. Rel. min. Moreira Alves. Pleno. DJ de 23.10.1987.

³ Cf. STJ. AC 7. Rel. min. Eduardo Ribeiro. Terceira Turma. DJ de 30.04.1990, STJ. RO 39. Rel. min. Jorge Scartezini. Quarta Turma. DJ de 06.03.2006 e STJ. RO 62. Rel. min. Ari Pargendler. Terceira Turma. DJe de 03.11.2008.

⁴ “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Decreto-Lei 4.657/1942 (com redação dada pela Lei 12.376/2010).

poderiam eles ser mais adequadamente enquadrados como espécie de fonte auxiliar do direito.

Ainda tomando o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça como referência, cabe indagar sobre a relação entre o direito brasileiro e as fontes auxiliares de direito internacional.

As decisões de tribunais internacionais e a doutrina, aparentemente, não são reconhecidas como fontes de direito interno. Em relação às primeiras, percebe-se, como se falará mais adiante, que seu uso tem se tornado crescente por parte de tribunais nacionais, ainda não, porém, ao ponto de reconhecer-se formalmente sua obrigatoriedade como fonte interna. A doutrina é um recurso constante de operadores do direito na tradição brasileira. Entretanto, seu reconhecimento como fonte de direito interno é extremamente duvidoso devido à ausência de permissão para que o administrador ou o julgador a aplique com caráter de obrigatoriedade.

1.2. Procedimento de incorporação das fontes externas ao ordenamento interno

Os tratados de direitos humanos possuem, basicamente, o mesmo procedimento de incorporação ao direito brasileiro que os demais tratados, tradicionalmente denominado de “procedimento complexo”. A única diferença relevante diz respeito ao trâmite no Congresso Nacional, quando se pretende que um tratado adquira o status equivalente ao das emendas constitucionais (art. 5º, § 3º). Nesse caso, os tratados de direitos humanos terão de ser aprovados por 3/5 dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, respectivamente, em dois turnos de votação, em cada uma das casas. Não há, contudo, uma obrigatoriedade para que os tratados de direitos humanos passem por tal procedimento específico, podendo ser aprovados no Congresso Nacional da mesma maneira que tratados sobre outras temáticas.⁵

⁵ Essa similitude não é propriamente estabelecida de maneira normativa, mas pela prática dos poderes constituídos, que decidiram aplicá-la aos tratados de direitos humanos.

O procedimento, portanto, para a incorporação dos tratados (inclusive de direitos humanos) se inicia com o envio pelo Presidente da República do texto traduzido (quando for o caso) ao Congresso Nacional. O trâmite legislativo dos tratados se inicia sempre na Câmara dos Deputados, onde, após apreciação por parte de comissões internas, deve ser aprovado no Plenário por maioria simples (exceção para o caso dos tratados enviados pelo Presidente da República na forma do art. 5º, § 3º, que deverão observar o quórum de 3/5 e votação em dois turnos). Trâmite essencialmente idêntico acontece no Senado Federal, com apreciação das comissões internas e do Plenário, quando o quórum de maioria simples deve ser obtido (novamente com a mesma exceção aplicada na Câmara dos Deputados aos tratados disciplinados no art. 5º, § 3º). A fase parlamentar de incorporação do tratado é finalizada pela publicação de um Decreto Legislativo, que possui a exclusiva função de aprovar o texto do tratado, e o seu encaminhamento ao Chefe do Poder Executivo Federal.

Retornado o tratado ao Presidente da República, possui este a faculdade de ratificá-lo ou a ele aderir. Após a ratificação ou adesão, o tratado é definitivamente incorporado ao direito interno, por meio da promulgação e publicação de um Decreto (presidencial). Somente com a junção dos dois decretos (do Legislativo e do Executivo), pode-se dizer que o tratado está regularmente incorporado ao direito interno. Em virtude da necessidade dos dois atos, muitos afirmam que o procedimento de incorporação de tratados ao direito interno constitui-se um “ato complexo”.⁶ Importante notar que, segundo a jurisprudência do STF, somente após a promulgação e publicação do tratado na forma de um Decreto adquire ele validade no direito interno.⁷ Essa posição tem levado muitos a acreditar que, do ponto de vista da incorporação de tratados, o ordenamento jurídico brasileiro poderia

⁶ Ver, v.q., MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de, *O Poder de Celebrar Tratados: Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1995, pp. 457-473.

⁷ Cf. STF. ADI MC 1.480. Rel. min. Celso de Mello. Pleno. DJ de 18.05.2001.

ser considerado dualista, pela necessidade de “transformação” do tratado em um ato com força de lei: o decreto.⁸

Não obstante a similitude no procedimento de incorporação de tratados de direitos humanos e dos demais tratados, é importante perceber que várias dúvidas se colocam desde a inserção do § 3º ao art. 5º. A Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu o dispositivo, deveria ter detalhado mais o procedimento de incorporação desses tratados. Mencionaremos, brevemente, apenas três desses problemas.

Primeiramente, não se sabe ao certo quem possui iniciativa para que um tratado de direitos humanos seja aprovado na forma do § 3º do art. 5º. Não é razoável acreditar que, tal como os outros tratados, somente o Presidente da República possa fazê-lo. A Constituição Federal de 1988 permite a vários interessados o poder de iniciativa de emendas, inclusive aos próprios parlamentares. O reconhecimento de uma amplitude desse tipo seria importante no direito brasileiro.

Em segundo lugar, é duvidoso que os tratados de direitos humanos devam ser promulgados da mesma maneira que outros tratados: por meio de um Decreto presidencial. Isso por duas razões básicas: (a) emendas constitucionais são promulgadas por ato conjunto dos presidentes das duas casas do Congresso Nacional, que agem como poder constituinte derivado; é estranho que, em tratados, não haja um procedimento similar; (b) nos tratados em geral, o Presidente da República possui a discricionariedade de ratificar um tratado; é estranho que tal faculdade seja reconhecida também no caso dos tratados de direitos humanos, em virtude da redação do § 3º do art. 5º, que estabelece que o status equivalente ao de emenda “será” concedido aos tratados de direitos humanos simplesmente pelo fato de serem aprovados pelo Congresso Nacional.

Um terceiro problema diz respeito à “qualificação” dos tratados de direitos humanos. Uma vez que a Constituição não

⁸ Ver, v.g. RODAS, João Grandino, *A Publicidade dos Tratados Internacionais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, pp. 199-200.

estabelece o conteúdo do que sejam direitos humanos, é importante que esse conceito permaneça em aberto para uma necessária adaptação a realidades diversas. No próprio direito internacional, direitos humanos têm sido encontrados em tratados que, tradicionalmente, não são considerados como lidando com problemas relativos à dignidade humana, como a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, por exemplo.⁹

Portanto, é imprescindível que, no futuro, um procedimento mais específico, aplicável aos tratados de direitos humanos, seja desenvolvido no Brasil.

1.3. Relações entre as fontes externas e as normas internas

Desde a promulgação da Constituição de 1988, verificou-se um grande debate sobre a interpretação de seu art. 5º, § 2º. Mesmo que Constituições anteriores afirmassem que o elenco de direitos previsto no texto constitucional não era exaustivo, a referência aos direitos reconhecidos em tratados internacionais aparecia, pela primeira vez, na história constitucional brasileira. A relevância prática desse debate residia no fato de que o Brasil havia ratificado uma série de tratados internacionais de direitos humanos após a promulgação da Constituição de 1988, o que exigia uma definição sobre o nível hierárquico dessas normas no direito interno.

No âmbito doutrinário, podiam ser identificadas três posições distintas sobre o tema:

- a) Nível supra-constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos;¹⁰
- b) Nível constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos: de acordo com esse ponto de vista, os direitos

⁹ Cf. v.q. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *La Grand (Germany vs United States of America)*. Judgment, ICJ Reports 2001 e Corte IDH *Opinión Consultiva OC-16/99 (El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal)*, de 1º de outubro de 1999.

¹⁰ Cf. ALBUQUERQUE MELLO, Celso Duviuier de, "O § 2º do art. 5º da Constituição Federal", em TORRES, Ricardo Lobo (org.), *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, pp. 1-33.

fundamentais reconhecidos pela Constituição de 1988 podem ser classificados em três grupos: os direitos expressos na Constituição; os direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Lei Maior; os direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. Assim, a referência da Constituição aos direitos decorrentes de tratados internacionais lhes confere uma “hierarquia especial e diferenciada”, de nível constitucional, em relação aos demais tratados, que teriam natureza infra-constitucional;¹¹

- c) Nível legal dos tratados internacionais de direitos humanos: para essa corrente, a cláusula do art. 5º, § 2º, limita-se a reconhecer a incorporação dos direitos decorrentes dos tratados internacionais ao direito interno. Dentre os principais argumentos em favor dessa tese, encontra-se a sujeição dos tratados internacionais ao controle de constitucionalidade, tanto concentrado (art. 102, I, a), quanto difuso (art. 102, III, b), e o fato de que os tratados são aprovados pelo Congresso Nacional pelo mesmo quorum de maioria simples exigido para as leis ordinárias.¹²

Durante vários anos, o STF optou pela última posição, mantendo precedente do regime constitucional anterior,¹³ que estabelecia que os tratados internacionais incorporam-se ao direito interno no mesmo nível da lei, podendo, portanto, ser revogados por lei posterior ou deixar de ser aplicados em favor de lei específica.

¹¹ Cf. PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1997, p. 89.

¹² Cf. ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed, São Paulo, Saraiva, 1999, pp. 144-145.

¹³ Cf. STF. RE 80.004. Rel. min. Xavier de Albuquerque. Pleno. DJ de 29.12.1977: “Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-Lei nº 427/69, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título”.

Assim, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.347,¹⁴ o STF recusou a utilização dos tratados internacionais como parâmetro do controle de constitucionalidade, negando que Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) pudessem fundamentar a declaração de inconstitucionalidade de Portarias do Ministério do Trabalho. Essa ADI não foi conhecida pelo STF, pois não envolvia violação direta da Constituição: “Revelar-se-á processualmente inviável a utilização da ação direta, quando a situação de inconstitucionalidade – que sempre deve transparecer imediatamente do conteúdo material do ato normativo impugnado – depender, para efeito de seu reconhecimento, do prévio exame comparativo entre a regra estatal questionada e qualquer outra espécie jurídica de natureza infraconstitucional, como os atos internacionais – inclusive aqueles celebrados no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (O.I.T.) – que já se acham incorporados ao direito positivo interno do Brasil, pois os tratados concluídos pelo Estado Federal possuem, em nosso sistema normativo, o mesmo grau de autoridade e de eficácia das leis nacionais”.

A principal referência dessa jurisprudência encontra-se na ADI nº 1.480,¹⁵ que buscava a declaração de inconstitucionalidade da Convenção nº 158 da OIT em face do art. 7º, I da Constituição Federal. Segundo o STF: “No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição de República. Em conseqüência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. (...) Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias,

¹⁴ Cf. STF. ADI MC 1.347. Rel. min. Celso de Mello. Pleno. DJ de 05.09.1995.

¹⁵ Cf. STF. ADI MC nº 1.480. Rel. min. Celso de Mello. Pleno. DJ de 18.05.2001.

havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. (...) A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, aplicação alternativa do critério cronológico (“*lex posterior derogat priori*”) ou, quando cabível, do critério da especialidade.”

O STF também manteve esse entendimento no que se refere aos tratados internacionais de direitos humanos, não admitindo qualquer particularidade decorrente do disposto no art. 5º, § 2º. Essa orientação tornou-se nítida nos casos que colocaram em conflito disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e da Constituição Federal (CF). No mais famoso deles, opôs-se o art. 7º, .7 da CADH (“Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”) ao art. 5º, LXVII, da CF (“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”).

Como se nota, a Constituição de 1988 estabelece uma segunda hipótese de prisão por dívida, não contemplada na CADH. O STF julgou que a prisão do depositário infiel continuava constitucional mesmo após a ratificação do Pacto de São José pelo Brasil, não reconhecendo, nesse caso, nem mesmo a aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*, pois a norma constitucional autorizaria o legislador a editar uma lei especial. Dá-se, como exemplo, a decisão no Recurso Extraordinário (RE) nº 253.071, assim ementado: “Essa Corte (...) firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma

infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel”.¹⁶ Observa-se, nesses casos, que o STF admitiu inclusive a equiparação feita pela legislação infra-constitucional entre a figura do depositário infiel (art. 1.287 do então vigente Código Civil) e do devedor alienante (Decreto-Lei 911/69), apesar das diferenças entre os dois institutos.

Um primeiro sinal de mudança na jurisprudência do STF foi verificado no julgamento do Recurso em Habeas Corpus (RHC) nº 79.785, em 2000.¹⁷ Nesse julgamento, embora negasse ao duplo grau de jurisdição o caráter de uma garantia constitucional absoluta, limitando, portanto, a aplicabilidade do art. 8.2.,h da CADH,¹⁸ o ministro Sepúlveda Pertence admitia que os tratados internacionais de direitos humanos, ainda que posicionados abaixo da Constituição, deveriam ser dotados de “força supra-legal”, de modo a dar aplicação direta às suas normas, até mesmo contra leis ordinárias, “sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.”

Em 2008, o STF modificou sua orientação, passando a considerar “ilícita” a prisão civil do depositário infiel, chegando a editar uma súmula vinculante sobre o tema¹⁹. Assim dispõe a ementa do RE nº 466.343, decidido por unanimidade: “PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, Inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº

¹⁶ STF. RE 253.071. Rel. min. Moreira Alves. Primeira Turma. DJ de 29.06.2001.

¹⁷ STF RHC 79785. Rel. min. Sepúlveda Pertence. Pleno. DJ de 23.05.2003.

¹⁸ “2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”.

¹⁹ Súmula Vinculante nº 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.²⁰

Como se nota, para que o STF decidisse afastar a possibilidade de prisão do depositário infiel foi necessário modificar o entendimento sobre o nível hierárquico de tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, a fim de que as disposições constitucionais e infraconstitucionais pudessem ser interpretadas “à luz” da CADH. No exame dos votos dos Ministros, podemos identificar duas teorias que fundamentam essa nova interpretação: para a maioria, os tratados internacionais de direitos humanos passam a ter status normativo supralegal, permanecendo em nível hierárquico inferior à Constituição, porém, superior às demais leis; para a minoria, deve ser reconhecida aos tratados internacionais de direitos humanos hierarquia constitucional, passando eles a compor, juntamente com o texto constitucional, o bloco de constitucionalidade.

Algumas mudanças constitucionais levaram o STF a rever sua jurisprudência. Destaca-se a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, que acrescentou três importantes disposições sobre direitos humanos: a previsão de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos como emendas constitucionais, desde que aprovados pelo mesmo quórum exigido para as emendas constitucionais; a constitucionalização da adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional;²¹ e a criação do incidente de deslocamento de competência para a justiça federal nos casos de grave violação dos direitos humanos. Embora tratem de temas distintos, as inovações da EC nº 45 tinham em comum a valorização constitucional do direito internacional dos direitos humanos, fosse pela possibilidade expressa de reconhecimento da hierarquia constitucional dos tratados sobre a matéria, pela sujeição do país à jurisdição penal internacional, ou pela criação de mecanismos mais hábeis para cumprir com as obrigações

²⁰ STF. RE 466.343. Rel. min. Cezar Peluso. Pleno. DJe 04.06.2009.

²¹ “Art. 5º, § 4º. O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

assumidas pelo Estado brasileiro perante a comunidade internacional no que se refere à proteção dos direitos humanos.

O sentido dessas mudanças também foi reconhecido pelo STF. Assim, o ministro Gilmar Mendes afirma em seu voto que a inclusão do § 3º do art. 5º “acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico”, o que indicava a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos e a defasagem da jurisprudência do STF. Em sentido concorrente, o ministro Celso de Mello destacava que a EC nº 45 “introduziu um dado juridicamente relevante, apto a viabilizar a reelaboração, por esta Suprema Corte, de sua visão em torno da posição jurídica que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos assumem no plano do ordenamento positivo doméstico do Brasil”.

O ponto comum, compartilhado por todos os Ministros, de que o STF deveria reconhecer um papel normativamente mais forte às normas internacionais de proteção dos direitos humanos não elidida, contudo, uma polêmica sobre o nível hierárquico dessas normas. Superada a tese da legalidade ordinária dos tratados internacionais de direitos humanos, e sem que nenhum membro do STF defendesse a tese da supraconstitucionalidade, duas orientações disputaram o entendimento do STF.

Para a minoria, representada pelo voto do Min. Celso de Mello, os tratados internacionais de direitos humanos teriam caráter “materialmente constitucional”, mesmo que tenham sido aprovados antes da EC nº 45, compondo o “bloco de constitucionalidade”. Assim, o novel § 3º do art. 5º, ao atribuir formalmente hierarquia constitucional aos tratados aprovados com base nele, não teria vindo retirar a hierarquia constitucional material dos tratados ratificados anteriormente, reconhecida com base no dever do Estado de “respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa

humana". Dessa forma, o § 3º reforçara a constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, uma vez que não seria razoável colocar em níveis hierárquicos distintos tratados que dispõem sobre a mesma matéria.

A maioria do STF entendeu, contudo, que os tratados internacionais de direitos humanos possuem nível hierárquico supralegal. Dentre as razões apresentadas em favor dessa tese, podemos destacar:

- a) A supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, consubstanciado na possibilidade de controle de constitucionalidade inclusive dos diplomas internacionais;
- b) O risco de uma ampliação inadequada da expressão "direitos humanos", que permitiria uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna;
- c) O entendimento que a inclusão do § 3º do art. 5º implicou reconhecer que os tratados ratificados pelo Brasil antes da EC nº 45 não podem ser comparados às normas constitucionais.

Apesar disso, a tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção dos direitos humanos, a evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, os princípios do direito internacional sobre o cumprimento de obrigações internacionais não autorizavam mais a continuação da tese da legalidade, servindo a supralegalidade como solução que permitiria compatibilizar essas mudanças sem os problemas que seriam decorrentes da tese da constitucionalidade. Assim, os tratados de direito humanos passam a paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com eles conflitante.

Embora a decisão do STF implique que os tratados de direitos humanos não podem ser utilizados diretamente como parâmetro de controle de constitucionalidade, a jurisprudência do tribunal posterior à adoção da tese da supralegalidade tem feito uso dos tratados de direitos humanos para interpretar disposições

constitucionais e legais de maneira a torná-las compatíveis com os instrumentos internacionais. Assim, o tribunal tem interpretado o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII) com base no art. 7.5 e 7.6 da CADH;²² reconhecido como meios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV) as garantias previstas no art. 8.2 da CADH;²³ e delimitado os contornos da liberdade de expressão e da liberdade de exercício profissional de acordo com o art. 13.1 da CADH e a Opinião Consultiva nº 5 da Corte Interamericana.²⁴

2. MECANISMOS DE CONTROLE QUE GARANTAM O RESPEITO AO SISTEMA DE FONTES DEFINIDO PELA CONSTITUIÇÃO

2.1. Controle de constitucionalidade dos tratados? Procedimentos e competência jurisdicional

Como visto acima, a jurisprudência do STF reconheceu, expressamente, que tratados de direitos humanos, ao serem considerados como possuindo um status supralegal, estão automaticamente submetidos ao controle de constitucionalidade. Em verdade, o Tribunal já havia estabelecido claramente essa possibilidade, anteriormente, em relação a tratados sobre quaisquer matérias, tanto no âmbito do controle difuso quanto do controle concentrado de constitucionalidade.²⁵

²² Cf. STF. HC 85.237. Rel. min. Celso de Mello. Pleno. DJ de 29.04.2005; STF. HC nº 95.464. Rel. min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe de 13.03.2009; STF. HC nº 98.878. Rel. min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe de 20.11.2009; STF. HC nº 98.579. Rel. min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe de 30.04.2010 e STF. STF RHC 103.546. Rel. min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe de 14.04.2011.

²³ Cf. STF HC 88.359. Rel. min. Cezar Peluso. Segunda Turma. DJ de 09.03.2007; STF. HC 86.634. Rel. min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJ de 23.02.2006, STF. HC 93.503. Rel. min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe de 07.08.2009; STF. HC 92.569. Rel. min. Ricardo Lewandowski. Primeira Turma. DJe de 25.04.2008 e STF. RHC 83.810. Rel. min. Joaquim Barbosa. Pleno. DJe de 23.10.2009.

²⁴ Cf. STF. RE 511.961. Rel. min. Gilmar Mendes. Pleno. DJe de 13.11.2009.

²⁵ Quanto ao controle difuso, cf., v.q. STF. RE 109.173. Rel. min. Carlos Madeira. Segunda Turma. DJ de 27.03.1987; quanto ao controle concentrado, STF. Rp 803. Rel. min. Djaci Falcão. Pleno. DJ de 17.03.1978 e, posteriormente à Constituição de 1988, a já mencionada ADI 1.480.

Os julgados mais recentes do STF, no entanto, não são absolutamente expressos sobre a possibilidade de se controlar a constitucionalidade de tratados que tenham passado pelo rito do já mencionado art. 5º, § 3º, que permite que tratados de direitos humanos, após serem aprovados com o mesmo quórum de emendas constitucionais, sejam equivalentes a estas. A pergunta que surge é: tratados constitucionalizados no direito brasileiro podem ser controlados na sua constitucionalidade?

Embora o STF não tenha dado uma resposta expressa, é de se imaginar que tratados de direitos humanos constitucionalizados na forma do art. 5º, § 3º também sejam passíveis de controle de constitucionalidade (tanto na via difusa como concentrada). Isso porque, já de longa data, o STF reconhece que as emendas constitucionais podem ser controladas na sua constitucionalidade caso violem as chamadas cláusulas pétreas (disposições imodificáveis pelo poder reformador da Constituição).²⁶ E “direitos e garantias fundamentais” são considerados cláusulas pétreas.²⁷

A possibilidade de um tratado constitucionalizado no direito brasileiro vir a ser considerado inconstitucional é improvável, porém não impossível. Levando-se em conta, especialmente, a divergência entre cortes nacionais e cortes internacionais acerca da interpretação de determinado dispositivo contido em um tratado de direitos humanos, a declaração de inconstitucionalidade pode, de fato, ocorrer. A recente divergência entre STF e Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a adequação da lei brasileira de anistia à Constituição Brasileira e à Convenção Americana²⁸ pode levar tribunais brasileiros a priorizar a

²⁶ Cf., v.q., mais recentemente, STF. ADI MC 2.356. Red. p/ acórdão min. Ayres Britto. Pleno. DJe de 18.05.2011.

²⁷ “Art. 60, § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...)

IV - os direitos e garantias individuais”.

²⁸ Cf., no âmbito do STF, STF. ADPF 153. Rel. min. Eros Grau. Pleno. DJe de 05.08.2010 e, no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte IDH. *Caso Gomes Lund v otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, de 24 de novembro de 2010.

Constituição nacional em detrimento do tratado internacional, disso podendo acarretar a declaração de inconstitucionalidade do último.

Por outro lado, é importante notar que emendas constitucionais podem constituir parâmetro de controle de constitucionalidade, como diversas vezes reconhecido pelo STF²⁹ - desde que não ofendam nenhuma cláusula pétrea. Nesse sentido, embora nenhum tratado constitucionalizado na forma do art. 5º, § 3º, tenha servido de parâmetro de controle de constitucionalidade em algum caso julgado pelo STF, essa seria uma consequência lógica a se retirar da jurisprudência do tribunal. Um reconhecimento desse tipo permitiria considerar inconstitucionais quaisquer atos normativos que contrariassem o disposto em um tratado previamente constitucionalizado no direito brasileiro.³⁰

No intuito de evitar conflitos entre a constituição brasileira e tratados de direitos humanos, é importante considerar a necessidade de desenvolvimento de algumas técnicas de controle de constitucionalidade. Podemos aqui lembrar duas: o controle prévio e a modulação temporal dos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade.

Alguns sistemas jurídicos utilizam a modalidade de controle prévio de tratados. A grande vantagem dessa opção é permitir que o tratado, antes mesmo de ser internalizado, tenha a sua constitucionalidade verificada. Uma eventual declaração de inconstitucionalidade, portanto, impossibilitaria o Poder Executivo de ratificar o tratado, evitando assim a responsabilidade internacional do Estado que muitas vezes podem ocorrer na declaração de inconstitucionalidade *a posteriori*, quando o tratado já se encontra em vigor internacionalmente. Ao menos um ministro do STF, Gilmar Mendes, já defendeu a necessidade de controle prévio de tratados, que poderia acontecer entre a promulgação do decreto legislativo que o aprova e o decreto do executivo, que o promulga no direito interno após sua ratificação

²⁹ Cf., v.g., RE 593.586 ED. Rel. min. Joaquim Barbosa. Segunda Turma. DJe de 29.10.2009.

³⁰ De fato, até a presente data somente um tratado de direitos humanos foi constitucionalizado, na forma do art. 5º, § 3º, no direito brasileiro: a Convenção das Nações Unidas sobre Pessoas Portadoras de Deficiência e seu Protocolo Facultativo (Decreto nº 6.949/2009).

ou adesão.³¹ Embora o STF nunca tenha sido diretamente provocado sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade do decreto legislativo, é de se presumir que a jurisprudência antiga do tribunal não permitiria tal possibilidade, por considerar que, antes do decreto legislativo, ainda não existe propriamente ato normativo a ser controlado.³² A posição do min. Mendes, no entanto, é importante por desestimular os conflitos entre constituição e tratado, inclusive de direitos humanos.

Outra técnica que auxiliaria na redução dos mencionados conflitos é a modulação dos efeitos temporais de uma eventual declaração de inconstitucionalidade. Sabe-se que os tratados que estabelecem cláusula de denúncia costumam prever um período para que esta produza seus efeitos. Nos casos em que seja declarada a inconstitucionalidade de um tratado, é importante que a decisão estabeleça um prazo para que tal declaração produza seus efeitos. Isso viabilizaria ao Poder Executivo a denúncia do tratado ou outra forma de sua extinção. A grande vantagem do uso dessa técnica é evitar que o Estado possa ser responsabilizado internacionalmente por descumprir o tratado em virtude de decisão de inconstitucionalidade de seu Poder Judiciário.

2.2. Controle de convencionalidade da lei? Procedimentos e competência jurisdicional

Os tribunais brasileiros, inclusive aqueles que possuem o papel de uniformizar a interpretação constitucional (STF) e legal (STJ) não têm, expressamente, se referido à ideia de controle de convencionalidade, como desenvolvida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente a partir do caso *Myrna Mack Chang*.³³

A ideia de controle de convencionalidade tem, especialmente, servido para estabelecer formas e procedimentos próprios de

³¹ Voto do Min. Gilmar Mendes no já citado RE nº 466.343.

³² É o que se retira, v.q., da ADI nº 1.480, que estabelece que o tratado somente se internaliza no direito brasileiro após a promulgação e publicação do decreto do Executivo.

³³ Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez.

fiscalização, no direito interno, da CADH. Mais especificamente, ela tem sido útil em sistemas jurídicos que não outorgam aos tratados de direitos humanos nenhum status privilegiado na hierarquia de normas jurídicas.

No caso do Brasil, pode-se dizer que a principal função dessa ideia já foi realizada pelo direito interno desde a EC nº 45/2004, que permite que tratados de direitos humanos adquiram o status equivalente ao de emendas constitucionais e a posterior jurisprudência do STF, que reconhece a todos os tratados de direitos humanos, independentemente de qualquer forma idade adicional, o status supralegal.

Assim, o controle de convencionalidade é realizado no Brasil de duas formas: por meio do controle de constitucionalidade, em que leis e outros atos normativos são verificados na sua conformidade a um tratado de direitos humanos devidamente constitucionalizado ao direito brasileiro; e por meio do controle de supralegalidade, em que também leis e demais atos normativos são controlado na sua conformidade a quaisquer tratados de direitos humanos – que, possuem, *ipso facto*, caráter supralegal.

Embora não haja muitos exemplos de julgados em que tratados de direitos humanos serviram como parâmetro de controle (de constitucionalidade ou de supralegalidade), é importante lembrar, como já afirmado, que dispositivos da CADH foram mencionados em casos importantes sobre razoável duração do processo, garantias judiciais e liberdade de expressão e de exercício profissional. Uma delimitação mais clara do que constituem esses parâmetros de controle de constitucionalidade e supralegalidade está ainda, no entanto, por ser elaborada.

Um caso recente julgado pelo STJ talvez possa servir de exemplo sobre o começo de um delineamento acerca de tais parâmetros. Na situação, o tribunal anulou ato administrativo que impedia a nomeação e posse de deficiente físico com base na Convenção das Nações Unidas sobre Pessoas Portadoras de

Deficiência – tratado esse, como já afirmado, constitucionalizado no direito brasileiro.³⁴

3. AS RELAÇÕES ENTRE OS PODERES PÚBLICOS NACIONAIS E AS CORTES INTERNACIONAIS

3.1. A execução das sentenças da Corte Interamericana pelos tribunais nacionais, pelo legislador nacional e pelas administrações públicas

Embora haja alguns projetos de lei e de emenda constitucional visando a disciplinar a execução de sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos (mas também de tribunais internacionais em geral), não existe qualquer norma no direito brasileiro disciplinando especificamente o assunto. As soluções sobre a execução de decisões condenatórias contra o Brasil têm sido encontradas casuisticamente, o que enfraquece a autoridade das decisões internacionais e a previsibilidade quanto ao seu cumprimento no direito interno. Ante esse quadro, é importante rapidamente verificar quais as dificuldades encontradas para a execução das sentenças.

Logo quando das primeiras condenações pela Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil, surgiu a dúvida sobre se as decisões desse tribunal internacional deveriam ser homologadas tal como as sentenças estrangeiras. No Brasil, o STJ é o órgão competente por essa homologação. Alguns não demoraram a perceber, no entanto, que havia uma diferença significativa entre decisões de tribunais internacionais e tribunais estrangeiros.³⁵ Nas primeiras, o Estado brasileiro é partícipe dos tratados que criam os tribunais e internaliza suas normas, algo que não acontece com as segundas. Ademais, o próprio STJ já afirmou

³⁴ Cf. STJ. RMS 34.902. Rel. min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. DJe de 13.12.2011.

³⁵ Cf. RAMOS, André de Carvalho, "A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil", em CASELLA, Paulo Borba *et al* (org.). *Direito Internacional, Humanismo e Globalidade: Guido Fernando Soares Amicorum Discipulorum Liber*, São Paulo, Atlas, 2008, pp. 458-459.

que sentenças de tribunais internacionais “não são decisões judiciais ou sentenças estrangeiras que requeiram qualquer tipo de *exequator* ou homologação”.³⁶

Uma das maiores dificuldades visualizadas pelos autores diz respeito à determinação de obrigações pecuniárias pela Corte Interamericana. Mais recentemente, o Estado brasileiro tem estabelecido dotação orçamentária própria para o cumprimento de tais decisões, o que facilita bastante o pagamento das indenizações. Todavia, não existe um mecanismo compulsório para que o Estado estabeleça tal dotação. Isso significa que, se não houver uma disposição por parte do Poder Executivo Federal (aquele que detém a competência para o manejo das relações exteriores) de pagar a indenização, poder-se-ia imaginar que ela teria de ser paga por meio de precatório – o sistema judicial existente para o pagamento forçado de indenizações pelo Estado brasileiro. Acontece que o sistema de precatórios é extremamente moroso e imporia ônus excessivos à vítima que já levou um longo tempo para ver sua demanda ser julgada e acolhida por um tribunal internacional. Especialmente em virtude do caráter especial da sentença internacional, alguns autores têm considerado que o pagamento forçado de indenização aconteceria, sim, por meio de precatório, mas de maneira prioritária, em virtude do princípio da celeridade.³⁷ É de se ponderar, no entanto, se o fato de tal indenização ter sido determinado por um tribunal internacional evitaria o acionamento do sistema de precatórios – originalmente concebido para o pagamento de dívidas do Estado decorrentes de decisões de tribunais internos.

Quanto às demais obrigações (que não envolvem o pagamento de indenizações), é sabido que a Corte Interamericana dificilmente estabelece a necessidade de observância de meios específicos para o seu cumprimento. Fico a critério do Estado, de regra, escolhê-los. Em alguns casos, quando não há controvérsias muito intensas sobre o cumprimento, o próprio Estado brasileiro

³⁶ STJ. SEC 2.707.Rel. min. Francisco Falcão. Corte Especial. DJe de 19.02.2009.

³⁷ Cf. RAMOS, André de Carvalho. “A execução das sentenças...”, pp. 460-462.

não costuma tardar em adotar as medidas prescritas na sentença. Em outras situações, no entanto – e o caso Gomes Lund é exemplificativo nesse sentido – a falta de uma legislação própria dificulta a visualização de um meio de compelir o Estado a cumprir a sentença, podendo acarretar em desrespeito sistemático ao estabelecido na decisão internacional e consequente responsabilização internacional pela conduta ilícita.

A falta de legislação específica sobre a execução de sentenças torna redobrada a responsabilidade do Poder Judiciário interno. Um ativismo judicial, diante de casos como esse, em que um vácuo legislativo existe, torna-se necessário. Àqueles que se sentirem lesados pelo não cumprimento das sentenças cabe recorrer a juízes internos que possuem não apenas a possibilidade, mas também o dever de fazer valer sentenças oriundas de um tribunal internacional como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujo instrumento de criação foi devidamente internalizado no direito brasileiro com status, ao menos, supralegal.

Tal atuação dos juízes internos para a execução de sentenças internacionais reforça a necessidade de um diálogo maior entre tais atores, o que nos leva à questão do relacionamento entre direito internacional e direito interno, sob o prisma da incorporação da jurisprudência internacional à jurisprudência interna no Brasil.

3.2. A incorporação da jurisprudência internacional à jurisprudência interna: mecanismos e efetiva incorporação

Recentemente, o STF começou a citar com maior frequência decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Além de questões relativas à liberdade de expressão e liberdade de exercício profissional, sentenças e opiniões consultivas da Corte Interamericana têm sido mencionadas em casos mais recentes sobre a impossibilidade de civis serem julgados por tribunais militares³⁸ e sobre o direito de assistência consular.³⁹

³⁸ Cf. STF. HC 109.544. Rel. min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe de 31.08.2011; HC 107.731. Rel. min. Ayres Britto. Segunda Turma. DJe de 27.09.2011 e HC 106.171. Rel. min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe de 14.04.2011.

Incidentalmente, e sem maiores repercussões para a tese principal defendida no julgado, outras sentenças da Corte Interamericana têm sido mencionadas.⁴⁰

A referência a tais decisões, no entanto, não significa um impacto demasiado significativo no direito interno brasileiro. A menção a elas, normalmente, é feita para ilustrar algum ponto ou clarificar uma questão controvertida. Para além da linguagem da persuasão – própria da lógica dos direitos humanos no plano internacional – as sentenças da Corte Interamericana não são consideradas como possuindo uma autoridade própria. Tais decisões do STF sequer cogitam possuírem elas uma força normativa obrigatória, capaz de afastar outras decisões judiciais, no direito interno.

Evidentemente, não se pode subestimar o impacto da referência crescente às decisões da Corte Interamericana: elas promovem uma abertura maior ao diálogo entre cortes internacionais e internas e possibilitam a tomada de decisões que tentem acomodar interesses existentes no sistema jurídico internacional e no sistema jurídico interno. No entanto, a falta de consideração de uma força obrigatória aos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao menos como elemento de interpretação, pode inviabilizar a própria hierarquia privilegiada que os tratados de direitos humanos possuem no direito brasileiro. Isso porque os tratados de direitos humanos estabelecem padrões que pretendem ser cumpridos para além das fronteiras de um único Estado. Se a interpretação dos dispositivos de tais tratados não é associada, de algum modo, a uma instituição que também ultrapassa as fronteiras dos Estados (no caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos), direitos humanos internacionais podem ser interpretados por tribunais internos com pouca ou nenhuma referência ao seu elemento de

³⁹ Cf. STF. Ext. 1.126. Rel. min. Joaquim Barbosa. Pleno. DJe de 11.12.2009.

⁴⁰ Por exemplo, nas importantes STF. ADPF 132. Rel. min. Ayres Britto. Pleno. DJe 14.10.2011 e STF. ADI 4.277, rel. min. Avres Britto. Pleno. DJe 14.10.2011, sobre o reconhecimento das uniões homoafetivas, e na STF. Pet 3.388. Rel. min. Carlos Britto. Pleno. DJe de 25.09.2009, sobre demarcação de terra indígenas.

“internacionalidade”. É o caso dos Estados Unidos da América que, não obstante sejam partes em diversos tratados de direitos humanos, encontram diversas formas de estabelecer um “excepcionalismo” na leitura de tais instrumentos, em contrariedade à maneira pela qual direitos humanos são interpretados por instituições internacionais.⁴¹

Quanto à incorporação de sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o grande desafio do direito brasileiro (e, em especial, do STF), é conceder uma autoridade maior a tais decisões, retirando delas uma função apenas de ilustrar ou confirmar um entendimento já anteriormente estabelecido sobre um ponto jurídico específico.

4. BIBLIOGRAFIA BÁSICA

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, “Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional”. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, nº 113-118, 1998, pp. 57-94.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira, “A reforma do judiciário como retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos: um estudo sobre o novo 3º do art. 5º da Constituição Federal”, *Cena Internacional*, vol. 7, nº 1, 2005, pp. 3-22.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira, *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de, *O Poder de Celebrar Tratados: Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1995.

PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1997.

RAMOS, André de Carvalho, “A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil”, em CASELLA, Paulo Borba et al (org.), *Direito Internacional, Humanismo e*

⁴¹ Cf., v.g., KRISCH, Nico. “International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order”, *European Journal of International Law*, Firenze, vol. 16, nº 3, 2005, pp. 369-408.

Globalidade: Guido Fernando Soares Amicorum Discipulorum Liber, São Paulo: Atlas, 2008, pp. 451-468.

SARLET, Ingo, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 11ª ed, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

5. FONTES COMPLEMENTARES/RECURSOS

ELETRÔNICOS

Divisão de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores:

<http://dai-mre.serpro.gov.br/>

Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República:

<http://portal.sdh.gov.br/>

Supremo Tribunal Federal: www.stf.jus.br

Superior Tribunal de Justiça: www.stj.jus.br

6. JURISPRUDÊNCIA BÁSICA

STF. RHC 79.785. Rel. min. Sepúlveda Pertence. Pleno. DJ de 23.05.2003.

STF. ADI MC 1.480. Rel. min. Celso de Mello. Pleno. DJ de 18.05.2001.

STF. ADPF 153. Rel. min. Eros Grau. Pleno. DJe de 05.08.2010.

STF. RE 253.071. Rel. min. Moreira Alves. Primeira Turma. DJ de 29.06.2001.

STF. RE 466.343. Rel. min. Cezar Peluso. Pleno. DJe 04.06.2009.

STF. RE 511.961. Rel. min. Gilmar Mendes. Pleno. DJe de 13.11.2009.

STF. RE 593.586 ED. Rel. min. Joaquim Barbosa. Segunda Turma. DJe de 29.10.2009.

STF. RE 80.004. Rel. min. Xavier de Albuquerque. Pleno. DJ de 29.12.1977.

O QUE É A REDE DHES?

A Rede DHES é uma rede de 10 universidades - latino-americanas e europeias - criada para a melhoria da qualidade, pertinência e acessibilidade da educação superior na América Latina em matéria de direitos humanos (DDHH). Nossa filosofia é trabalhar pela consolidação dos direitos humanos a partir, para e nas universidades, como centros de formação de pensamento que devem projetá-lo para as sociedades em que se localizam.

Trabalhamos para formar graduados que tenham consciência dos DDHH e competência para desenvolver políticas públicas e mecanismos de proteção e promoção dos DDHH. Além disso, com o objetivo último de favorecer a coesão social nas sociedades que abrigam nossos centros de estudos, conferimos especial atenção à questão do acesso e permanência dos grupos vulneráveis na educação superior.

Esse trabalho se desenvolve por meio de oficinas de formação de professores, seminários de aperfeiçoamento, elaboração de materiais didáticos para o ensino dos direitos humanos, assinatura de convênios com instituições públicas e organizações não-governamentais, dentre outros, organizando-se em torno de três eixos de estudo: proteção multinível dos direitos humanos, direitos humanos dos grupos vulneráveis e políticas públicas baseadas nos direitos humanos.

As universidades parceiras da rede são:

- Universitat Pompeu Fabra (Espanha)
- Universidade Federal do Pará (Brasil)
- Pontificia Universidad Católica del Perú (Peru)
- Universidad Autónoma Juan Misael Saracho (Bolivia)
- Universidade de Brasília (Brasil)
- Universidad Austral de Chile (Chile)
- Universidad de los Andes (Colômbia)
- Universidad Técnica de Ambato (Equador)
- Université Paris I Panthéon-Sorbonne (França)
- Universidad Carlos III de Madrid (Espanha)



www.upf.edu/dhes-alfa/es