

Publicações da Escola da AGU

Curso Cortes Internacionais e Constituições: princípios, modelos e estudo comparado

volume 8 - n. 04 - Brasília-DF, out./dez. 2016

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	v. 8	n. 04	p. 1-388	out./dez. 2016
---------------------------------	----------	------	-------	----------	----------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: eagu.secretaria@agu.gov.br

ADVOGADA-GERAL DA UNIÃO

Ministra Grace Maria Fernandes Mendonça

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho	Secretário-Geral de Consultoria
Isabel Vinchon Nogueira de Andrade	Procuradora-Geral da União
Fabício da Soller	Procurador-Geral da Fazenda Nacional
Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos	Consultor-Geral da União
Cleso José da Fonseca Filho	Procurador-Geral Federal
Isadora Maria Belem Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso
Altair Roberto de Lima	Corregedor-Geral da Advocacia-Geral da União
Cristiano de Oliveira Lopes Cozer	Procurador do Banco Central
Maria Aparecida Araújo de Siqueira	Secretária-Geral de Administração
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor-Geral da Advocacia-Geral da União

ESCOLA DA AGU

Chiara Michelle Ramos Moura da Silva	Diretora
Paulo Fernando Soares Pereira	Vice-Diretor
Eduardo Fernandes de Oliveira	Coordenador-Geral

EDITOR RESPONSÁVEL

Chiara Michelle Ramos Moura da Silva

COORDENADOR CIENTÍFICO

Ciro Carvalho Miranda

CONSELHO EDITORIAL

Ciro Carvalho Miranda
Federico Penna

Diagramação/Capa: Niuza Lima/Gláucia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicações da Escola da AGU: Curso Cortes Internacionais e Constituições: princípios, modelos e estudo comparado - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - volume 8, n. 4, (out./dez. 2016).
Brasília: EAGU, 2012. mensal.
A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral, a partir do ano IV, nº 14 periodicidade mensal e a partir do ano VII v. 39 periodicidade trimestral.
A partir de 2016, houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá numeração 1-4 em todos os volumes subsequentes.
ISSN 2236-4374
1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDD 340 . 5
CDU 34 (05)

SUMÁRIO

<i>Apresentação</i>	<i>5</i>
O Reconhecimento dos Direitos Fundamentais no Ordenamento Europeu <i>The Recognition of Fundamental Rights in the European Order</i> <i>Ana Carolina Lucena Romeiro de Melo</i>	<i>9</i>
Apontamentos Acerca da Efetividade das Sentenças Proferidas pela Corte Europeia de Direitos Humanos: evolução e novos desafios <i>The Effectiveness of Judgments Delivered by the European Court of Human Rights: evolution and new challenges</i> <i>Andréa Alves de Albuquerque Othon</i>	<i>29</i>
A Ampliação do Conceito de Cidadania no Direito Romano – Um Paralelo com o Indigenismo Oficial no Brasil <i>The Enlargement of the Concept of Citizenship in the Roman Law – A Comparison to Indigenous Politics in Brazil</i> <i>Adriana de Oliveira Rocha</i>	<i>55</i>
Direitos Fundamentais. Um Paralelo entre a Crítica de Friedrich Muller à Corte Constitucional de Karlsruhe e a Constituição Brasileira de 1988 <i>Fundamental Rights. A Parallel Between the Criticism of Friedrich Muller to Constitutional Court of Karlsruhe and the Brazilian Constitution of 1988.</i> <i>Bernardo Glincoer Katz</i>	<i>79</i>
O Tratamento Concedido à Ciência, Tecnologia e Inovação pelas Constituições Europeias <i>The treatment granted to the Science, Technology and Innovation by the European Constitutions</i> <i>Bruno Monteiro Portela</i>	<i>97</i>
Supranacionalidade, Interconstitucionalidade, Controle de Constitucionalidade e a Identidade Constitucional dos países da EU <i>Supranationality, Interconstitutionality, Judicial Review and the Constitutional Identity of the EU countries</i> <i>Ciro Carvalho Miranda</i>	<i>123</i>
O Acesso à Corte Europeia de Direitos Humanos e Casos Envolvendo Brasileiros <i>The Access to the European Court of Human Rights and Cases Involving Brazilians</i> <i>Clarissa Teixeira Parva</i>	<i>139</i>
O Referencial de Igualdade no Direito Islâmico <i>The Equality Benchmark in Islamic Law</i> <i>Daniela Cardoso Ganem</i>	<i>161</i>
Proteção do Refúgio pelos Sistemas Europeu e Interamericano de Direitos Humanos <i>Protection of Refugees by European and Inter-American Rights Systems</i> <i>Daniela Ferreira Marques</i> <i>Eliete Viana Xavier</i>	<i>175</i>

Direitos Humanos: sobre o universalismo europeu, a sharia e eventuais entraves ao ingresso ou à permanência de países muçulmanos na convenção europeia de direitos do homem <i>Human Rights: an approach on European universalism, Shari'a and possible barriers to admission or permanence of Muslim countries in the European Convention on Human Rights</i> Daniela Mendonça de Melo.....	211
Tribunal de Justiça da União Europeia e Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: diferenças, estruturas e funções precípua <i>Court of Justice of the European Union and European Court of Human Rights: Differences, Structures and Essential Functions.</i> Damita Rafaela Nogueira de Souza Calazans Renata Maria Periquito Pontes Cunha	239
Estrangeirização de Terras e Direitos Humanos: considerações sobre a legislação brasileira <i>Land Foreignization and human rights: considerations about Brazilian legislation</i> Dayseanne Moreira Santos.....	253
A Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Convivência Familiar à Luz da Convenção Europeia de Direitos Humanos e da Constituição Brasileira: casos julgados <i>Human Dignity and the Right to Family Live Under the Light of the European Convention of Human Rights and the Brazilian Constitution: a case law study</i> Debora Vasti da Silva do Bomfim Denys Isabella Maria de Lemos.....	279
A Necessidade de Especial Proteção a Crianças Refugiadas à Luz do Direito Internacional, sob uma Perspectiva da Corte Europeia de Direitos Humanos <i>The Necessity of a Special Protection for Refugee Children in the Light of International Law, Under a Perspective of European Court of Human Rights</i> Dulce Maria Pinto Peres.....	301
A Corte Constitucional da Itália, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e o Supremo Tribunal Federal do Brasil: uma análise comparativa. <i>The Constitutional Court of Italy, the Federal Constitutional Court of Germany and the Federal Supreme Court of Brazil: a comparative analysis.</i> Fêlícia Carvalho Machado.....	311
Notas Sobre a Corte Europeia de Direitos Humanos <i>Notes about the European Court of Human Rights</i> Geisa Santos de Aquino	335
Travaux Préparatoires: o discurso silenciado do valor de uso dos bens imóveis, a pasteurização das situações reais pelo direito de propriedade moderno e a administração pública expropriante desafiada pelo núcleo da constituição cidadã	

<i>Travaux Préparatoires: the silenced speech about the value in use of the properties, the pasteurization of real situations for the modern right of property and the expropriating public administration challenged by the core of the citizen constitution</i> <i>Josué Tomazi de Carvalho</i>	361
--	-----

A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças: a celeridade da cooperação internacional e o melhor interesse do menor <i>The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: The Celerity of International Cooperation and the Child's Best Interest</i> <i>Luciana Tavares de Menezes</i>	375
--	-----

APRESENTAÇÃO

A escola da Advocacia-Geral da União, Ministro Victor Nunes Leal, no desempenho do papel previsto no parágrafo 2 do art. 39 da Constituição Federal, na busca da formação e aperfeiçoamento dos membros e servidores da Instituição, tem oferecido cursos não somente da legislação e sistema jurídico brasileiro, mas também, em parceria com Instituições estrangeiras, tem promovido o intercâmbio de conhecimento entre os vários sistemas jurídicos. Exemplo desta vigorosa e exitosa atuação foi o curso Cortes Constitucionais e Constituições: princípios, modelos e estudo comparado, ocorrido na Universidade de Roma “Tor Vergata”, com o valoroso apoio da International Experience, de 27 de Junho a 8 de Julho do ano de 2016, no Campo X, com interessantes e enriquecedoras visitas institucionais nas Cortes Constitucionais da Itália (Roma) e Alemanha (Karlsruhe), Tribunal de Justiça da União Europeia (Luxemburgo), Corte Europeia dos Direitos do Homem e Conselho Europeu, ambos em Estrasburgo (França), e, finalmente, na Avvocatura Generale dello Stato (Roma).

O curso possibilitou aprofundar o conhecimento sobre o sistema de proteção dos direitos humanos no âmbito dos países signatários da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; a integração entre os países que formam a União Europeia - UE (não obstante a recente notícia à época do resultado do referendo que decidiu pela saída do Reino Unido, conhecido como Brexit); pelos princípios próprios e as regras que tratam da relação entre os sistemas jurídicos dos países que integram a União e a própria UE como pessoa distinta; a UE e os países que não fazem parte do Bloco; e, também, entre os países que integram a UE e os que a ela não pertencem. Mas não só o aprimoramento intelectual foi possibilitado com a participação do curso, digno de registro, ainda, muito além do desenvolvimento de uma *networking*, foi a criação inicial da amizade entre os participantes do evento que, carinhosamente, designam o grupo como La Cour.

E cheio de satisfação e honra, me foi incumbido fazer a apresentação da coletânea dos artigos produzidos pelos participantes, que integram dois volumes. A temática tratada em ambos os volumes é ampla, mas, em regra, há como pano de fundo da abordagem os Direitos Humanos, tanto em sua perspectiva ampla de direitos inerentes a todo o ser humano, como também na feição estrita de Direito Fundamental, assegurado

por uma específica ordem legal, bem como uma comparação entre o sistema europeu, o brasileiro e/ou interamericano acerca da proteção destes direitos. A competência, formação, estrutura e investidura nos diversos tribunais que integram o sistema jurídico europeu, além de alguns apontamentos de comparação com o Supremo Tribunal Federal do Brasil, também são tratados em ambos os volumes. Não se quer aqui dizer que o conteúdo dos artigos sejam análogos dentro de cada um ou de ambos os volumes; muito longe disso, embora as temáticas antes citadas permeiem a discussão de vários, cada artigo tem uma abordagem específica, com profundidade e ótica particular. Neste que é o Volume I, além das matérias citadas, há estudo sobre os efeitos e os desafios das sentenças proferidas pela Corte Europeia dos Direitos do Homem; o tratamento concedido à Ciência, Tecnologia e Inovação pelas Constituições dos Países Europeus; reflexo da Supranacionalidade, da Interconstitucionalidade e o conceito de Identidade Constitucional no controle de constitucionalidade; apontamentos sobre o Direito Islâmico e a dialética com o sistema europeu; proteção do refúgio e da criança; e discussão relacionada a propriedade/terra.

Desejo uma profícua leitura.

Ciro Carvalho Miranda

O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO EUROPEU

THE RECOGNITION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE EUROPEAN ORDER

Ana Carolina Lucena Romeiro de Melo

*Procuradora Federal lotada na Procuradoria Seccional Federal de Cascavel
Integrante do Núcleo de Ações Prioritárias*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Origem dos Direitos Fundamentais no Ordenamento Europeu; 2 Evolução Sucessiva; 2.1 Papel da Jurisprudência dos Tribunais como Fonte de Disciplina; 2.2 Adequação do Direito Positivo; 3 Mecanismos de Proteção dos Direitos Fundamentais na União Europeia; 3.1 Papel do Conselho; 3.2 Papel do Parlamento; 3.3 Papel da Agência; 3.4 Papel dos Tribunais; 3.4.1 Sistema Jurídico da União Europeia; 3.4.2 A Corte de Justiça da União Europeia; 4 Desafios Atuais; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: A ideia da existência de direitos fundamentais foi sendo construída a partir da evolução da sociedade e está intrinsicamente ligada a ideia de vida em comunidade. Embora, a proteção de tais direitos não fosse o objetivo inicial dos Tratados que vieram a consolidar a atual União Europeia, a importância dos mesmos, já positivada muitas vezes no âmbito das legislações internas dos países, e a necessidade de regular as esferas sociais dentro dos interesses da comunidade, impulsionaram o desenvolvimento da legislação e da jurisprudência europeia na matéria. Atualmente, os Direitos Humanos vêm, cada vez mais, ocupando lugar de destaque no ordenamento jurídico europeu, os mecanismos de defesa e proteção dos Direitos Fundamentais constituem uma complexa engrenagem, a qual demonstra que a proteção do ser humano é, hoje, de fato, o pilar sobre o qual se constrói os sistemas jurídicos no continente europeu.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Pós-guerra. Tratados. União Europeia. Mecanismos de Proteção.

ABSTRACT: The idea of the existence of fundamental rights was being built from the evolution of society and is intrinsically linked to the idea of community life. Although the protection of such rights was not the initial purpose of treaties which have to consolidate the current European Union, the importance of them, already established often under the domestic laws of the countries, and the need to regulate social spheres within the community interests, boosted the development of legislation and European case law. Currently, human rights come increasingly, occupying a prominent place in the European legal system, defense mechanisms and protection of Fundamental Rights are a complex system, which shows that the protection of human beings is today, in fact, the pillar on which to build the legal systems in Europe.

KEYWORDS: Human Rights. Postwar. Treaties. European Union. Protection Mechanisms.

INTRODUÇÃO

As condições da Europa no pós segunda guerra, e a possibilidade de novas guerras, talvez até uma terceira guerra mundial, foi o cenário que impulsionou a criação da União Europeia. Era a chance de sobrevivência no continente.

A ideia de formação de uma comunidade europeia veio principalmente da necessidade da manutenção da paz no continente europeu e da necessidade de crescimento e desenvolvimento daqueles países tantas vezes destruídos pelas guerras.

A União europeia não é apenas uma organização econômica, mas é especialmente uma área de livre comércio. Aliás, livre comércio, Direitos Humanos e a proteção desses direitos são os 3 pilares fundamentais da União Europeia.

A evolução deste caminhar, com a consagração desses direitos como um dos pilares da Instituição, não aconteceu de forma absolutamente linear, no entanto. Mas, pode-se dizer que hoje a dignidade humana, a liberdade, a democracia, a igualdade, o Estado de direito e o respeito pelos direitos humanos são valores consagrados nos Tratados da União Europeia.

Os direitos fundamentais são garantidos a nível nacional pelo sistema constitucional de cada país e a nível da União Europeia pela Carta dos Direitos Fundamentais (adotada em 2000 e vinculativa para os países da UE desde 2009).

A Carta dos direitos Fundamentais estabelece os direitos fundamentais que são vinculativos para as instituições e os organismos europeus e aplica-se aos governos nacionais no quadro da execução da legislação europeia.

Ademais, todas as Instituições Europeias (Comissão, Parlamento e Conselho) têm um papel a desempenhar na proteção dos direitos humanos.

É certo que ainda há muito a ser feito na proteção dos direitos fundamentais na Europa, inclusive no que se refere a maior efetividade das decisões do Tribunal de Direitos Humanos, mas também é imperioso afirmar que, após tantas violações aos direitos fundamentais do homem ocorridas naquele continente, muitas de repercussão mundial, os europeus têm tentado se reinventar e dar um exemplo ao mundo, estando sem dúvida, na vanguarda da proteção aos direitos fundamentais.

O objetivo deste artigo é tentar elucidar todo o contexto que veio a dar origem a este complexo mecanismo de proteção dos direitos fundamentais no continente europeu, bem como fazer com que se entenda a amplitude desta proteção, objetivando estimular o debate sobre a matéria, inclusive com relação ao ordenamento jurídico brasileiro.

1 ORIGEM DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO EUROPEU

A ideia da existência de direitos fundamentais foi sendo construída a partir da evolução da sociedade e está intrinsicamente ligada a ideia de vida em comunidade.

Apesar de alguns fragmentos encontrados dentro dos Tratados, é só posteriormente à instituição das comunidades que se tem assistido ao progressivo reconhecimento expresso às referências dos direitos fundamentais.

A proteção dos direitos fundamentais constitui um dos princípios básicos do direito da União Europeia, então, quando se fala de valores fundamentais e de ideais, forçoso é abordar a questão dos direitos fundamentais dos cidadãos da União, até pelo fato da história da Europa, por mais de dois séculos, ter sido marcada por esforços constantes no sentido do reforço da proteção dos direitos fundamentais.

O processo de reconhecimento dos direitos fundamentais, no entanto, não aconteceu, através da utilização de um catálogo de direitos originário. Tal fato, acabou por acarretar um problema de identificação de quais seriam esses direitos. Além disso, impossibilitou a definição imediata de uma doutrina geral dos direitos fundamentais, quanto ao seu caráter, ao regime jurídico e as relações entre eles¹¹.

O início do desenvolvimento da Comunidade Europeia se confunde um pouco com o avanço das garantias dos direitos fundamentais.

A ideia inicial, no pós-guerra em 1948, era interromper o avanço do comunismo do leste europeu. A intenção era criar uma Instituição Política, não se queria criar um código de normas que protegessem os direitos humanos, que poderiam ir de encontro muitas vezes às próprias normas internas².

É que desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, a maioria dos países democráticos já possuíam em suas constituições previsões relativas aos direitos fundamentais, não havendo, portanto, interesse dos países no âmbito comunitário em formular qualquer documento ou tratado que os vinculassem na esfera dos direitos e garantias fundamentais.

1 GUZZETTA, Giovanni. *La contaminazione costituzionale del diritto europeo*. Interrogative su un ordenamento in divenire. Torino: G.Giappichelli. p. 108-133, 2015.

2 VILAÇA, José Luís da Cruz. A protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária. In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*: Coimbra, 2001

O primeiro reconhecimento em grande relevo dos direitos fundamentais como princípios gerais do direito europeu se deu pela Convenção Europeia para a defesa dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, firmado em Roma em 04/11/1950 (e que entrou em vigor em 1953), e resultou das tradições constitucionais comuns dos estados membros. Esta Convenção constitui um texto essencial em matéria de direitos fundamentais. Divide-se em duas partes: uma parte sobre direitos e liberdades que inclui 17 artigos e uma parte que descreve as modalidades de funcionamento e as competências do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, com sede em Estrasburgo.

Durante muito tempo, os Tratados europeus não incluíam a enumeração por escrito dos direitos fundamentais, contendo apenas uma referência à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais. Os Tratados referiam igualmente os direitos fundamentais que resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros enquanto princípios gerais do direito comunitário.

A ausência de um catálogo de direitos fundamentais das Comunidades Europeias junto à falta de disposições específicas nos Tratados sobre o resguardo desses direitos, fez surgir o problema de saber que tipo de proteção ampararia os cidadãos em um possível confronto com atos normativos comunitários lesivos a seus direitos, bem como saber o procedimento utilizado no caso de atuações das instituições comunitárias que, por ventura, causassem ofensa aos direitos humanos²³.

A comunidade europeia foi aos poucos se ampliando nas esferas sociais, políticas, abordando interesses e direitos em diversas áreas como: o ambiente, a proteção dos consumidores, a educação, a cultura e a investigação científica. Com isso, estas e outras esferas foram sendo objeto de intervenções comunitárias, feitas através da revisão dos Tratados e das jurisprudências do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, preenchendo assim as lacunas comunitárias com relação aos direitos fundamentais.

2 EVOLUÇÃO SUCESSIVA

2.1 Papel da jurisprudência dos tribunais como fonte de disciplina

O Tribunal de Justiça da União Europeia contribuiu significativamente, ao longo do tempo, para o desenvolvimento e o respeito dos direitos fundamentais.

3 BORGES, Bruno Barbosa. Direitos fundamentais na união europeia: uma breve reflexão sobre a carta dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica UNIARAXÁ*. Araxá, v. 13, n.12, p.63-80, 2009.

Na verdade, o reconhecimento em via jurisprudencial aconteceu antes da consagração positiva, principalmente entre o fim dos anos 60 e a metade dos anos 70.

A ausência, nas décadas iniciais, da temática dos Direitos Humanos dos tratados comunitários não implicou o seu desamparo nas instituições do bloco. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), por meio de sua jurisprudência, encabeçou a construção, no âmbito do direito comunitário, da proteção aos Direitos Humanos, embasada nos direitos domésticos dos Estados-membros e na Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950.

A quase inexistência absoluta de um fundamento normativo, criou a necessidade de construir uma doutrina europeia dos direitos fundamentais, forçando a Corte de Justiça a modular a base legal, os fundamentos jurídicos, e a proteção comunitária dos direitos^{3, 4}.

Como dito, o TJCE desempenhou um papel de fundamental importância no processo de construção da integração europeia, principalmente entre 1965 a 1985. Duas das características fundamentais do direito comunitário europeu são originárias da atuação do TJCE: o efeito direto da norma comunitária e o seu primado sobre o direito nacional⁵.

O efeito direto diz respeito à aplicabilidade do direito proveniente das instituições europeias pelos tribunais nacionais sem a necessidade de internalização da norma, ou seja, uma norma europeia vigente, tanto de direito originário como de direito derivado, pode ser invocada perante os tribunais nacionais. O primado do direito comunitário significa que, caso surja uma antinomia entre uma norma comunitária e uma norma nacional, a norma comunitária deve prevalecer, com exceção para a proteção dos Direitos Humanos em que se aplica a norma que proteja de forma mais abrangente o indivíduo, sem se endereçar a questão da fonte ser comunitária ou doméstica.

O TJCE prosseguiu o desenvolvimento de uma ordem jurídica comunitária de salvaguarda dos direitos fundamentais, à qual foi aditando novos direitos fundamentais. Para tal, reconheceu princípios jurídicos gerais e aplicou-os inspirando-se nas tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros e nas convenções internacionais sobre proteção dos direitos humanos de que estes são partes signatárias. Entre estes textos, conta-se a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), que determinou o conteúdo dos direitos fundamentais da Comunidade e os mecanismos de

4 GUZZETTA, op. cit., p.108.

5 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

salvaguarda. Foi nesta base que o Tribunal elevou à categoria de direitos comunitários fundamentais uma série de liberdades, a saber, o direito de propriedade, o livre exercício de uma atividade profissional, a inviolabilidade do domicílio, a liberdade de opinião, o direito à proteção da personalidade, a proteção da família (designadamente o direito ao reagrupamento familiar para os trabalhadores migrantes), a liberdade econômica, a liberdade de religião ou de crença, assim como uma série de direitos e garantias processuais, como o direito de ser ouvido, o princípio da confidencialidade da correspondência entre advogado e cliente que o Common Law consagra sob a designação de “legal privilege”, a proibição da dupla sanção ou ainda a necessidade de justificar os atos jurídicos comunitários.

Após garantia da segurança dos Direitos Humanos na integração europeia pela via da jurisprudência do TJCE, assistiu-se à inserção progressiva desses direitos nos tratados constitutivos da UE. A presença dos Direitos Humanos nos tratados constitutivos era tema de fundamental importância, pois como o TJCE utilizava como fonte, em seus julgados, os princípios gerais de direito, assentado nas tradições constitucionais, e referia os textos internacionais, a exemplo Convenção Europeia de Direitos Humanos, provocava forte insegurança jurídica pela ausência de previsão legal no direito comunitário. O TJCE apropriava-se, no julgamento de cada caso, das fontes constitucionais e/ou internacionais devendo realizar um processo de recepção dessas fontes para a sua aplicação pelo direito comunitário.

Sedimentar, portanto, os Direitos Humanos nos tratados constitutivos, significava realizar sua inserção no próprio direito comunitário, abandonar a incerteza jurídica e o processo de transformação ou recepção das demais fontes de direito em fonte do direito comunitário.

2.2 A adequação do direito positivo

Como já dito, nos primórdios da criação da então Comunidade Europeia, o foco era o aspecto econômico e político. A previsão de direitos fundamentais dos cidadãos europeus não era importante naquele momento, tampouco a proteção desses direitos.

Tanto é assim, que no Tratado de Roma firmado em 1957, que criou a Comunidade Econômica Europeia, não havia qualquer menção expressa aos direitos fundamentais, o objetivo do Tratado era apenas criar a união dos países baseada na integração econômica.

Em 1992, após a queda do muro de Berlim, o cenário na Europa se alterou. Era necessário incluir na, então Comunidade Econômica Europeia, países que haviam saído do comunismo.

Nesse cenário, firmou-se o Tratado da União Europeia (ou Tratado de Maastricht de 1992). Referido Tratado criou a União Europeia, a qual engloba não apenas aspectos econômicos e políticos, mas também aspectos sociais.

Em tal tratado, a proteção dos direitos fundamentais, além de receber uma confirmação no preâmbulo do mesmo, fez-se objeto de uma expressa disposição pactual. Estabeleceu-se, de fato, que a União respeita os direitos fundamentais, os quais são garantidos pela Convenção europeia pela defesa dos direitos do homem e das liberdades fundamentais⁶.

O Tratado de Maastricht foi emendado pelos tratados de Amsterdam, Nice e Lisboa.

Apenas com o Tratado de Amsterdam (que modificou o Tratado da União Europeia e foi assinado em Amsterdam, em 2 de outubro de 1997, e entrou em vigor em 1 de maio de 1999) é que se pode dizer concluído o processo de primeira incorporação nos tratados das normas de tutela geral dos direitos fundamentais e que representa uma passagem semelhante à do Estado Legal ao Estado de Direito⁷.

O Tratado afirma que a União Europeia se baseia nos princípios de liberdade, democracia, respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e do Estado de Direito. Estes princípios são comuns a todos os estados membros.

Ademais, no Tratado de Amsterdam consolidou-se que a intenção dos estados membros a respeitar os direitos sociais incluídos na Carta Comunitária de Direitos Sociais aprovada em 1989, conhecida normalmente como Carta Social. A União Europeia pôde daqui em diante atuar nos âmbitos da saúde e segurança dos trabalhadores, as condições de trabalho, a integração das pessoas excluídas no mercado de trabalho e na igualdade de tratamento entre homens e mulheres.

Estabeleceu-se, ainda, o princípio da não discriminação e de igualdade de oportunidades como uma das directrizes básicas da política da União Europeia. O Conselho comprometeu-se a adoptar todo o tipo de medidas contra a discriminação por motivos de sexo, de origem racial ou étnica, religião ou convicção, incapacidades, idade, ou orientação sexual. Também foi reforçada e fomentada a igualdade entre homens e mulheres.

Por fim, previu-se a possibilidade de que quando um estado membro violasse os direitos fundamentais se pudesse adotar medidas da União contra esse estado. É um meio de execução político, e não jurisdicional, no caso de violação grave de algum dos princípios fundadores da União por um Estado-Membro, o TUE permite ao Conselho suspender alguns

6 Artigo F.2 do Tratado da União Europeia ou Tratado de Maastricht.

7 GUZZETTA, op. cit., p.110.

dos direitos deste Estado-Membro, por exemplo a suspensão do direito de voto no Conselho.

Posteriormente em 1998, o Conselho Europeu acordou que a União Europeia deveria redigir e aprovar uma Carta de Direitos Fundamentais. O apoio ao projeto de integração europeia fora posto em perigo pelos efeitos sociais decorrentes da introdução da moeda única e da realização do Mercado Único. Os cidadãos tinham perdido a confiança na Europa. Era assim importante reafirmar a dimensão social da integração europeia, salientando a importância da proteção dos direitos fundamentais a nível europeu.

A questão que ficou em aberto foi a natureza da Carta a elaborar. Deveria ser uma simples proclamação ou antes um conjunto de direitos legalmente vinculativos, que pudessem ser considerados como uma proteção e progresso dos direitos do Homem na União?⁸ Existiam diferenças de opinião entre os dirigentes da União Europeia e por isso o Conselho Europeu deixou a questão delicada do estatuto da Carta para decidir numa fase posterior.

Em outubro do mesmo ano (1998), reunido na cidade finlandesa de Tampere, o Conselho Europeu decidiu confiar a elaboração desta Carta dos Direitos a uma Convenção, composta por deputados nacionais e europeus e por representantes dos governos. A Convenção se reuniu periodicamente durante o ano 2000 e consultou um amplo leque de organizações da sociedade civil antes de elaborar e adotar a Carta, em outubro de 2000. A Carta então foi aprovada pelo Parlamento Europeu e pela Comissão em tempo útil para o Conselho Europeu de Dezembro de 2000, que se realizou em Nice, França.

Esta Carta veio a consolidar os princípios gerais expressos na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), aprovado em 1950 no quadro do Conselho da Europa.

A Carta dos Direitos Fundamentais foi proclamada pela Comissão, pelo Conselho e pelo Parlamento em 7 de dezembro de 2000 no Conselho Europeu de Nice e, posteriormente, reafirmada e alterada em 2007 (através do Tratado de Lisboa, também conhecido como Tratado Reformador).

Com a adoção do Tratado de Lisboa, em finais de 2009, a situação evoluiu substancialmente, uma vez que a Carta dos Direitos Fundamentais adquiriu um estatuto juridicamente vinculativo, passando a ter o mesmo valor jurídico dos Tratados⁸. O Tratado da União Europeia (TUE) indica⁹ que a União se funda nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do

⁸ Artigo 6.º do TUE

⁹ Artigo 2.º do TUE

Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. A partir deste marco, o Tratado da União Europeia, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e a Carta dos Direitos Fundamentais passaram a ter valor jurídico igual e combinados, constituindo a base jurídica da União Europeia.

Os direitos previstos na Carta, contudo, não eram novos: a Carta fundamenta-se no direito consolidado, ou seja, reúne num único documento os direitos fundamentais reconhecidos pelos Tratados comunitários, pelos princípios constitucionais comuns aos Estados-Membros, pela Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem e pelas Cartas Sociais da União Europeia e do Conselho da Europa.

A Carta reúne num texto único todos os direitos das pessoas. Aplica, assim, o princípio da indivisibilidade dos direitos fundamentais. Rompendo com a distinção que os textos europeus e internacionais haviam até então estabelecido entre direitos civis e políticos, por um lado, e direitos económicos e sociais, por outro. A Carta enumera todos os direitos em questão agrupando-os em torno de princípios-chave: dignidade humana, liberdades fundamentais, igualdade, solidariedade, direitos dos cidadãos e justiça. A Carta tem por único objetivo proteger os direitos fundamentais individuais no contexto da ação das instituições da União Europeia e dos Estados-Membros em aplicação dos Tratados da União.

3 MECANISMOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA UNIÃO EUROPEIA

A construção de uma Europa unida assenta em princípios fundamentais que os Estados-Membros reconhecem e cuja concretização cabe aos órgãos executivos da União Europeia. Entre estes princípios fundamentais destacam-se a realização de uma paz duradoura, a unidade, a igualdade, a liberdade, a segurança e a solidariedade. A União Europeia reconhece-se explicitamente no respeito da liberdade, da democracia e do Estado de direito, valores que são comuns a todos os Estados-Membros¹⁰.

Estes princípios, aliados à proteção das liberdades e dos direitos fundamentais, foram reforçados pelo Tratado da União Europeia, que, pela primeira vez, prevê medidas em caso de violação dos princípios fundamentais da União¹¹.

¹⁰ Artigo 6º, n.º 1 do Tratado UE

¹¹ Artigos 7º e 8º do Tratado EU.

3.1 Papel do conselho

Em termos concretos, cabe ao Conselho da União Europeia, reunido a nível de chefes de Estado ou de Governo, sob proposta de um terço dos Estados-Membros ou da Comissão, e após parecer favorável do Parlamento Europeu, verificar a existência de uma violação grave e persistente dos princípios da União por um dos Estados-Membros.

Nestes casos, o Conselho pode decidir, por maioria qualificada, suspender alguns dos direitos decorrentes dos Tratados da UE e CE ao Estado-Membro em causa, incluindo o direito de voto do representante desse Estado-Membro no Conselho. Ao fazê-lo, o Conselho terá em conta as eventuais consequências dessa suspensão nos direitos e obrigações das pessoas singulares e coletivas. O Estado-Membro em questão continuará, de qualquer modo, vinculado às obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados UE e CE.

3.2 Papel do parlamento

O Parlamento Europeu atribuiu sempre grande importância ao respeito dos direitos fundamentais na União Europeia. Cabe a ele o papel de orientação geral aos Estados Membros.

Desde 1993, o Parlamento Europeu realiza um debate anual e adota uma resolução sobre esta matéria com base num relatório da sua Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos. Além disso, vem aprovando também várias resoluções sobre questões específicas relativas à proteção dos direitos fundamentais nos Estados-Membros.

O Parlamento Europeu tem se concentrado em particular na questão da codificação dos direitos fundamentais. Foi responsável pela declaração de princípio sobre a definição de direitos fundamentais adotada pelas três instituições políticas da UE (Comissão, Conselho e Parlamento Europeu) em 5 de abril de 1977 e desenvolvida em 1989.

Em 1994, o Parlamento Europeu elaborou uma lista dos direitos fundamentais garantidos pela União. O Parlamento Europeu interessou-se especialmente pela elaboração da Carta dos Direitos Fundamentais tornando-a uma das suas prioridades de natureza constitucional.

Finalmente, o Parlamento Europeu defende regularmente a adesão da UE à Convenção Europeia de Direitos Humanos, salientando que tal fato não duplicaria o papel da Carta. Em resoluções de 2014, o Parlamento defendeu também a criação de um mecanismo mais eficiente a fim de assegurar que os Estados-Membros respeitem efetivamente os valores fundamentais da União Europeia e as exigências da democracia e do Estado de direito.

3.3 Papel da agência dos direitos fundamentais

A Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia é o organismo sucessor do Observatório Europeu do Racismo e da Xenofobia criado em 1997. O objetivo principal do Observatório era fornecer à União Europeia e aos seus Estados-Membros informações objetivas, fiáveis e comparáveis a nível europeu sobre o racismo, a xenofobia e o antissemitismo a fim de os ajudar a tomarem medidas ou a formularem políticas apropriadas.

A Agência foi criada por um regulamento do Conselho de fevereiro de 2007. Funciona desde março de 2007 e tem sede em Viena. O objetivo da Agência é fornecer assistência e capacidade técnica no domínio dos direitos fundamentais às instituições da UE e aos Estados-Membros. A Agência não está autorizada a tratar de queixas individuais, não tem poderes de decisão na área da regulação, nem está habilitada a monitorar os direitos fundamentais nos Estados-Membros¹².

Um quadro plurianual de cinco anos estabelece os domínios em que a Agência pode desenvolver a sua ação. As atribuições da Agência incluem, designadamente, o recolhimento, análise, difusão e avaliação de informações e dados relevantes, a realização de investigação e trabalhos científicos, a elaboração de estudos preparatórios e de viabilidade e a publicação de um relatório anual sobre os direitos fundamentais e de relatórios temáticos.

3.4 Papel dos tribunais

3.4.1 Sistema Jurídico da União Europeia

O ordenamento jurídico da União Europeia, com relação à garantia dos direitos fundamentais nos Tribunais, é constituído, segundo Maria Luísa Duarte¹³ pelo “triângulo normativo europeu”, que, por sua vez, é formado por três matrizes jurídico- institucionais: a matriz europeia, a matriz comunitária e a matriz nacional. Ou seja, de um dos lados do triângulo se encontra o juiz: ou no Tribunal Nacional (qualquer tribunal de um estado Membro da UE), ou no Tribunal Comunitário (Corte de Justiça da União Europeia) ou no Tribunal Europeu (Tribunal Europeu dos Direitos do Homem).

¹² Artigo 7.º do TUE

¹³ DUARTE, Maria Luísa. *O Direito da União europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem: uma defesa do “triângulo judicial europeu”*. Coimbra: Coimbra. p.18, 2000.

Envolto por estas três paredes jurídicas, está o cidadão da União Europeia ou cidadão de Estado terceiro, que, conclui-se, tem vários mecanismos a sua disposição para garantia dos seus direitos fundamentais.

Poderá esgotar as vias internas (Tribunais Nacionais do Estado Membro) em busca da proteção dos seus direitos fundamentais, podendo chegar ao Tribunal de Justiça (Corte de Justiça da União Europeia). Ou, com base na Carta de Direitos Fundamentais, detentora de força vinculante, ter acesso diretamente a Corte de Justiça Europeia. Em uma última instância, neste vasto campo de proteção dos direitos humanos, o cidadão da União Europeia ou de um estado terceiro que se sinta lesado por algum Estado Membro no campo de seus Direitos Humanos pode recorrer ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que está especialmente vinculado à convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Esta visualização se torna mais fácil diante das palavras de Mariana Rodrigues Canotilho, quando explana que:¹⁴

[...] há que considerar, por um lado, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), tal como tem sido interpretada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; por outro lado, o chamado “bloco de juridicidade comunitário”, que engloba todo o *acquis communautaire*, a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE, que foi, durante muito tempo, a principal fonte, no que diz respeito a direitos fundamentais) e ainda o texto da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, [...] Finalmente, o terceiro lado do mencionado triângulo normativo é constituído pelas normas constitucionais nacionais relativas a direitos fundamentais.

Verifica-se, então, que na União Europeia pode-se apontar três camadas para a defesa dos Direitos Humanos¹⁵.

Identifica-se a primeira camada quando os indivíduos utilizam os instrumentos disponíveis na esfera do ordenamento jurídico doméstico para a salvaguarda dos Direitos Humanos, segundo as Leis Fundamentais de cada Estado-membro.

A segunda camada de proteção faz-se presente no caso de exaustão dos remédios jurídicos domésticos e diante de uma violação à Carta

14 CANOTILHO, Mariana Rodrigues. O princípio do nível mais elevado de proteção e a garantia dos direitos fundamentais na União Europeia, in *50 Anos do Tratado de Roma*. Coordenação de Alessandra Silveira. Quid juris; Lisboa, 2007. p.326-327.

15 DEITOS, Marc Antoni. A Adesão da união europeia à convenção europeia dos direitos humanos: rumo a uma quarta camada de proteção dos direitos humanos. *Direitos fundamentais & justiça*, ano 7, n.24, p.113-133, jul./set..2013

Europeia dos Direitos Humanos, possibilitando-se, então, o recurso individual à Corte de Direitos Humanos contra o Estado.

Identifica-se a terceira camada no caso de as instituições comunitárias europeias infringirem a Carta Europeia inserida no Tratado de Lisboa, ou os Estados-membros a violarem na fase de implementação do direito comunitário nos respectivos âmbitos nacionais. Nessa circunstância, possibilita-se às pessoas físicas e jurídicas o recurso ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Ainda nesse nível, possibilita-se à Comissão Europeia, ao constatar uma violação a Carta Europeia, quando da fase de implementação do direito comunitário pelos Estados-membros, demandar diretamente o Estado no TJUE, tendo em vista a correta aplicação do direito comunitário.

Existe, ainda, mais uma camada de proteção, que, embora existente para os cidadãos europeus, não se encontra no âmbito da União Europeia: o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

É que a União Europeia, propriamente dita, não aderiu à Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

De qualquer forma, o cidadão europeu ou cidadão de um terceiro país que se sinta lesado no campo dos seus Direitos Fundamentais por um Estado Membro pode acionar o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, já que os 27 Estados Membros da União Europeia são também membros do Conselho da Europa, tendo aderido à Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

3.4.2 A Corte de Justiça da União Europeia

O Tribunal de Justiça examina não só a compatibilidade da legislação da União Europeia com os direitos fundamentais, mas também a compatibilidade das medidas tomadas a nível nacional pelos Estados-Membros para aplicarem ou darem cumprimento à legislação da UE.

Com a sua vasta jurisprudência fixa normas de proteção fundamentadas num conjunto de fontes de direito: as disposições dos Tratados, designadamente a Carta dos Direitos Fundamentais da UE; as convenções internacionais às quais os Tratados se referem, notadamente a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e a Convenção de Genebra de 1951, relativa ao estatuto dos refugiados; os direitos fundamentais tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros; e os instrumentos jurídicos internacionais nos quais os Estados-Membros são partes, bem como aqueles nos quais a União Europeia é parte.

O Tribunal já fixou, por exemplo, salvaguardas pontuais dos direitos fundamentais com base numa série de disposições do Tratado. Procedeu desta forma em relação às inúmeras proibições de discriminação, as quais constituem emanações dos diferentes aspectos do princípio geral da igualdade. Importante salientar a proibição de todas as formas de discriminação em razão da nacionalidade¹⁶, o combate à discriminação em razão do sexo, raça, origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual¹⁷, a igualdade de tratamento para as mercadorias e para as pessoas no contexto das quatro liberdades fundamentais (livre circulação de mercadorias¹⁸; livre circulação dos trabalhadores¹⁹; direito de estabelecimento ²⁰e livre prestação de serviços²¹), as regras de concorrência²², bem como o princípio da igualdade de remuneração entre homens e mulheres²³. As quatro liberdades fundamentais da União Europeia, que garantem as liberdades essenciais da vida profissional, podem também ser consideradas como um direito comunitário fundamental à livre circulação e exercício de uma atividade profissional.

Embora reconhecendo o trabalho realizado pelo Tribunal de Justiça na definição dos direitos fundamentais não escritos, forçoso é constatar que este processo de determinação dos direitos fundamentais europeus apresenta uma grande lacuna: o Tribunal tem de se limitar a casos concretos.

Nestas circunstâncias, o Tribunal pode não estar em condições de desenvolver, em todos os domínios necessários e desejáveis, os direitos fundamentais a partir de princípios gerais de direito. Também não lhe é possível determinar a extensão e os limites da proteção destes direitos procedendo às generalizações e diferenciações necessárias. Este sistema não permite às instituições comunitárias estarem seguras de não violar um direito fundamental. Da mesma forma, é impossível para qualquer cidadão da Comunidade determinar em todos os casos se houve uma violação dos seus direitos fundamentais.

16 Artigo 12º do Tratado CE.

17 Artigo 13º do Tratado CE.

18 Artigo 28º do Tratado CE.

19 Artigo 39º do Tratado CE.

20 Artigo 43º do Tratado CE.

21 Artigo 50º do Tratado CE.

22 Artigo 81º do Tratado CE.

23 Artigo 141º do Tratado CE.

4 DESAFIOS ATUAIS

Embora, se verifique que houve muitos avanços na seara de proteção dos direitos fundamentais na União Europeia, ainda há muito trabalho a ser feito. A União Europeia (como Instituição) não aderiu à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH). Todos os seus Estados-Membros são, no entanto, partes nela (com exceção da Bielorrússia). O Tratado da União Europeia prevê a adesão da UE à CEDH²⁴, o que significa que a União Europeia, tal como os seus Estados-Membros atualmente, passaria a estar sujeita no que se refere ao respeito dos direitos fundamentais à revisão de uma entidade jurídica externa à União Europeia especializada na proteção dos direitos fundamentais: o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Em julho de 2013, no entanto, a Comissão dos Estados Membros solicitou ao Tribunal de Justiça que se pronunciasse sobre a compatibilidade do projeto de Acordo de Adesão com os Tratados da UE. Em 18 de dezembro de 2014, o Tribunal de Justiça concluiu que o projeto de Acordo de adesão da UE à CEDH não é compatível com a legislação da União Europeia²⁵, sendo necessária uma profunda modificação na legislação. Até os dias atuais, não foram realizadas as mudanças necessárias e a União Europeia não aderiu, pois, à Convenção.

Após a adesão, tanto os cidadãos europeus, como também os nacionais de países terceiros presentes no território da UE, poderão contestar atos jurídicos adotados pela UE diretamente junto do Tribunal com base nas disposições da CEDH, da mesma maneira que contestam atos jurídicos adotados pelos seus Estados-Membros.

Este passo, ainda a ser dado, constituirá mais um grande avanço na salvaguarda dos direitos fundamentais.

A adesão da União Europeia à Convenção de Direitos Humanos é uma medida que se impõe, vez que coerente com as ações da Instituição. É que, embora a União Europeia seja independente do Conselho da Europa, as organizações compartilham propósitos e ideias, especialmente quanto ao Estado de direito, direitos humanos e democracia.

Além disso, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a Carta Social Europeia, a fonte da lei da Carta dos Direitos Fundamentais, foram criadas pelo Conselho da Europa.

A União Europeia também promove as questões dos direitos humanos no mundo em geral e se opõe à pena de morte e propôs sua

²⁴ Artigo 6.º, n.º 2 do TUE.

²⁵ Parecer 2/13.

abolição em todo o mundo e a abolição desse tipo de pena é uma condição para a adesão à União Europeia.

Verifica-se, portanto, que a não adesão é um contrassenso, pois vai de encontro ao discurso profetizado pela própria Instituição. É imperioso que a União Europeia, além de regulamentar e julgar eventuais ofensas aos direitos fundamentais, também se permita estar na condição de réu perante uma entidade jurídica externa, que tenha independência e imparcialidade para julgar.

A ausência de adesão da Instituição à convenção dos Direitos Humanos impede que a mesma seja demandada diretamente ou em conjunto com seus Estados Membros perante a Corte, quando a violação dos direitos humanos decorre, respectivamente, da atuação das instituições comunitárias ou da implementação e execução do direito comunitário pelos estados Membros.

A necessidade de modificação da legislação europeia para compatibilização com a futura e esperada adesão não pode ser um empecilho para tal avanço. Tal passo é fundamental para a Instituição e para o sucessivo progresso da proteção aos Direitos Fundamentais. Este, sem dúvida, é um dos mais imponentes e atuais desafios da União Europeia no campo da salvaguarda dos direitos fundamentais.

5 CONCLUSÃO

A unidade é o fio condutor da União Europeia. Os Estados europeus precisaram avançar para a unidade para poderem responder aos desafios do presente.

Só no quadro da União Europeia se pôde estabelecer uma ordem econômica estável, só através de um esforço europeu comum se pôde realizar uma política econômica internacional que aumentou a competitividade da economia europeia e ajudou a fortalecer os fundamentos sociais do Estado de direito. Sem coesão interna, a Europa não poderia afirmar a sua independência política e econômica face ao resto do mundo, nem reencontrar a sua influência na cena internacional e ter um papel interveniente na política mundial.

Fato é, no entanto, que a unidade só existe onde reina a igualdade. Dessa maneira, a previsão de Direitos Fundamentais e a proteção desses direitos se tornaram de fundamental importância para a manutenção desta unidade.

Embora durante muito tempo, a base jurídica relativa aos direitos fundamentais na União Europeia tenha residido essencialmente na referência feita pelos Tratados à Convenção Europeia para a Proteção

dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, bem como na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a Carta dos direitos Fundamentais, que se tornou juridicamente vinculativa, alargou essa base jurídica, tornando a garantia dos direitos fundamentais efetivamente um pilar da União Europeia, a base do sistema jurídico da Instituição.

Com base nessa premissa de igualdade, nenhum cidadão europeu pode ser objeto de tratamento diferente, isto é, nenhum cidadão europeu pode ser discriminado, devido à sua nacionalidade. Combate-se, ainda, a discriminação baseada no sexo, raça, origem étnica, religião ou ideologia, deficiência, idade ou orientação sexual. Por isso, todos os cidadãos europeus são iguais perante a lei.

Em relação aos Estados-Membros, nenhum deve beneficiar de posições privilegiadas e o princípio da igualdade exige que as diferenças que a natureza gera, como a superfície, o número de habitantes de um país e as disparidades estruturais, sejam tratadas à luz do princípio da igualdade.

Conclui-se, então, que os direitos fundamentais são um elemento indispensável para reforçar a dimensão social da União Europeia e para salvaguardar e desenvolver o modelo social europeu. A integração da Carta nos Tratados reveste-se de uma importância fundamental. A União Europeia está a afirmar-se como um dos atores principais na cena mundial no que se refere a proteção dos Direitos Fundamentais. O Conselho, o Parlamento e a Comissão apelam frequentemente à necessidade de progresso dos direitos humanos, tal como adotados em Declarações, Pactos e Convenções elaborados pelas Nações Unidas e pelas suas instituições.

Repita-se, a União Europeia está fortemente empenhada na promoção e proteção dos direitos humanos, da democracia e do Estado de direito em todo o mundo. Os direitos humanos têm uma importância especial nas relações da União com outros países e regiões.

Este modelo de Instituição, com todas as suas previsões normativas no âmbito dos direitos fundamentais, bem como com um amplo sistema de mecanismos de proteção desses direitos, é um exemplo a ser seguido, embora ainda haja alguns aspectos a serem trabalhados e melhorados.

A lição que fica para o resto do mundo é que o trabalho de promoção e proteção dos direitos humanos pode contribuir para prevenir e resolver conflitos e, em última análise, reduzir a pobreza. É, pois, uma forte arma de integração, fortalecimento e desenvolvimento das nações.

REFERÊNCIAS

BORGES, Bruno Barbosa. Direitos fundamentais na união europeia: uma breve reflexão sobre a carta dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica UNIARAXÁ*. Araxá, v. 13, n.12, p.63-80, 2009.

CANOTILHO, Mariana Rodrigues. O princípio do nível mais elevado de proteção e a garantia dos direitos fundamentais na União Europeia, in *50 Anos do Tratado de Roma*. Coordenação de Alessandra Silveira. Quid juris; Lisboa, 2007.

DEITOS, Marc Antoni. A Adesão da união europeia à convenção europeia dos direitos humanos: rumo a uma quarta camada de proteção dos direitos humanos. *Direitos fundamentais & justiça*, ano 7, n.24, p.113-133, jul/set.2013.

DUARTE, Maria Luísa. *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*. Coimbra: Coimbra, 2000.

_____. União Europeia. *Estatística e dinâmica da ordem jurídica eurocomunitária*. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. *O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem*: uma defesa do “triângulo judicial europeu”. Coimbra: Coimbra, 2000.

GUZZETTA, Giovanni. La contaminazione costituzionale del diritto europeo. Interrogative su un ordenamento in *divenire*. Torino: G.Giappichelli. p. 108-133, 2015.

HERZ, Mônica; HOFFMANN, Andrea Ribeiro. *Organizações Internacionais: histórias e práticas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*. v. 35, n.124, p.43-55, jan/abr. 2005.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VILAÇA, José Luís da Cruz. A protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*: Coimbra, 2001.

APONTAMENTOS ACERCA DA EFETIVIDADE DAS SENTENÇAS PROFERIDAS PELA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS: EVOLUÇÃO E NOVOS DESAFIOS

*THE EFFECTIVENESS OF JUDGMENTS DELIVERED BY THE
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: EVOLUTION AND
NEW CHALLENGES*

*Andréa Alves de Albuquerque Othon
Especialista em Direito Público. Procuradora Federal atualmente lotada na
Procuradoria Regional Federal da 1ª Região*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve referência ao sistema jurídico europeu de direitos humanos; 2 Corte Europeia de Direitos Humanos: princípios e procedimentos; 2.1 Princípios norteadores do sistema europeu de direitos humanos; 2.2 Procedimentos gerais para apuração de violação a direitos humanos; 3 O cumprimento das decisões da CtEDH e a controvérsia acerca da eficácia de suas sentenças; 3.1 Responsabilidade internacional e reparação de danos; 3.2 Medidas satisfativas; 3.3 O Protocolo n.º 15; 4 Casos emblemáticos da CtEDH e consequências jurídico-políticas nacionais; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Nos últimos anos, a Corte Europeia de Direitos Humanos vem fixando diversas medidas verdadeiramente reparatórias em suas sentenças, visando a compensar o indivíduo pela violação de seus direitos. Entretanto, tal constatação gera, por vezes, evidente conflito entre o princípio da soberania nacional, exacerbado pelo patriotismo dos órgãos constitucionais, e a jurisdição internacional, cuja aceitação pressupõe tolerância pelos governos políticos dos Estados-partes da Convenção Europeia de Direitos Humanos, podendo chegar a comprometer a efetividade do sistema europeu de proteção aos direitos humanos como um todo. Assim, o presente trabalho tem por objetivo analisar a eficácia do sistema europeu de cooperação internacional no tocante à defesa dos direitos humanos, sob o lastro do binômio tolerância versus patriotismo constitucional, dando ênfase à avaliação das principais consequências jurídico-políticas nacionais decorrentes do cumprimento das decisões proferidas pelo Tribunal de Estrasburgo.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Corte Europeia de Direitos Humanos. Convenção Europeia de Direitos Humanos. Medidas Satisfativas. Efetividade de Decisões. Reparação de Danos.

ABSTRACT: In recent years, the European Court of Human Rights is truly setting several reparatory measures on their sentences, aiming to compensate the individual for violation of their rights. However, this fact raises sometimes conflict between the principle of national sovereignty, exacerbated by the patriotism of the constitutional bodies, and the international jurisdiction, whose acceptance presupposes tolerance by the political governments of States Parties to the European Convention on Human Rights, reaching to compromise the effectiveness of the European system of protection of human rights as a whole. Thus, this study aims to examine the effectiveness of the European system of international cooperation for the protection of human rights under the ballast tolerance versus constitutional patriotism, emphasizing the assessment of major national legal and political consequences of compliance decisions given by the Court of Strasbourg.

KEYWORDS: Human Rights. European Court of Human Rights. European Convention on Human Rights. Satisfactive Measures. Enforcement of Judgments. Damage Compensation.

INTRODUÇÃO

Após o fim da Segunda Guerra Mundial e o início da Guerra Fria, os Estados europeus ocidentais, na tentativa de unificar a Europa, com a finalidade de salvaguardar e realizar os ideais e princípios que constituíam sua tradição comum, assim como facilitar seu progresso econômico e social, tendo, entre outros objetivos, o de proteger os direitos humanos e liberdades fundamentais, fundaram o Conselho de Europa, em 1949, na cidade de Estrasburgo (França), historicamente marcada pela disputa franco-alemã de séculos anteriores. Seria, então, um marco no estabelecimento de uma Europa ocidental unida e, sobretudo, democrática.

Nesse contexto, os Estados precursores do Conselho da Europa aceitaram a internacionalização da temática dos direitos humanos, firmando, em 1950, a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH). Desde então, o sistema de Estrasburgo sofreu uma enorme expansão e foi fortalecido diante da necessidade de tornar o poder supranacional mais democrático, com o influxo de Estados da Europa central e oriental, cuja filiação à Convenção assinalou uma ruptura com seu passado autoritário.

Ocorre que, como será visto, a criação de um tribunal internacional de direitos humanos, com a competência de obrigar o cumprimento de normas supracionais em sobreposição à Constituição e aos Tribunais Supremos de cada Estado, gerou – e gera até hoje – potenciais conflitos.

Se antes os julgados da Corte de Estrasburgo eram criticados pela falta de clareza e consistência, hoje parlamentares e juristas de diversos Estados europeus acusam a Corte de ter uma postura excessivamente ativa, de maneira a interferir em decisões que, em tese, deveriam ser tomadas pelos próprios governos internos.

Esse embate entre os interesses de um Estado soberano e as necessidades de uma sociedade europeia voltada à proteção supranacional de direitos humanos tem comprometido, em determinadas circunstâncias, a eficácia das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos e, consequentemente, do sistema jurídico europeu de proteção a esses direitos como um todo.

Assim, o presente trabalho tem por objetivo analisar a eficácia do sistema europeu de cooperação internacional no tocante à defesa dos direitos humanos, sob o lastro do binômio tolerância versus patriotismo constitucional¹, dando ênfase à avaliação das principais consequências

1 POLLICINO, Oreste. *International courts and constitutions: history, rules and comparative law*. A proteção dos direitos fundamentais na União Europeia. Roma. Universidade Tor Vergata, jun. 2016.

jurídico-políticas nacionais decorrentes do cumprimento das decisões proferidas pelo Tribunal de Estrasburgo.

1 BREVE REFERÊNCIA AO SISTEMA JURÍDICO EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

O sistema europeu de proteção de direitos humanos configura um complexo regime de amparo aos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais que abrange mais de 820 milhões de pessoas presentes no continente europeu. Foi criado no contexto do pós-guerra, sob os anseios por proteção dos direitos humanos de indivíduos que haviam sofrido inúmeras e graves consequências no conflito.

Com efeito, para fazer frente a um mundo evidentemente dividido entre Estados Unidos e União Soviética, e com vistas a evitar novo confronto armado, que havia dizimado a população e os enfraquecido política, econômica e socialmente, os Estados da Europa Ocidental decidiram reunir-se, sob a bandeira da garantia de direitos humanos, do regime democrático e do Estado de Direito.

Seguindo os ensinamentos de ANDRÉ RAMOS²:

[...] Essa busca de sinergia e cooperação fez nascer várias organizações internacionais no seio da Europa Ocidental. Em 1948, foi assinado o Tratado de Bruxelas pela França, Holanda, Luxemburgo, Bélgica e Reino Unido, para fins de segurança e defesa militar recíproca. Esse tratado vai dar origem em 1954 à União da Europa Ocidental (UEO), que incorporou ainda a Alemanha (10 anos depois da derrota nazista) e a Itália. Em 1951, é assinado o Tratado de Paris, que criou a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), dando início ao processo de integração europeu, visando o fortalecimento das economias europeias ocidentais. E, nesse contexto, explica-se o surgimento do Conselho da Europa, em 1949, que fecha o ciclo da “defesa dos valores da Europa Ocidental” ao pregar democracia e direitos humanos, em contraponto ao comunismo real dos países vizinhos europeus da esfera de influência soviética.

O Conselho da Europa, inicialmente formado por Bélgica, Dinamarca, França, Holanda, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Noruega, Suécia e Reino Unido, assinou, em 4 de novembro de 1950, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

² RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 147.

(CEDH), instrumento jurídico primordial na estrutura do sistema europeu de direitos humanos.

A CEDH pode ser ratificada por qualquer Estado europeu, desde que democrático e cujo território esteja abrangido, ainda que em parte, pela Europa³. Ela assegura, basicamente, quatro grupos de direitos⁴: a) direitos absolutos, isto é, que não podem sofrer derrogação pelos países, como a vida, a liberdade e a proibição de tortura e escravidão (arts. 2º ao 5º); b) direitos procedimentais, que devem traduzir remédios processuais efetivos a nível nacional, a exemplo do devido processo legal e do princípio “não há pena sem lei” (arts. 6º e 7º e 13º); c) direitos individuais como parte da comunidade, tais como liberdade de consciência, pensamento, privacidade, casamento e religião (arts. 9º a 12º); d) direitos residuais, como propriedade, direito de votar e educação.

Conforme lição de RAMOS⁵, o destaque deste sistema projetado pela CEDH não é a extensão do rol de direitos resguardados, mas sim a implementação de um mecanismo coletivo de controle, internacional e independente, baseado inicialmente em dois órgãos específicos, a Comissão Europeia e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Hoje, tais órgãos foram unificados sob o título de Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH), que possui jurisdição sobre os Estados-partes da CEDH e atua em parceria com o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, órgão político de aferimento de responsabilização.

Nesse passo, o sistema jurídico europeu de proteção aos direitos humanos foi, inicialmente, concebido para restringir à Comissão Europeia de Direitos Humanos e à Corte – hoje unificados – a competência para a interpretação e aplicação da CEDH. O indivíduo não detinha, portanto, capacidade postulatória para deduzir pretensão baseada em violação à Convenção no âmbito da Corte.

Entretanto, com a crescente demanda de ações e o aumento constante de negócios entre os Estados partes, além de tais órgãos terem sido fundidos, reconheceu-se legitimidade às vítimas para suscitar a violação de direitos abrigados pela Convenção.

Sobre o ponto, RAMOS⁶ vai além, ao afirmar que a queda do Muro de Berlim foi determinante para o antigo sistema bifásico ceder lugar a uma jurisdição única e ao alcance de todos, com o fim de estimular a

3 Ibidem, p. 149.

4 REPETTO, Giorgio. *International courts and constitutions: history, rules and comparative law*. A proteção dos direitos no sistema CEDH e a Corte de Estrasburgo. Roma, Universidade Tor Vergata, jun. 2016.

5 Idem, p. 150-151.

6 Op. cit., p. 154.

transformação dos países orientais europeus em sociedades democráticas e, principalmente, capitalistas liberais:

Porém, do meu ponto de vista, a derrocada final da Comissão e do procedimento bifásico europeu ocorreu com a queda do Muro de Berlim e com o ingresso de novos membros da Europa do Leste (inclusive a própria Rússia) no Conselho da Europa. Desde 1990 até hoje, 23 membros ingressaram no Conselho da Europa, quase todos do antigo bloco comunista. Não foi coincidência que, novembro de 1990, foi aberto à assinatura dos Estados o Protocolo n. 9, dando o direito de ação ao indivíduo, ainda com a concorrência da Comissão. E, depois, 11 de maio de 1994, foi aberto à assinatura dos Estados o Protocolo n. 11, que extinguiu a Comissão *tout court*, fundindo-a com a Corte e dando o direito de ação aos indivíduos vítimas de violações de direitos humanos.

O filtro da Comissão e o papel anômalo do Comitê de Ministros protegiam obviamente os Estados europeus ocidentais. Com o ingresso dos membros ex-socialistas, não havia desejo algum de protegê-los.

Pelo contrário, havia o desejo dos Estados capitalistas de estimular os indivíduos a questionarem o “entulho autoritário” do antigo bloco comunista perante a Corte de Estrasburgo. Por isso, rapidamente foram engendradas modificações na Convenção para facilitar o acesso do indivíduo ao sistema europeu de direitos humanos.

Assim, mudou-se o contexto e os líderes ocidentais perceberam a obsolescência da Comissão no seio do novo papel que se esperava da Convenção Europeia de Direitos Humanos, não mais como filtro protetor de Estados Democráticos, mas como motor da transformação das sociedades outrora socialistas em sociedades capitalistas liberais.

2 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS: PRINCÍPIOS E PROCEDIMENTOS

2.1 Princípios norteadores do sistema europeu de direitos humanos

Atualmente, quarenta e sete nações estão abrangidas pelo sistema, reconhecido como o regime internacional mais efetivo no tocante à aplicação

e cumprimento de direitos humanos. Nenhuma democracia jamais denunciou os termos da Convenção⁷.

Tal constatação decorre, principalmente, pelo fato de a Convenção Europeia de Direitos Humanos ser considerada um instrumento vivo, devendo sempre ser interpretada de acordo com a realidade atual de cada Estado e suas condições socioculturais e econômicas⁸.

Esta abordagem tem permitido o desenvolvimento, nos últimos anos, de obrigações impostas positiva e especificamente pela Corte, cujo efeito tem sido o aumento da proteção dos direitos humanos de grupos vulneráveis, como vítimas de estupro, violência doméstica e tráfico de seres humanos.

Importante ressaltar, contudo, que, apesar de a CEDH ser um importante instrumento na internacionalização das garantias de direitos humanos e liberdades fundamentais, dispensando proteção judicial para além do Estado-parte, ela também convive com as normas internas de cada país, as quais podem conferir-lhe status constitucional ou tão somente natureza legal no âmbito do ordenamento jurídico pátrio.

Isto é, embora a universalidade, indivisibilidade e interdependência sejam características substanciais dos direitos humanos, é de cada Estado a responsabilidade principal de assegurar o respeito e cumprimento efetivo de sua jurisdição. Daí é que se fala nos princípios da subsidiariedade, da proporcionalidade e da margem de apreciação nacional, constituindo a CEDH garantia adicional de proteção a direitos humanos.

Segundo o princípio da subsidiariedade, extraído dos art. 35⁹ da CEDH, o mecanismo de proteção dos direitos humanos engendrado pela Corte de Estrasburgo é considerado subsidiário aos recursos oferecidos pelo ordenamento interno de cada Estado, de modo que a Corte deverá ser acionada tão somente se houver falha dos Estados-partes em garantir o efetivo respeito à Convenção¹⁰.

7 DONALD, Alice; GORDON, Jane; LEACH, Philip. *The UK and the european court of human rights*. Londres: London Metropolitan University/Human Rights and Social Justice Research Institute, 2012. 241p. p. vi.

8 Sobre o tema, registre-se o exemplo de DONALD, GORDON e LEACH (op. cit., p. 18): "For example, in a landmark decision in 1978, the ECtHR held that the birching of a school boy on the order of a juvenile court was a 'degrading punishment' contrary to Article 3 of the Convention, even though corporal punishment had previously been regarded as a normal sanction".

9 "1. O Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva".

10 ARANTES, Amanda Carolina Cota; FRANCO, Karina Marzano; CASTRO, Bruno Braz. A Corte europeia de direitos humanos. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto; SILVA, Roberto Luiz (Org). Manual de direito processual internacional. São Paulo: Saraiva, 2012. 596-629. Ressalte-se, no ponto, passagem de DONALD, GORDON e LEACH (op. cit., p. 16): "The Interlaken Declaration adopted by Council of Europe states in 2010 emphasised the: 'subsidiary nature of the supervisory mechanism established by the Convention and

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, é tomado como o cerne de investigação da Corte quanto à razoabilidade de sua ingerência sobre o direito interno. Como visto, alguns direitos previstos na Convenção são absolutamente inderrogáveis, a exemplo da proibição à tortura e à escravidão, enquanto outros podem sofrer limitação em determinadas circunstâncias, nos casos, vg., de conflito entre segurança pública e liberdade de pensamento, consciência e religião.

Segundo a doutrina¹¹, a limitação dos direitos humanos deve observar os seguintes requisitos: estar prescrita em lei, partindo-se do pressuposto de que a restrição não é arbitrária, irracional ou ineficaz; perseguir um ou mais direitos particulares legítimos; ser necessária em uma sociedade democrática, como resposta a uma necessidade social imperiosa; e ser proporcional ao objetivo legitimamente perseguido. Assim, a avaliação da proporcionalidade da medida deverá questionar se uma abordagem menos restritiva poderia ter sido dada ao panorama apresentado.

Por sua vez, o princípio da margem de apreciação nacional defende que “as particularidades culturais e socioeconômicas entre Estados Contratantes garantem-lhes certa margem para diferir uns dos outros na aplicação e interpretação da Convenção”¹², de maneira que o tribunal deve levar em consideração as características de cada país na apreciação do caso que lhe foi posto. Por conseguinte, ainda que uma situação configure violação a direitos humanos em um determinado país, ela pode ser considerada aceitável em outro, não obstante ambos tenham ratificado a mesma Convenção¹³.

Os princípios balizadores do sistema – principalmente subsidiariedade e margem de apreciação nacional –, se, à primeira vista, podem ser interpretados como denegação de justiça internacional, já que tradições nacionais majoritárias não sofreriam o crivo da Corte¹⁴, à segunda, traduzem o espírito de cooperação e jurisdição internacional,

notably the fundamental role which national authorities, i.e. governments, courts and parliaments must play in guaranteeing and protecting human rights at the national level”.

11 DONALD, GORDON; LEACH. *op. cit.*, p. 17.

12 ARANTES; FRANCO; CASTRO. *op. cit.*, p. 614-615.

13 “O caso típico do reconhecimento de uma “margem de apreciação” aos Estados pela Corte é *Handyside* × Inglaterra, de 1976. A circulação de um livro escolar havia sido impedida pelas cortes inglesas, sob o argumento de que havia conteúdo obsceno. Em outros países europeus, entretanto, a publicação circulava livremente. A Corte, provocada para declarar se houve violação ao artigo 10 – direito à liberdade de expressão –, afirmou que não há um conceito uniforme de moral entre os países europeus. Assim, haveria uma margem para cada Estado analisar o que seria obsceno ou não, de acordo com seu ordenamento jurídico e os valores morais vigentes à época”. (*Ibidem*. p. 615).

14 Cf. RAMOS, p. 167.

reforçando a legitimidade de criação de um sistema jurídico europeu de proteção a direitos humanos, com a previsão de direitos e deveres práticos e efetivos e a imposição de obrigações positivas.

É certo que, como será visto adiante, a ameaça de inefetividade do sistema europeu de direitos humanos não está superada, mesmo porque o patriotismo constitucional, isto é, a defesa exacerbada da aplicação da Constituição pátria sempre leva ao conflito soberania nacional versus jurisdição internacional.

Contudo, há de se ter em mente que a proteção aos direitos humanos é tão relativa quanto a supremacia de cada Estado, no sentido de que ambas suportam limitações impostas tanto pelo sistema jurídico interno quanto pelo internacional. Desse modo, ainda que sofra autocontenção em decorrência de regras esculpidas pelos países convenientes, a CtEDH vem caminhando para a concretização de suas decisões.

2.2 Procedimentos gerais para apuração de violação a direitos humanos

Atualmente, duas instituições marcam o sistema europeu de proteção de direitos humanos: a Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH) e o Comitê de Ministros. Como visto anteriormente, a CtEDH é fruto da junção de competências da Comissão e da Corte, ocorrida com a vigência do Protocolo n.º 11 à Convenção, o qual, além de tornar a Corte a única responsável por decidir sobre questão que envolva a aplicação e a interpretação da Convenção, tornando sua jurisdição obrigatória, reconheceu o direito de petição individual perante o órgão jurisdicional¹⁵.

A Corte de Estrasburgo, composta por tantos juízes quantos são os Estados partes da Convenção, além de ser competente pela análise da admissibilidade da petição e pela tentativa de solução amigável e apreciação contraditória, pode emitir opiniões consultivas acerca de questões concernentes à interpretação e aplicação da Convenção, sempre que o Comitê de Ministros do Conselho da Europa assim solicitar, sob voto da maioria de seus membros¹⁶.

É que o procedimento bifásico (Comissão e Corte) tornava demasiado lento o antigo sistema europeu de proteção de direitos humanos, porquanto o caso só era levado à Corte após a análise da admissibilidade e fracassada a conciliação perante a Comissão Europeia, isso quando não era adjudicado ao Comitê de Ministros, que possuía competência residual decisória¹⁷.

15 CEDH, arts. 32 e 34.

16 CEDH, arts. 32, 47 e 52.

17 RAMOS, p. 157.

Com a mudança, os julgamentos da Corte cresceram exponencialmente: até 1998 – data da vigência do Protocolo n.º 11 –, a Comissão havia recebido aproximadamente 45 mil petições, muito embora a Corte tenha julgado somente 837 casos. Já em 2015, de acordo com o Relatório Anual de 2015 emitido pela Corte Europeia, foram decididas 45.576 ações¹⁸.

De um lado, o sistema europeu ganhou relevância e cada vez mais os indivíduos o procuram, gerando conflitos entre jurisdições justapostas (os conflitos entre os Tribunais Supremos de cada Estado e a Corte Europeia são cada vez mais evidentes) e reclamos por implementação efetiva das decisões de Estrasburgo.

Por outro lado, o congestionamento de casos preocupa, pois uma Corte com 47 juízes analisa atualmente violações de direitos humanos em um agregado de mais de 823 milhões de pessoas, o que pode sugerir necessidade de profunda reflexão sobre o que se espera de um “Tribunal Internacional de Direitos Humanos”¹⁹.

E, justamente no intuito de respeitar a soberania dos Estados e restringir a jurisdição da Corte aos casos mais emblemáticos de violação de direitos, foram concebidas várias regras de acesso à Corte de Estrasburgo.

Após a vigência do Protocolo n.º 14, a CtEDH foi dividida do seguinte modo: Tribunal Pleno (Grand Chamber), composto por 17 juízes; e cinco Seções (Chambers), com 7 juízes cada, subdivididas, por sua vez, em Comitês (Committee) de três juízes por período determinado.

Os processos, quando ajuizados na Corte, são distribuídos entre as cinco Seções e, então, encaminhados a um de seus juízes, para análise de admissibilidade. A decisão do juiz singular é definitiva quanto à inadmissibilidade ou arquivamento da petição.

Sobre a admissibilidade, é necessário o preenchimento das seguintes condições da ação²⁰: conflito entre direito de indivíduo versus Estado parte da CEDH²¹; violação prevista e ocorrida após a assinatura da Convenção;

18 *Annual Report 2015 of the European Court of Human Rights, Council of Europe*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_Report_2015_ENG.pdf>. Acesso em set./2016. P. 189.

19 RAMOS, op. cit., p. 158.

20 CEDH, art. 35.

21 “Os indivíduos, grupos de indivíduos ou organizações não governamentais sob a jurisdição dos Estados-membros são legitimados a propor ações de apuração da responsabilidade internacional por violação de direitos humanos de sua titularidade. Assim, não há – como no sistema interamericano de direitos humanos – a possibilidade de uma organização não governamental processar um Estado por violação de direitos humanos de terceiros: só tem legitimidade ativa para propor ações que tutelem seus próprios direitos. Essa restrição

exaurimento de remédios nacionais; ajuizamento dentro do prazo de seis meses após a decisão definitiva de âmbito nacional; e significativo prejuízo decorrente da violação do direito suscitado.

Caso não declarada a inadmissibilidade, o processo é adjudicado ao Comitê de três juízes, o que geralmente ocorre quando já há posição pacificada na Corte sobre o assunto, ou é passado diretamente para a Seção. O Comitê tem competência para proferir uma sentença de mérito sumária quando a interpretação ou a aplicação da Convenção já estiver consolidada na Corte EDH, sendo também irrecorrível. Na hipótese de não haver unanimidade entre os três juízes, o caso é analisado pela Seção.

O juiz singular e o Comitê constituem-se, pois, em órgãos de filtragem de causas, podendo-se aferir sua eficácia e importância tão somente pelo número de ações não admitidas no ano de 2015: das 45.576 decisões proferidas pela Corte, 43.135 foram no sentido de inadmissibilidade ou arquivamento, totalizando quase 95% das sentenças²².

Por fim, registre-se que o caso pode ser remetido pela Seção diretamente ao Tribunal Pleno, quando denote que o tema em questão é controverso. Ademais, o Tribunal Pleno também funciona como órgão de segundo grau de jurisdição, competente para o exame de eventual recurso ajuizado face às decisões proferidas por uma Seção.

3 O CUMPRIMENTO DAS DECISÕES DA CTEDH E A CONTROVÉRSIA ACERCA DA EFICÁCIA DE SUAS SENTENÇAS

3.1 Responsabilidade internacional e reparação de danos

A responsabilidade é característica primordial de um sistema jurídico. Não há como se pensar em defesa de direitos e cumprimento de deveres sem um mecanismo jurisdicional que garanta a reparação do dano ou a imposição de sanções de coerção ao violador da norma jurídica.

No plano internacional, a responsabilidade tem fundamento no princípio da igualdade soberana entre os Estados e subsiste para o fim de assegurar o desenvolvimento das relações entre as nações, com base na paz e na segurança coletiva. No entanto, “[...]o problema grave de nosso

atomiza as demandas perante a Corte, que possuem caráter individual e não coletivo. Não é necessária a nacionalidade do Estado-réu ou sequer que a estadia no território seja regular. Mesmo estrangeiros em situação irregular podem processar um Estado-réu perante a Corte EDH e sair vitoriosos” (RAMOS, p.159).

22 *Annual Report 2015 of the European Court of Human Rights, Council of Europe*. p. 189.

tempo, na leitura de Bobbio, não é mais declarar ou fundamentar os direitos humanos, mas sim protegê-los com efetividade, ou seja, implementá-los”²³.

Com efeito, a responsabilização dos Estados, com a imposição de sanções em face do descumprimento de deveres previamente assentidos, é essencial para reafirmar a juridicidade das normas internacionais, especialmente as que tratam de direitos humanos, muito embora o simples estabelecimento de medidas coercitivas não seja suficiente a um sistema jurídico eficaz. Nesse sentido, cumpre transcrever a lição de ACCIOLY²⁴:

Da mesma forma esvazia o direito internacional de seu conteúdo jurídico e de sua efetividade a pretensão de querer reduzi-lo a conjunto de postulados de moral internacional. Se o direito se torna impreciso, perde grande parte de sua eficácia.

[...] O argumento da ausência de sanções reflete o erro essencial dessa concepção: considerar o estado como a única fonte de direito. Paul REUTER (1961) enfatiza “a recusa do monopólio” sobre o direito, na linha de Ph. JESSUP e Alfred VERDROSS. Quanto mais perfeita a ordem jurídica, menor a necessidade de coação. Esta pode existir como potencialidade, sem necessariamente ter de ser transformada em medidas coercitivas ou sem que haja relação direta entre o estado, responsável pela violação, e os estados que reajam a tal violação.

Na realidade, a fim de dar efetividade ao sistema jurídico de direitos humanos, é preciso que a Corte competente para o julgamento das causas que tratem sobre o tema emane decisões satisfativas e concretas que tenham o condão de rechaçar, na prática, a violação ao texto da Convenção.

Assim, uma vez caracterizados a existência de um fato internacionalmente ilícito, o resultado lesivo e o nexos causal entre ambos, a Corte deve estar apta a determinar a reparação do dano sofrido pelo indivíduo autor.

Um dos problemas da falta de ineficácia das decisões da Corte reside, justamente, no tipo de reparação determinado. Por muito tempo, entendeu-se que a natureza jurídica da ação ajuizada perante a CtEDH, a teor do art.

23 RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional do estado por violação dos direitos humanos. *Revista CEJ*, Brasília, v. 9, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005.

24 ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO E SILVA, G.E. do Nascimento. *Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 74-75.

50 da Convenção (hoje art. 41²⁵), era exclusivamente declaratória, apesar de vinculante. Isto é: buscava-se a declaração da violação de direitos humanos, para que, após, o Estado condenado escolhesse os mecanismos internos mais adequados para a reparação devida. E, apenas na hipótese de o Estado não reparar o dano, é que se pleiteava a condenação do infrator ao pagamento de uma multa pecuniária. Tal procedimento constituía, nas palavras de André RAMOS, uma trava de segurança²⁶ esculpida e estimulada pelos Estados, a fim de resguardar sua soberania e independência à época da assinatura da Convenção:

Foi criado um falso comprometimento dos Estados europeus com os direitos humanos internacionais, pois a sentença da Corte é vinculante (artigo 46), porém pode ser substituída por uma “satisfação equitativa” (artigo 41), bastando o Estado comunicar que, em face do seu próprio Direito, não é possível a cessação do ilícito ou restituição na íntegra à situação anterior à violação.

Muito cômodo para os Estados europeus. Não precisariam sequer alterar seu próprio ordenamento ou enfrentar a difícil questão de superar coisa julgada interna ou um posicionamento de seu Tribunal Constitucional.

Ocorre que, com o aumento exponencial de demandas e a erosão da credibilidade da própria Corte nos casos em que apenas a cessação do ilícito e a restauração do direito violado seriam bastantes ao indivíduo, o sistema europeu de direitos humanos passou a dar uma nova interpretação ao dispositivo que previa a reparação de danos e começou a autorizar medidas de caráter genuinamente satisfativo, a exemplo de obrigações de fazer e não fazer.

Acerca da desnecessidade de introdução de nova norma no regramento jurídico internacional, sendo suficiente a mudança de interpretação extraída da razão de existência de determinado dispositivo – o que reforça o caráter da Convenção como instrumento vivo do sistema europeu de direitos humanos –, cumpre transcrever a lição de ACCIOLY²⁷:

25 “Art. 41o. Reparação razoável. Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário”.

26 *Processo internacional de direitos humanos*, p. 170.

27 op. cit., p. 653-654.

Seja qual for o modo de elaboração das normas de direito internacional, qualquer que seja o objeto desse direito, cumpre assinalar em relação ao positivismo (ou voluntarismo) jurídico que o direito não é principalmente vontade, mas essencialmente razão e justiça. No ato jurídico, que é o enunciado de qualquer norma legal ou convencional, encontra-se a conjugação de operação da inteligência e da vontade. A deliberação e o julgamento que lhe põe termo são atos da razão. A vontade tem, aqui, papel secundário. Ela assume a ideia que a inteligência lhe propõe; ela confere-lhe eficácia. É, assim, da razão que a norma tira a sua essência.

3.2 Medidas satisfativas

Hoje, na hipótese de decisão desfavorável proferida pela CtEDH, os Estados-partes da Convenção podem ser condenados ao cumprimento de três obrigações: pagar uma compensação monetária (satisfação equitativa); tomar medidas individuais em favor do requerente, a fim de restaurar-lhe, o máximo possível, à situação anterior ao ilícito (*restitutio in integrum*); e adotar medidas gerais, com o objetivo de assegurar que violações similares não se repitam no futuro²⁸.

O art. 46²⁹ da Convenção atribui ao Comitê de Ministros, composto pelos Ministros de Relações Exteriores de cada Estado-Membro do Conselho Europeu, poderes de supervisionar a execução das sentenças da Corte pelos Estados.

A partir da Resolução n.º 3, de 2004, o Comitê decidiu engajar-se, mediante uma abordagem mais pró-ativa, na assistência dos Estados quanto à identificação e promoção do conteúdo das medidas corretivas requeridas. Por meio do citado instrumento, o Comitê convidou a Corte a esclarecer quais medidas – obrigações de fazer e não fazer – o Estado-réu deveria tomar para fazer cumprir a decisão que lhe foi imposta, numa

28 ISSAEVA, Maria; SERGEEVA, Irina; e SUCHKOVA, Maria. Execução das decisões da corte europeia de direitos humanos na Rússia: avanços recentes e desafios atuais. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 68-90, dez./2011.

29 “Artigo 46º [...] 2. A sentença definitiva do Tribunal será transmitida ao Comitê de Ministros, o qual velará pela sua execução. [...] 4. Sempre que o Comitê de Ministros considerar que uma Alta Parte Contratante se recusa a respeitar uma sentença definitiva num litígio em que esta seja parte, poderá, após notificação dessa Parte e por decisão tomada por maioria de dois terços dos seus membros titulares, submeter à apreciação do Tribunal a questão sobre o cumprimento, por essa Parte, da sua obrigação em conformidade com o n.º 1. 5. Se o Tribunal constatar que houve violação do n.º 1, devolverá o assunto ao Comitê de Ministros para fins de apreciação das medidas a tomar. Se o Tribunal constatar que não houve violação do n.º 1, devolverá o assunto ao Comitê de Ministros, o qual decidirá se-á pela conclusão da sua apreciação”.

clara indicação de que os novos líderes do Conselho da Europa não mais defendiam a satisfação equitativa pura³⁰.

A determinação de medidas gerais aos Estados-partes ganhou relevância com a abertura da Corte ao ajuizamento de causas por indivíduos, quando a quantidade de processos ajuizados se multiplicou a ponto de fazer a Corte atentar para a prevenção de demandas repetitivas.

WILDHABER resume oito ações a serem tomadas pela Corte em um procedimento piloto padrão, a saber: 1) a Corte EDH identifica uma causa que revela um problema comum a um grupo de indivíduos; 2) a Corte reconhece que esse problema comum já ocasionou outras ações perante a Corte ou que ainda pode gerar; 3) a Corte escolhe medidas gerais que devem ser adotadas pelo Estado; 4) a Corte determina que tais medidas devem ser aplicadas inclusive para os casos já propostos; 5) a Corte EDH reúne todos os casos pendentes da mesma matéria; 6) a Corte EDH utiliza a parte dispositiva da sentença para obrigar o Estado a adotar também medidas gerais; 7) a Corte adia qualquer decisão sobre a satisfação equitativa (para evitar que o Estado considere o caso “encerrado” pelo pagamento de uma pequena soma em dinheiro) e 8) a Corte mantém um diálogo com o Estado e com o Comitê de Ministros e outros órgãos (Comissário de Direitos Humanos do Conselho da Europa etc.) sobre o andamento do caso³¹.

O caso *Broniowski v. Poland* (2004) marca o início da fase de fixação de medidas gerais pela Corte, servindo de precedente para todas as pessoas que se encontravam na mesma situação do autor na Polónia, qual seja, haviam perdido suas terras para a então União Soviética e, por isso, deveriam ser compensadas.

Cite-se, ainda como exemplo – bem sucedido – de implantação de medidas gerais, *Jordan v. UK*, que motivou a alteração da legislação do Reino Unido para que o Estado leve a cabo investigação que possa resultar em morte do investigado: ela deve preencher os requisitos de eficácia, independência, prontidão, acessibilidade à família e escrutínio público suficiente para assegurar a prestação de contas³².

Já de acordo com a Recomendação n.º 2, de 2000, do Comitê de Ministros, no que respeita às medidas individuais, “a reabertura dos procedimentos judiciais nacionais provaram ser o meio mais eficiente, senão o único, de atingir o *restitutio in integrum*”, especificamente quando:

³⁰ RAMOS, p. 173.

³¹ *Ibidem*, p. 175-178.

³² DONALD, GORDON; LEACH. Op. cit., p. 46.

- (i) a parte lesada continua a sofrer consequências negativas em decorrência da decisão nacional, que não podem ser compensadas com a reparação razoável e que apenas podem ser alteradas com o reexame ou a reabertura do procedimento, e
- (ii) o acórdão da Corte chega à conclusão de que (a) a decisão interna impugnada é, quanto ao mérito, contrária à Convenção, ou (b) a violação constatada ocorreu em virtude de erros ou falhas processuais de uma gravidade tal que suscita fortes dúvidas sobre a decisão final do processo nacional³³.

A implementação de medidas individuais a fim de restituir integralmente à parte autora seu direito violado tem como caso decisivo *Görgülü v. Alemanha* (2004), em que a Corte de Estrasburgo, contrariando decisão prévia do Tribunal nacional, determinou que a Alemanha possibilitasse o acesso do autor a seu filho, fruto de relacionamento não matrimonial e adotado por terceiro, sem conhecimento do requerente pai biológico. Também em *Sejdovic v. Itália* (2006), a CtEDH determinou novo julgamento do autor no plano nacional, por violação ao direito de ser submetido ao devido processo legal³⁴.

Como pode se ver, as medidas corretivas, tanto individuais quanto aquelas que asseguram a não-repetição das violações, podem ter implicações imediatas para o Poder Legislativo, Executivo ou mesmo Judiciário do Estado-parte, e depender de amplas reformas na esfera interna do Estado-parte, provocando, no mais das vezes, debates sobre a interferência do sistema internacional de Estrasburgo na soberania nacional.

Quer-se dizer, com isso, que a decisão da Corte de Estrasburgo é capaz de envolver mudanças na legislação interna, nas práticas administrativas, na opinião pública ou nas atitudes dos oficiais do Estado em relação a uma prática em particular³⁵.

A concretização de tais medidas, contudo, só pode ser alcançada através de diálogo e cooperação entre o Comitê de Ministros e os Estados-partes envolvidos, devendo pautar-se o processo político na criação de um senso de propriedade das medidas, porquanto:

Reciprocamente, impor medidas especificadas nas sentenças da Corte para as autoridades locais pode produzir o efeito oposto, levando à rejeição de tais medidas e provocando argumentos sobre o fracasso

33 ISSAEVA, Maria; SERGEEVA, Irina; SUCHKOVA, Maria. op. cit. p. 73.

34 Cf. RAMOS, p. 173-174.

35 DONALD, GORDON; LEACH. op. cit., p. 44.

da Corte em entender o contexto político-jurídico do país. O último cenário pode prejudicar a autoridade da Corte³⁶.

3.3 O Protocolo n.º 15

Os Protocolos n.ºs 15 e 16, adicionais à Convenção, foram aprovados em 2013 e encontram-se, atualmente, abertos à ratificação pelos Estados-membros. Embora o Protocolo n.º 16 seja visto como um passo na concretização das decisões da Corte, porquanto estreita os laços entre os ordenamentos interno e internacional, permitindo que os tribunais superiores dos Estados peçam opinião consultiva à CtEDH sobre a interpretação ou aplicação dos direitos da Convenção, o Protocolo n.º 15 divide opiniões, sendo considerado por alguns, a exemplo de RAMOS³⁷, instrumento que esvaece a competência da Corte.

Tal protocolo introduz expressamente, no preâmbulo da Convenção, a aplicação da margem de apreciação nacional e do princípio da subsidiariedade aos processos em curso perante o Tribunal³⁸.

Instada a se pronunciar, a Corte endossou o princípio da subsidiariedade e, quanto à margem de apreciação nacional, afirmou que, muito embora possa ter sua aplicação melhor esclarecida, encontra-se em comunhão com a Declaração de Brighton, emitida pelo Conselho de Europa, e deve ser interpretado como um compromisso entre os Estados a fim de alcançar um consenso sobre o Protocolo como um todo³⁹.

Isso porque o princípio da subsidiariedade serve tanto ao respeito da soberania nacional quanto à proteção dos direitos humanos. O sucesso de sua implementação – e, por conseguinte, a confirmação da efetividade das decisões da Corte – depende de duas condições: a primeira é que os legisladores e os tribunais nacionais estejam cientes e tenham em devida conta a jurisprudência da CtEDH, incluindo processos relativos a outros países; a segunda condição é que o Tribunal de Estrasburgo exerça sua autocontenção quando da interpretação da

36 ISSAEVA, Maria; SERGEEVA, Irina; SUCHKOVA, Maria. op. cit.

37 op. cit., p. 166.

38 “Artigo 1o. No fim do preâmbulo da Convenção, é aditado um novo considerando, cuja redação é a seguinte: ‘Afirmando que, em conformidade com o princípio da subsidiariedade, incumbe em primeiro lugar às Altas Partes Contratantes assegurar os direitos e liberdades definidos nesta Convenção e nos respetivos Protocolos, e que ao fazê-lo elas gozam de uma margem de apreciação, sob a supervisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos criado por esta Convenção’”.

39 *Opinion of the Court on Draft Protocol No. 15 to the European Convention on Human Rights*. Adopted on 6 February 2013. Disponível em <http://www.echr.coe.int/Documents/2013_Protocol_15_Court_Opinion_ENG.pdf>. Acesso em: set./2016.

Convenção, respeitando a margem de apreciação dos Estados-Partes, especialmente em casos sensíveis sobre questões morais ou profundas tradições nacionais⁴⁰.

Com efeito, aqui não se consideram os princípios da margem de apreciação nacional ou da subsidiariedade como pontos enfraquecedores do sistema europeu de direitos humanos. Pelo contrário. Eles servem para estreitar as relações entre a Corte e os Estados-partes, em cooperação e respeito recíproco à jurisdição de cada um.

E as decisões da Corte, como se verá adiante, caminham cada vez mais para satisfação plena, não obstante a existência de eventuais debates por parlamentares de alguns países. Há de se ter em mente, mais uma vez, que a proteção aos direitos humanos é tão relativa quanto a supremacia de cada Estado.

À oportunidade, cabe relembrar o real propósito da Corte, expresso em suas próprias *practice directions*: é compensar o autor pelas reais e dolorosas consequências decorrentes da violação de seu direito, e não punir o Estado-parte responsável. O Tribunal não aceita, portanto, pleitos indenizatórios que carregam os rótulos de punitivo ou pedagógico, tentando, isto sim, concentrar-se nas medidas de satisfação consideradas equitativas nas circunstâncias específicas que lhe foram postas⁴¹.

Por fim, transcreve-se lição de Hildebrando ACCIOLY⁴², que transmite o real espírito de cooperação que deve se formar entre os Estados-parte e a Corte, baseado na coexistência e integração dos respectivos ordenamentos jurídicos:

40 Pourgourides, Christos. *Strengthening Subsidiarity: Integrating the Strasbourg Court's Case law into National Law and Judicial Practice*. Skopje, out./2010. Cabe transcrever o exemplo dado sobre o tema: "The path was paved, for the Grand Chamber, by the Chamber judgment in the case of *Opuz v. Turkey* (2009): '... bearing in mind that the Court provides final authoritative interpretation of the rights and freedoms defined in Section I of the Convention, the Court will consider whether the national authorities have sufficiently taken into account the principles flowing from its judgments on similar issues, even when they concern other states' (§ 163)". Disponível em: <http://www.assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/20101125_skopje.pdf> Acesso em: out./2016.

41 Disponível em: <www.echr.coe.int/Documents/PD_satisfaction_claims_ENG.pdf>. Acesso em: set./2016. Nesse ponto, vale o seguinte registro: "[...]Consequently, regard will be had to the particular features of each case. The Court may decide that for some heads of alleged prejudice the finding of violation constitutes in itself sufficient just satisfaction, without there being any call to afford financial compensation. It may also find reasons of equity to award less than the value of the actual damage sustained or the costs and expenses actually incurred, or even not to make any award at all. This may be the case, for example, if the situation complained of, the amount of damage or the level of the costs is due to the applicant's own fault. In setting the amount of an award, the Court may also consider the respective positions of the applicant as the party injured by a violation and the Contracting Party as responsible for the public interest. Finally, the Court will normally take into account the local economic circumstances".

42 op. cit., p. 1920.

A conclusão se põe no sentido de insistir que a disjunção entre ordem e poder no sistema internacional abre, talvez, como oportunidade histórica única, brecha para a criação de nova ordem internacional, baseada na cooperação e no consenso, e onde se colocam como pressupostos: (I) modos para encorajar ganhos e vantagens conjuntas; (II) meios para tornar a interdependência melhor e mais aceitável, em vez de procurar simplesmente aprofundá-la; e (III) caminhos que possibilitem a combinação de mecanismos de mercado com esquemas de organização, que administrem adequadamente as desvantagens atuais daqueles países cujo locus standi no plano econômico é insatisfatório. Cumpre observar que, esse novo pacto “não é nem necessário nem provável, ele é apenas possível e conveniente, e requer, para a sua concretização, aquele mínimo de utopia na sua formulação, sem o qual o peso dos fatos e dos condicionamentos não será superado.

4 CASOS EMBLEMÁTICOS DA CEDH E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS NACIONAIS

As sentenças condenatórias mais importantes têm sido as que impõem obrigações de fazer ou não fazer, porque levam a mudanças mais profundas e gerais, provocando, via de regra, alteração legislativa interna no campo dos direitos humanos.

Após a fixação de medidas genuinamente satisfativas pela Corte, o problema passa a ser, então, a ausência de cumprimento e execução dessas sentenças pelas instituições domésticas.

Na lista de países mais reincidentes em Estrasburgo, encontram-se a Ucrânia, Rússia, Turquia, Itália e Hungria⁴³. Muitas de suas ações derivam de problemas sistêmicos ou estruturais relativos à falta de recursos financeiros ou de uma coordenação e organização apropriada de atividades entre os vários órgãos do Estado. Os casos mais graves, contudo, relacionam-se à simples recusa de cumprimento da decisão pelo Parlamento de cada país.

Quanto ao primeiro ponto, dois fatores contribuem para a falta de envolvimento parlamentar dos países em geral no processo de execução das sentenças: a ausência de um procedimento por meio do qual o Parlamento seria informado regularmente de decisões contrárias da Corte e de requerimentos para sua execução feitos pelo Comitê de Ministros; e a

43 Annual Report 2015 of the European Court of Human Rights, *Council of Europe*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_Report_2015_ENG.pdf> Acesso em: set./2016. p. 188.

inexistência de obrigação específica do Governo de reportar ao Parlamento sobre o cumprimento das obrigações de direitos humanos internacionais⁴⁴.

No entanto, tais dificuldades vêm sendo substancialmente contornadas com o passar dos anos, podendo-se citar, como exemplo, o caso *Burdov v. Rússia* (2009), que resultou na introdução de remédio antes inexistente na legislação russa, permitindo a reinvidicação de compensação baseada na violação do direito a um julgamento justo e à respectiva execução em tempo razoável.

Ademais, também foi expedido decreto presidencial sobre o monitoramento da aplicação da lei na Federação Russa, que possui, dentre seus objetivos, “assegurar a execução das decisões da Corte EDH que requerem mudança legislativa”.

Outros impactos importantes incluem a reforma legal no Reino Unido para: impedir a retenção indiscriminada de amostras de DNA de indivíduos inocentes; proteger as pessoas de desnecessária violação à sua privacidade durante o curso de investigação secreta; proibir a polícia de parar e revistar pessoas sem suspeita fundamentada, e vetar o trabalho forçado e a servidão no país⁴⁵.

Na Espanha, registre-se que o julgamento da Corte também foi decisivo no sentido de afastar, em relação a condenados membros terroristas do ETA (grupo separatista basco), a aplicação retroativa da doutrina *Parot*, que garantia o cumprimento integral de 30 anos de prisão, ainda que preenchidos os requisitos para a remissão da pena⁴⁶.

Na França, novas leis foram aprovadas para proteger trabalhadores domésticos do trabalho forçado, enquanto que as crianças cuja paternidade não era reconhecida agora têm direitos iguais de herança. Na Bulgária, a Corte assegurou tratamento humano aos deficientes físicos e mentais; na Áustria, autorizou a adoção por casais do mesmo sexo de filhos de seus parceiros; em Chipre, forçou o país a tomar medidas contra o tráfico sexual; e determinou a interrupção de censura do Estado na TV da Moldávia. Seus julgamentos têm compelido melhorias também em prisões russas, e uma punição mais eficaz da violência doméstica na Turquia⁴⁷.

44 ISSAEVA, Maria; SERGEEVA, Irina; SUCHKOVA, Maria. op. cit., p. 77.

45 DONALD, GORDON; LEACH. op. cit., p. viii.

46 PINHEIRO, Aline. Doutrina *Parot* - mudança jurisprudencial não retroage, diz corte europeia. *Revista Consultor Jurídico*, out./ 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-23/corte-europeia-define-mudanca-jurisprudencia-nao-retroagir>> Acesso em: set./2016.

47 HENLEY, Jon. *Why is the European court of human rights hated by the UK right? The guardian*. Dez/2013. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/law/2013/dec/22/britain-european-court-human-rights>> Acesso em: set./2016.

Por outro lado, o segundo problema de falta de execução das sentenças da Corte, mais difícil de ser contornado, baseia-se em grande parte no fortalecimento aparente, no discurso político, do princípio da soberania, sendo normalmente levantado por países europeus de liderança econômica no cenário mundial.

Nesse sentido, o Parlamento do Reino Unido tem sido relutante – havendo, inclusive, ameaças de denúncia à Convenção – na implementação da sentença da Corte no caso *Hirst v. UK*, no qual se decidiu constituir violação à Convenção o banimento do direito de voto dos presos. Outro caso emblemático pertence à extradição do acusado de terrorismo Abu Qatada para a Jordânia, não obstante tenha a Corte britânica, após longas negociações, finalmente cumprido a decisão da CtEDH⁴⁸.

A juridicidade das normas da Convenção foi, novamente, questionada em 2011 pelo Chefe de Justiça do Reino Unido, quando se pronunciou no sentido de que o Human Rights Act, assinado pelo Parlamento, indicaria que a Corte britânica deveria “levar em conta” as decisões do Tribunal de Estrasburgo e não necessariamente “vincular-se” a elas.

O então Primeiro Ministro britânico, David Cameron, à época, também criticou o sistema europeu de proteção aos direitos humanos, ao afirmar que a Corte corria sério risco de tornar-se um tribunal de pequenas causas, decorrente da enorme quantidade de questões triviais que lhe eram submetidas – tal argumento pode ser de logo rechaçado pela simples análise dos números da Corte: até 2011, de todas as ações intentadas contra o Reino Unido, apenas 0,5% foram condenatórias⁴⁹.

Situação semelhante ocorreu na Rússia, em 2010, onde o discurso do então Presidente da Corte Constitucional, Juiz Zorkin, atraiu severas críticas do Conselho Europeu por considerar, abertamente, a primazia das decisões do Tribunal pátrio sobre as sentenças da Corte Europeia:

[...] o Secretário Geral respondeu no sentido de que direitos humanos gozam de prioridade frente à lei nacional, e que qualquer sentença da Corte EDH que identifica uma incompatibilidade da lei nacional com a Convenção Europeia deve levar a sua modificação (JAGLAND, 2011). Ao mesmo tempo, o Presidente russo recentemente prometeu que a Rússia cumprirá mesmo com decisões de tribunais internacionais que são excessivamente políticas (MEDVEDEV, 2011)⁵⁰.

48 DONALD, GORDON; LEACH. op. cit., p. 126-130.

49 Ibidem, p. 180-181.

50 ISSAEVA; SERGEEVA; SUCHKOVA. op. cit., p. 82.

Mais uma vez, trata-se de evidente conflito entre o princípio da soberania nacional, exacerbado pelo patriotismo dos órgãos estatais, e a jurisdição internacional, cuja aceitação pressupõe tolerância pelos governos políticos dos Estados-partes acerca da imposição de regras da Convenção.

Diante de tais exemplos, é preciso perguntar-se: podem os Estados-membros da Convenção ignorar as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos? A resposta é evidentemente não.

De início, destaque-se que o índice de cumprimento das decisões da Corte aumenta a cada ano, mormente diante da disposição do Tribunal de Estrasburgo em dialogar com os tribunais superiores nacionais, tendo como exemplo proeminente o caso *Al-Khawaja v. UK*⁵¹.

Por outro lado, a implementação de medidas gerais, cujo principal efeito recai na tentativa de redução de demandas repetitivas, vem, a princípio, gerando resultados, o que se denota pelo exame das estatísticas da Corte nos últimos três anos: o volume de casos ajuizados diminuiu expressivamente ano a ano, caindo de 65.600 novos processos em 2013 para 40.600 em 2015⁵².

A principal razão de executividade e coercibilidade das decisões da Corte emana do art. 46 da CEDH, segundo o qual os governos devem cumprir, isto é, seguir – não ignorar ou levar em consideração – as decisões definitivas da Corte Europeia. E os respectivos Parlamntos de todos os Estados-partes da Convenção, ao ratificarem-na, endossaram tal regra.

Desse modo, ainda que, no caso específico do Reino Unido, em decorrência do Human Rights Act, seja questionável a vinculação de sua Corte Constitucional à CtEDH, o Parlamento britânico obriga-se a dar cumprimento às decisões de cunho internacional, devendo empreender as reformas legislativas pertinentes⁵³.

5 CONCLUSÃO

A problemática resultante do embate entre os ordenamentos jurídicos interno e internacional é inevitável, diante do choque de supremacia de direitos. No entanto, não há como negar a juridicidade

51 DONALD, GORDON; LEACH. op. cit., p. 184.

52 *Annual Report 2015 of the European Court of Human Rights*, Council of Europe. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_Report_2015_ENG.pdf> Acesso em: set./2016. p. 192.

53 WAGNER, Adam. *Can Britain "ignore Europe on human rights"?*. *UK Human Rights Blog*. Disponível em: <<https://ukhumanrightsblog.com/2011/10/23/can-britain-ignore-europe-on-human-rights/>> Acesso em: out./2016. Cabe a transcrição do seguinte trecho: "Therefore, the most that can be taken from Lord Judge's comments is that 'British courts can, sometimes, choose not to follow Europe on human rights, but Britain has to abide by it'".

das normas do sistema europeu de proteção aos direitos humanos, mormente diante dos exemplos acima citados de fixação e geração de novos direitos e deveres no âmbito interno dos mais variados Estados-partes da Convenção.

A relatividade é ínsita a cada sistema, isto é, os ordenamentos se completam e sofrem limitação um do outro, o que, aqui, não é visto como fator de enfraquecimento do regime. Tais restrições – como o princípio da subsidiariedade e da margem de apreciação nacional – devem ser entendidas, isto sim, como necessárias ao alcance e implementação de uma vasta e eficaz rede de proteção de direitos humanos. Não existe ordenamento algum baseado no Estado de Direito e no cumprimento de leis sem delimitação de competências.

As regras da Convenção devem ser veementemente difundidas e defendidas em toda a Europa, cujo papel socioeconômico na atualidade é de inquestionável importância, a fim de reafirmar os princípios norteadores da democracia e de direitos fundamentais, ainda mais quando se fala em falta de diálogo e cooperação entre os povos a nível mundial.

Como visto, não foi preciso qualquer alteração no texto da Convenção a fim de compensar os indivíduos pelos danos decorrentes de uma violação a seus direitos. Com o tempo, as medidas reparatórias estabelecidas nas decisões da Corte foram se tornando verdadeiramente satisfativas, no sentido de restituir integralmente o autor pela lesão sofrida, e tiveram seu cumprimento levado a cabo por um esforço conjunto entre o Comitê de Ministros, a Corte e os governos nacionais de cada Estado-parte.

Por fim, vale dizer que o aperfeiçoamento do regime de direitos humanos, no que diz respeito à efetividade de suas normas e ao cumprimento de sentenças por parte dos países, não depende de qualquer alteração da legislação internacional – relembrando-se, aqui, que a CEDH é considerada instrumento vivo do sistema –, e sim de uma mudança no funcionamento diário dos órgãos de execução internos e internacionais.

De fato, é necessário que os Parlamentos fiquem atentos e ajustem-se à jurisprudência geral da Corte, devendo os tribunais constitucionais, também, assegurar que os órgãos judiciais inferiores estejam cientes e respeitem a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo. Além disso, o diálogo constante entre a CtEDH e os Estados partes deve ser mais que

incentivado, podendo ser facilitado, ainda, pela figura de intervenção de terceiros⁵⁴.

A recente ameaça de denúncia do Reino Unido à Convenção de Direitos Humanos, após a formalização da notícia de sua saída da União Europeia, só resta a ser lamentada. As consequências para o sistema jurídico de direitos humanos ainda são indeterminadas, mesmo porque nenhuma democracia jamais desfilou-se da CEDH.

É certo, contudo, que, acaso se confirme a retirada, o regime perderá um grande aliado na implementação dos ideais de democracia e Estado de Direito, além de a Grã-Bretanha ter sua reputação desgastada no cenário mundial, porquanto a legitimidade de um governo não é medida com base, tão somente, na existência de democracia, mas também pelo respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos.

Já dizia Edwin Bussuttil, ex-membro da Comissão Europeia de Direitos Humanos, citado por DONALD, GORDON e LEACH⁵⁵:

Nenhum governo do mundo está imune a erro ou injustiça, mesmo os países com os melhores registros de garantias de estado de direito e de liberdades civis... Nenhum estado terá suas credenciais democráticas reduzidas no que respeita aos direitos humanos, se estiver disposto a reparar suas deficiências. O erro é humano, apenas a persistência no erro é condenável, já que a democracia deve necessariamente assegurar a sua própria credibilidade (tradução livre).

REFERÊNCIAS

_____. *Annual Report 2015 of the European Court of Human Rights, Council of Europe*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_Report_2015_ENG.pdf>. Acesso em: set./2016.

_____. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Roma, 4 de novembro de 1950.

_____. *Protocolo n.º 15 que altera a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais*. Lisboa, 26 de abril de 2016.

54 POURGOURIDES, Christos. op. cit., p. 4: "A good recent example of this is the case of M.S.S v. Belgium and Greece, in which not only the UNHCR and the Council of Europe's Human Rights Commissioner intervened as 'third parties', but also the governments of the United Kingdom and The Netherlands".

55 op. cit., p. 187.

_____. *Opinion of the Court on Draft Protocol n. 15 to the European Convention on Human Rights. Adopted on 6 February 2013*. Disponível em: < http://www.echr.coe.int/Documents/2013_Protocol_15_Court_Opinion_ENG.pdf>. Acesso em: set./2016

_____. *Rules of Court – Practice Directions. Jan./2016*. Disponível em: <www.echr.coe.int/Documents/PD_satisfaction_claims_ENG.pdf>.

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO E SILVA, G.E. *do Nascimento. Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ARANTES, Amanda Carolina Cota; FRANCO, Karina Marzano; CASTRO, Bruno Braz. A Corte europeia de direitos humanos. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto; SILVA, Roberto Luiz (Org). *Manual de direito processual internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DONALD, Alice; GORDON, Jane; LEACH, Philip. *The UK and the european court of human rights*. Londres: London Metropolitan University/Human Rights and Social Justice Research Institute, 2012. 241p.

HENLEY, Jon. *Why is the European court of human rights hated by the UK right?. The guardian*. Dez/2013. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/law/2013/dec/22/britain-european-court-human-rights>>. Acesso em: set./2016.

ISSAEVA, Maria; SERGEEVA, Irina; SUCHKOVA, Maria. Execução das decisões da corte europeia de direitos humanos na Rússia: avanços recentes e desafios atuais. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 68-90, dez./2011.

PINHEIRO, Aline. Doutrina Parot - mudança jurisprudencial não retroage, diz corte europeia. *Revista Consultor Jurídico*, out./ 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-out-23/corte-europeia-define-mudanca-jurisprudencia-nao-retroagir>>. Acesso em: set./2016

POLLICINO, Oreste. *International courts and constitutions: history, rules and comparative law*. [A proteção dos direitos fundamentais na União Europeia]. Roma, Universidade Tor Vergata, jun./2016.

POURGOURIDES, Christos. *Strengthening Subsidiarity: Integrating the Strasbourg Court's Case law into National Law and Judicial Practice*. Skopje, out./2010.

Disponível em: <http://www.assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/20101125_skopje.pdf>. Acesso em: out./2016.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional do estado por violação dos direitos humanos. *Revista CEJ*, Brasília, v. 9, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005.

REPETTO, Giorgio. *International courts and constitutions: history, rules and comparative law*. [A proteção dos direitos no sistema CEDH e a Corte de Estrasburgo]. Roma, Universidade Tor Vergata, jun./2016.

WAGNER, Adam. *Can Britain “ignore Europe on human rights”?*. *UK Human Rights Blog*. Disponível em: <<https://ukhumanrightsblog.com/2011/10/23/can-britain-ignore-europe-on-human-rights/>> Acesso em out./2016.

A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE CIDADANIA NO DIREITO ROMANO – UM PARALELO COM O INDIGENISMO OFICIAL NO BRASIL

*THE ENLARGEMENT OF THE CONCEPT OF CITIZENSHIP
IN THE ROMAN LAW – A COMPARISON TO INDIGENOUS
POLITICS IN BRAZIL*

Adriana de Oliveira Rocha

*Procuradora Federal, atuando na Procuradoria Federal em Mato Grosso do Sul.
Trabalha em ações judiciais na defesa da autarquia indigenista Fundação Nacional do
Índio - FUNAI*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Cidadania Romana e
Inclusão; 2 O Caso do Indigenismo Oficial Brasileiro;
3 Conclusão; 4 Referências

RESUMO: Este artigo se dispõe a fazer um paralelo entre a política romana os povos conquistados durante o período do Império (27 a.C. a 476 d.C.) e as políticas coloniais para os povos indígenas brasileiros. A ideia é comparar o tratamento dado pelas instituições jurídicas de Roma, a partir do período do Império (27 a.C.-476 d.C), aos estrangeiros que viviam sob a dominação romana, assim também o tratamento concedido aos indígenas pelo indigenismo oficial brasileiro, desde a Colônia. Pretende-se traçar um paralelo entre a contribuição das instituições romanas, e as nacionais, à convivência entre povos distintos, aos quais, ao fim e ao cabo, se reconhece a humanidade, a par das diferenças. Numa primeira abordagem tem-se a recepção que o Direito Romano deu aos estrangeiros, a partir da Constituição Antoniana (212 d.C.). No segundo capítulo, vai se tratar do indigenismo oficial brasileiro, apontando-se os diplomas legais que vieram a reconhecer direitos aos indígenas chegando-se ao paradigma atual, da Constituição de 1988, onde a autonomia das sociedades indígenas brasileiras foi consagrada. No terceiro momento, o tema é tratado do ponto de vista da fricção interétnica, tanto na antiguidade de Roma, quanto nos séculos 16 a 21, no Brasil, de modo a verificar que regras humanistas, precursoras dos direitos fundamentais e direitos humanos, redundaram em paulatino e progressivo reconhecimento de direitos às populações conquistadas ou vencidas, tanto no caso romano, quanto no brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Romano. Cidadania. Inclusão. Indigenismo. Estado Brasileiro. Comparações.

ABSTRACT: : This article is willing to make a parallel between the Roman policy to the conquered peoples during the period of the Empire (27 BC-476 BC) and the colonial policies for indigenous peoples in Brazil. The idea is to compare the treatment given by the legal institutions of Rome, from the period of the Empire (27 BC – 476 AC), to the foreigners who lived under Roman domination and the treatment accorded to indigenous by the Brazilian official policies. It is intended to draw a parallel between the contribution of Roman institutions to coexistence among different peoples, which, after all, it recognizes humanity, aware of the differences. In a first approach has been the reception that the Roman law gave foreigners, from the Constitution Antoniana (212 BC). In the second chapter, will point the legislation that came to recognize indigenous rights since colonial age to the current paradigm, the Constitution of 1988, where the Brazilian indigenous societies autonomy was consecrated. On the third time, the theme is treated from the point of view of inter-ethnic friction, both in ancient Rome, as in the 16 to 21 centuries in Brazil, so check what rules humanists, precursors of fundamental rights and human rights, resulted in gradual, progressive recognition of rights to conquered populations.l.

KEYWORDS: Roman Law. Citizenship. Inclusivo. Indigenous affairs. Brazilian State.Comparisons..

INTRODUÇÃO

Quando passou pela Itália, o rei Pirro disse, depois de ter examinado a ordenação do exército enviado pelos romanos: – Eu não sei que bárbaros são esses (pois os gregos assim chamavam a todas as nações estrangeiras), mas a disposição desse exército que vejo não é de modo algum bárbara. O mesmo disseram os gregos daquele que Flamínio fez passar em seu país, e Felipe, vendo dum outeiro a ordem e distribuição do campo romano em seu reino, sob Públio Súplicio Galba. Eis como devemos nos guardar de nos ligarmos às opiniões do vulgo e somente julgá-las pela via da razão, não pela voz comum.¹

O filósofo francês Montaigne (1533-1592), abre o seu texto sobre os indígenas canibais do Brasil com uma frase atribuída ao rei Pirro (318 a.C. - 272 a.C.) para dizer que, do ponto de vista de cada povo, o outro será sempre visto com desconfiança, e mais das vezes, tachado de bárbaro, como os gregos se referiam aos romanos.

Ironicamente, as sociedades ocidentais têm na chamada civilização greco-romana um paradigma de antibarbarismo, de bons modos no viver, modelo de padrão civilizatório. Entretanto, ao se fazer um exercício crítico sobre as diferenças entre essas duas sociedades da Antiguidade, e cientes de ter havido entre elas o estranhamento lembrado por Montaigne, passamos a desconfiar tanto da existência de uma dita civilidade universal, quanto a ser possível a harmonia entre povos distintos, sem a intervenção do Direito.

O texto sobre os canibais brasileiros está inserido no 31º capítulo do primeiro livro dos *Ensaio*s, como nos adianta Luiz Antonio Alves Eva². Montaigne é visto por seus intérpretes como um precursor da antropologia moderna, porquanto sua filosofia mais observa o ser humano, do que está disposta a formular receitas sobre como viver ou a melhor forma de governo.³

Foi assim que o filósofo escreveu sobre os índios do Brasil, tendo por leitura as obras de Jean de Léry (1536-1613) e André de Thevet (1502-1590), franceses que vieram ao Brasil logo nos primeiros anos da colonização, além de ser inspirado pela expedição de Villegagnon (1510-1571), outro francês aportado no Rio de Janeiro, em 1557.

1 MONTAIGNE, MICHEL DE. Plínio Junqueira Smith (org.); tradução e apresentação Luiz Antonio Alves Eva. *Dos canibais*. São Paulo: Alameda, 2009, p. 45.

2 Idem, p. 39.

3 Idem, p. 9.

O francês expôs suas impressões sobre o Novo Mundo em dois capítulos dos *Ensaio*s, tendo trabalhado na *observação indireta* dos habitantes da terra desconhecida tanto no capítulo *Dos Canibais*, quanto em *Dos Coches*, 6º capítulo, terceiro livro da sua obra filosófica.

A citação de Montaigne ao rei Pirro, cuja célebre batalha imortalizou a expressão *Vitória de Pirro*⁴, abre o capítulo *Dos Canibais*, para apontar a relativização que o rei macedônio fez quando se deparou com os romanos. Os romanos haviam sido descritos como bárbaros, e assim eram vistos pelos gregos. Mas Pirro constatou *in loco* que a organização do exército romano no campo de batalha não era compatível com a descrição até então aceita dos romanos, como povos tribais, desprovidos de cultura, e do conhecimento das artes da Guerra.

Montaigne abre o seu capítulo sobre os canibais sul americanos antecipando que vai tentar compreender os costumes antropofágicos dos indígenas descritos pelos viajantes, sem julgamento preestabelecido. Ou seja, o olhar de Montaigne é o olhar do observador, ainda que indireto, feito a partir de leituras. Somente alguns séculos mais tarde esse olhar – agora do observador direto e presente perante o seu objeto de pesquisa –, é tido como necessário à ciência da antropologia.

O filósofo escreve também sobre indígenas brasileiros levados a *Rouen*, na França, em 1550.⁵ Usa-os para fazer a reflexão sobre a pobreza a desigualdade vista na cidade europeia do século XVI, e do quanto isso pareceu indigno aos indígenas: “(...) *homens satisfeitos e gozando de toda a espécie de comodidades, enquanto suas metades mendigavam às suas portas, descarnados de fome e de pobreza, e acharam estranho que essas metades tão necessitadas pudessem sofrer uma tal injustiça sem pegar os outros pelo pescoço ou atear fogo a suas casas...*”.⁶

Em outras palavras, os homens do Novo Mundo, vistos como bárbaros pelos europeus do séc. XVI, tal qual os romanos eram descritos aos gregos, faziam, como apontado por Montaigne, a reflexão sobre a concentração da riqueza, já perfeitamente evidente no Velho Mundo, ainda no alvorecer do mercantilismo.

Este artigo se dispõe a examinar o quanto o outro, o estrangeiro, é visto com desconfiança, e passível de submissão, até que se estabeleçam regras humanistas, precursoras dos direitos fundamentais e direitos

4 A vitória do rei Pirro na Batalha de Ásculo, em 279 a.C. foi por ele mesmo ironizada, visto que perdeu 3.500 homens, pouco mais da metade dos soldados romanos mortos (6.000). “Quando lhe deram os parabéns pela vitória conseguida a custo, diz-se que respondeu com estas palavras: ‘Mais uma vitória como esta, e estou perdido.’”, <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Pirro>>. Acesso em: 28.09.2016.

5 <<http://www.zeperry.org/heranca-francesa/a-festa-de-rouen-brasileiros-dancam-para-os-franceses-as-margens-do-sena/>>. Acesso em: 17.08.2016.

6 *Idem*, p. 71.

humanos. No caso brasileiro, os indígenas acabaram por ser equiparados a estrangeiros em sua própria terra, eis que titulares de hábitos e costumes estranhos ao colonizador. Homens sem fé, sem lei e sem rei⁷, assim descritos por vários cronistas e, por isso, devendo ser dominados; além, é claro, do manifesto interesse sobre seus bens e recursos.

A ideia é comparar o tratamento dado pelas instituições jurídicas de Roma, a partir do período do Império (27 a.C.-476 d.C), aos estrangeiros que viviam sob a dominação romana, assim também o tratamento concedido aos indígenas pelo indigenismo oficial brasileiro, desde a Colônia. Vale antecipar que o indigenismo brasileiro acabou por evoluir de modo a incluir os indígenas, não mais como povos dominados, mas protagonistas de direitos, e legitimados à proteção desses direitos, diretamente, sem a tutela do Estado.

Espera-se, com o texto, traçar um paralelo entre a contribuição das instituições romanas, e as nacionais, à convivência entre povos distintos, aos quais, ao fim e ao cabo, se reconhece a humanidade, a par das diferenças.

No primeiro capítulo aborda-se a recepção que o Direito Romano passou a dar aos estrangeiros, a partir da Constituição Antoniana (212 d.C.), e o significado desse reconhecimento para a vida desses. No segundo capítulo, vai se tratar da evolução do indigenismo oficial brasileiro, apontando-se os diplomas legais que vieram a reconhecer direitos aos indígenas brasileiros, os naturais ou *negros* da terra, até o paradigma atual, da Constituição de 1988, onde a autonomia⁸ das sociedades indígenas brasileiras foi consagrada.

O paralelo a ser traçado, no terceiro capítulo, tem a intenção de demonstrar que a fricção interétnica⁹, tanto na antiguidade de Roma, quanto nos séculos 16 a 21, no Brasil, redundou em paulatino e progressivo reconhecimento de direitos fundamentais às populações conquistadas ou vencidas.

7 Acreditava-se que as populações indígenas encontradas no Brasil eram desprovidas de “instituições sociais, políticas e jurídicas”, ausência esta representada, segundo Gandavo, pela inexistência das letras ‘F’, ‘L’ e ‘R’ nas línguas indígenas: ‘A língua deste gentio todo pela Costa, carece de três letras. Não se acha nela F, nem L, nem R, coisa digna de espanto, porque assim não têm Fé, nem Lei, nem Rei; e desta maneira vivem sem Justiça e desordenadamente.’, conforme LACERDA, Rosane Freire. *Diferença não é incapacidade: o mito da tutela indígena*. São Paulo: Baraúna, 2009. p. 77-78.

8 Conforme o artigo 231, da Constituição Federal, essa autonomia se traduz em reconhecer-se 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.

9 Conceito criado pelo antropólogo brasileiro Roberto Cardoso de Oliveira (1928-2006), definido como “competição e conflito gerando um sistema social sincrético marcado pela contradição dos seus termos, isto é, entre grupos étnicos dialeticamente unificados” (CORRÊA, 1991). Wikipédia. Acesso em: 30.08.2016

CAPÍTULO 1 – CIDADANIA ROMANA E INCLUSÃO

Os que estão no mundo romano se fizeram cidadãos romanos por uma constituição do imperador Antonino (Caracala) (*In orbe romano qui sunt, ex constitutione Imperatoris Antonini cives romani effecti sunt* – Dig. 1, 5, 17).¹⁰

A cidadania romana concedia aos que dela usufruíam o chamado *status civitatis*, ou qualidade de cidadão. Apenas os homens livres podiam privar da cidadania, cujos desdobramentos eram vários, de modo a garantir o exercício de direitos tais como: votar nas assembleias populares, candidatar-se a cargos públicos, adquirir e alienar propriedades em Roma, celebrar contratos, contrair casamento com a mulher romana, ingressar com ações em juízo, fazer testamentos e receber heranças de terceiros, e ainda ingressar na classe sacerdotal.¹¹

A par desses cidadãos, viviam em Roma os escravos, e ainda, os peregrinos, latinos ou bárbaros. A diferença entre peregrinos e bárbaros estava nos tratados e acordos. Se Roma houvesse celebrado tratado ou acordo com determinado país estrangeiro, os cidadãos desse País seriam considerados peregrinos. Eram considerados bárbaros aqueles com quem Roma não havia firmado alianças. O *jus civile* romano – corpo de direitos de que dispunha o cidadão romano – de início não amparava os peregrinos, a quem se atribuía a qualidade de *hostis*, ou inimigos. O incremento do intercâmbio comercial com povos vizinhos, no entanto, terminou por abrandar a exclusão, de modo que o *jus civile* passou a contemplar também os peregrinos e bárbaros.¹²

Havia os peregrinos ordinários, provenientes dos municípios, cuja característica era a de ser cidades autônomas que haviam celebrado tratados, mas que continuavam a ser regidas por normas jurídicas e estrutura política próprias. E uma outra classificação para os peregrinos os colocava como rendidos, aqueles pertencentes a regiões subjugadas, que não gozavam de autonomia jurídica ou política.¹³

Havia ainda os latinos, descendentes dos habitantes do antigo Lácio, autônomos em relação aos romanos, sendo divididos em *latinos veteris* (antigos), latinos colônias (de regiões mais distantes de Roma) e latinos junianos (ex-escravos). Todos os latinos gozavam de alguns dos direitos dos cidadãos romanos, em grau decrescente a partir da condição

10 ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 171.

11 ROLIM, op. cit., p. 168.

12 Idem, p. 169.

13 ROLIM, op. cit., p. 169.

de serem os descendentes de famílias mais antigas, habitarem regiões distanciadas de Roma e serem ex-escravos.¹⁴

A cidadania romana (*status civitatis*) era adquirida pelo nascimento (*jus sanguinis*), se a mãe fosse romana (sob Justiniano). Podia-se tornar cidadão, ainda, através de um procedimento legal, quando determinado candidato a cidadão era eleito por uma assembleia, depois de ter sido apresentado por um magistrado, ou pelo Imperador, havendo ainda necessidade de referendo do Senado. Outra forma de aquisição da cidadania era pela naturalização individual, ou coletiva, quando a cidadania romana era concedida a todos os habitantes de uma região.¹⁵ Havia ademais dois tipos de região, onde pessoas poderiam ser naturalizadas – os *Populus fundus* e o *Municipium*; nos primeiros havia integral obediência ao Direito Romano, enquanto que, no segundo, ainda que fossem considerados cidadãos romanos, havia autonomia jurídica e política em relação ao Império Romano.¹⁶ Por último, podia-se adquirir a cidadania romana através da manumissão (alforria), quando um ex-escravo passava, a partir do *status libertatis*, a poder usufruir de parte dos direitos concedidos aos cidadãos romanos.

No ano de 212 d.C., porém, já no período Imperial (principado), a *Constitutio Antoniniana* atribuiu a cidadania romana à quase totalidade dos habitantes do Império:

Com o passar dos anos, e mercê das constantes modificações sociopolítico-econômicas pelas quais passou o Império Romano, o *status civitatis* passou a ser atribuído também a outros povos. Em 123 a.C., por força da *Lex Atilia Repetundarum*, todos os estrangeiros que denunciassem magistrados corruptos podiam se tornar cidadãos romanos. No ano 90 a.C., a *Lex Julia* a concedeu aos latinos (habitantes da região do Lácio) e, no ano seguinte, a *Lex Plautia Papiria* a estendeu a todos os aliados de Roma. Por fim, em 212 d.C., o Imperador Caracala, através da *Constitutio Antoniniana*, atribuiu a cidadania romana à quase totalidade dos habitantes do Império.

Percebe-se, então, que em menos de quatro séculos, 123 a.C.-212 d.C., o Império Romano passa a incluir todos os homens livres na condição jurídica de cidadão romano, de modo a acolher juridicamente no *status civitatis* populações cada vez mais numerosas, as quais detinham alguma espécie de relação (comercial, histórica etc.) com Roma. O cosmopolitismo

14 ROLIM, op. cit., p. 170.

15 ROLIM, op. cit., p. 170

16 ROLIM, op. cit., p. 171

romano deveu-se por primeiro à dinâmica de expansão territorial, com implantação do poder do Império em lugares longínquos do seu epicentro político (a cidade de Roma), o que tornava a administração de vastas regiões cada vez mais difícil. Depois, contudo, as relações comerciais e econômicas, além do declínio expansionista, levaram à evolução do Direito, de modo a mitigar o rigor na categorização jurídica de cidadão romano.

Para o professor Riccardo Cardilli¹⁷, a evolução do Direito Romano trouxe importante contribuição aos Direitos Humanos – cuja gênese conceitual só viria a ocorrer muitos séculos depois – quando passa a relativizar o *status civitatis* e considera abrigar e incluir cada vez mais pessoas na cidadania romana. Afirma o professor, que o Direito Romano evoluiu no sentido de ultrapassar o restrito Direito do Cidadão rumo ao Direito do Homem, ao contrário das cidades gregas que mantinham direitos exclusivos para seus cidadãos.

Cardilli defende a tese de que Roma detinha maior facilidade para ser inclusiva, porquanto ao invés de representar apenas um segmento populacional, era pluriétnica, abrigando diversos povos. Defende ainda que o modelo inclusivo que acabou por marcar a diferença entre a cultura romana e a grega, deriva do direito natural, em contraponto ao direito civil. Somente com a Revolução Francesa (1789), a ideia de inclusão trazida pelo Direito Romano (*Constitutio Antoniniana*) tem novamente lugar na Europa, atribuindo igualdade aos homens.

Cardilli discorre ainda sobre o uso dos ensinamentos dos juristas romanos pelas correntes filosóficas europeias, tais como a Escola de Salamanca. Entre os juristas romanos inspiradores dos ideólogos da Conquista, estaria Ulpiano, cujas ideias influenciaram, por exemplo, a Francisco de Vitoria (1492-1548), na defesa da humanidade dos indígenas americanos. As declarações do Bill of Rights, na Inglaterra de 1689, e a Declaração dos Direitos do Homem, da Europa, no pós 2ª Guerra Mundial (1937-1946), teriam também inspiração em vários dos escritos deixados pelos juristas romanos.

A influência romana, portanto, para a construção da ideia de direitos inerentes ao homem – os Direitos Humanos – é irrefutável, na visão do professor Cardilli, e comprovável através da análise da evolução do Direito Romano, no seu papel de incluir homens e povos diversos no regime do *status civitatis*.

17 Os princípios gerais e a tradição romanística, aula ministrada em 08.07.2016, na Universidade Tor Vergata, durante o Curso “Cortes Internacionais e Constituições: História, Regras e Direito Comparado” (Roma, 27.06 a 08.07.2016).

CAPÍTULO 2 – O INDIGENISMO OFICIAL BRASILEIRO – EVOLUÇÃO

Têm, ao longo do mar, nalgumas partes, grandes barreiras, delas vermelhas, delas brancas; e a terra por cima toda chã e muito cheia a grandes arvoredos. De ponta a ponta, é tudo praia-plana, muito chã e muito formosa. Pelo sertão nos pareceu, vista do mar, muito grande, porque, a estender os olhos, não podíamos ver senão terra com arvoredos que nos parecia muito longa. [...] Eles não lavram nem criam [...] nem comem senão desse inhame, que aqui há muito, e dessa semente e frutos, que a terra e as árvores de si lançam. E com isso andam tão rijos e tão médios que o não somos nós tanto, em maioria que são muito mais nossos amigos que nós seus. Deste Porto Seguro, da vossa Ilha de Vera Cruz, hoje, Sexta-feira, primeiro dia de Maio de 1500.¹⁸

Os indígenas – hoje cerca de 230 povos, falantes de 195 línguas¹⁹ – constituem sociedades numericamente minoritárias, dentre a população brasileira. O censo de 2010 apontou a existência de 817.963 indígenas no Brasil, em uma população total de 190.755.779 habitantes. Os direitos das populações indígenas vêm sendo reconhecidos desde a instalação da Colônia no Brasil²⁰

Os direitos *territoriais* indígenas na América portuguesa, parte do território sul-americano que viria a se firmar como Brasil, foram os direitos que mais receberam tratamento legislativo ao longo da História.

Os demais direitos, tais como a capacidade civil, o patrimônio, as relações de família, as normas penais, a educação, além das associações entre eles e seus desdobramentos, tiveram um menor denodo do legislador colonial e brasileiro, embora restassem regulados, ainda que em menor escala.

Necessário abordar, inicialmente, o reconhecimento dos indígenas das Américas como sujeitos de direito, eis que irá se fazer adiante a comparação entre o cidadão romano, e aqueles acolhidos pelo Direito Romano como tal, legislativamente, durante a fase final do Império Romano.

O reconhecimento dos indígenas como sujeitos de direito no Brasil – na verdade em toda a América – necessitou de várias formalizações e acirrados debates filosóficos, jurídicos e teológicos que se iniciaram ainda no século XVI. Sabe-se que, a partir de América Espanhola, os índios já eram entendidos como sujeitos de direito, pois antes de guerrearlos era necessário fazer-lhes a leitura do *Requerimiento* um documento

18 Carta de Pero Vaz de Caminha ao Rei de Portugal, *site* do Iphan, acesso em 02.04.10.

19 CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Cultura com Aspas e outros ensaios*. São Paulo: Cosac Naify, 2009, p. 286.

20 CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Os Direitos do Índio: Ensaio e Documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 58-62.

elaborado pelo jurista real Palácio Rubios. Nesse documento, os índios eram considerados vassalos do rei, desde que aceitassem essa vassalagem. Se não a aceitassem ou não compreendessem o que dizia o documento, escrito em espanhol, estariam autorizadas a invasão de suas terras e a guerra contra seus povos.

Vê-se daí que os conquistadores espanhóis, desde 1514, ainda que em dúvida sobre a natureza humana dos indígenas, eram obrigados pela Metrópole a dar conhecimento aos índios de que eram portadores de direitos e considerá-los tão vassalos dos reis espanhóis quanto a si mesmos.

Irônica e cruelmente, o *Requerimiento* não passava de formalidade. Como os índios não conheciam a língua em que foi redigido – e se fazia a sua leitura em voz alta – ignoravam que suas terras haviam sido *descobertas* e eram consideradas parte do reino da Espanha. Ignoravam mais ainda que, se se submetessem aos reis espanhóis, havia a promessa de não serem trucidados. Os resultados da farsa, a história é capaz de contar.²¹

Nas terras portuguesas, onde se firmaria o Brasil como Estado, algo semelhante se passou. Segundo Beatriz Perrone-Moisés²² o grande recorte da política indigenista colonial é a aquele feito entre indígenas aldeados (considerados amigos) e os índios dos sertões (considerados bárbaros e inimigos). Veja-se que aos segundos, eram reconhecidos direitos de se submeterem à Coroa Portuguesa, sob pena de sofrerem guerras justas, resgates e escravização. Portanto era reconhecida a sua condição de sujeitos de direitos, embora o futuro conceito de dignidade humana, só engendrado séculos depois, não fosse respeitado, vez que os *bravios* podiam ser escravizados.

Em suma, eram reconhecidos como sujeitos de direitos se submissos à Coroa Portuguesa. Do contrário, lhes suprimia o direito à liberdade. A escravização era considerada inclusive como um bem em si mesmo, posto que retirava os índios da condição não-cristã em que se encontravam. Ou seja, a escravização decorria de um reconhecimento de que eram humanos, o que, de qualquer modo, o Papa Paulo III declarara na Bula *Sublimis Deus*, de 2 de junho de 1537, onde ficou atestado que os gentios tinham alma.

Embora sujeitos a controles diversos das autoridades, principalmente religiosas desde o século XVI, a formalização da tutela propriamente dita só veio a alcançar os indígenas muito tempo depois, quando foram editadas por Pombal, no ano de 1755, leis que declaravam a *liberdade* dos

21 TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 212-215.

22 PERRONE-MOISÉS, Beatriz. "Inventário da Legislação Indigenista – 1500-1800" in *História dos Índios no Brasil*. CARNEIRO DA CUNHA, Manuela (org.). São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: Fapesp; 1992, págs. 529-566.

índios aldeados pelas missões jesuíticas (estas expulsas do Brasil em 1760) e outras ordens religiosas.

Paradoxalmente, para que pudessem desfrutar dessa liberdade sem voltar ao estado anterior – organizados segundo suas formas próprias, isto é, vivendo não em aldeamentos missionários, mas nos seus locais de ocupação tradicional – foram considerados incapazes de prover a si mesmos e de contratar autonomamente com os não índios, tendo sido entregues à tutela dos juízes de órfãos.

As chamadas *leis das liberdades* (6 e 7 de junho de 1755) as quais retiravam os índios da administração dos missionários, calcada no Regimento das Missões (1686), foram dadas como inexecutáveis. A solução encontrada foi atribuir aos juízes e ao Regimento dos Órfãos o controle da população indígena. Sua aplicação, contudo, ficou restrita àqueles que ainda não tivessem profissão, bem como aos residentes nas povoações coloniais.

Eis a origem do discutido instituto da tutela no Brasil, segundo Manuela Carneiro da Cunha²³, cujos efeitos culturais, compondo o senso comum no que diz respeito aos indígenas, vemos perdurar até os dias de hoje. A tutela prevista no Estatuto do Índio – sem falar da incapacidade relativa das pessoas dos indígenas também revogada, no Código Civil de 2002 – não foi recepcionada pela Carta, à vista de incompatibilidade lógica com os arts. 231 e 232. O artigo 232 atribui aos indígenas legitimidade ativa (entendemos também passiva) para defesa de direitos individuais e coletivos em juízo.²⁴

Quanto aos institutos jurídicos relativos às terras indígenas a tradição no direito nacional é longa, o que não quer significar que a legislação, embora dúbia e intermitente, tenha sido cumprida. Uma compilação legislativa nos remete à Colônia, nos seus primeiros anos. Tal corpo normativo vem se desenvolvendo, sucessivamente, sem solução de continuidade, até os dias de hoje.

O primeiro documento abrangente sobre a territorialidade indígena de que se tem notícia é a Provisão de Mem de Sá, de 2.5.1571. Documentos anteriores de 1558, 1562 e 1566 trataram de questões específicas relativas a aldeamentos jesuítas. A Carta de Sesmaria de 31.10.1580 igualmente tratou das terras dos índios, bem como o Alvará de 21.08.1582, no qual “*El-Rey ...manda dar terras aos índios de Sesmaria e que os governadores façam restituir aos índios as terras que seus vassalos livres lhes tiverem tomado e ocupado.*”. Pouco tempo depois, o Alvará de 21.8.1587 determinava que

23 CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Os Direitos do Índio: Ensaio e Documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 103-108.

24 Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

“aos índios que descem do certão se dessem terras para sua aldeas junto aas fazendas e sesmarias para suas lavouras.” A Provisão de 8.7.1604 previa que *“nenhuma pessoa roce terras dos índios”*.²⁵

A Carta Régia, de 10 de setembro de 1611, promulgada por Filipe III afirmava que

os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhes fazer molestia ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitánias e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando elles livremente o quizerem fazer.²⁶

Mais adiante, passadas sete décadas, o Alvará de 1º de abril de 1680 categorizava:

E para que os ditos Gentios, que assim decerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito dos índios, primários e naturais senhores delas.²⁷

Entre 1718 e 1755, em mais meio século de construção jurídico-institucional, redigiu-se dois outros diplomas legais em favor das terras indígenas. Nas Carta Régia, de 9 de março de 1718 e Lei pombalina de 6 de julho de 1755 ficou consumado que *“(os índios) são livres, e izentos de minha jurisdição, que os não pode obrigar a sahirem das suas terras, para tomarem um modo de vida de que elles não se agradão ...”*²⁸. *“Os índios no inteiro domínio e pacífica posse das terras...para gozarem delas por si e todos seus herdeiros.”*²⁹.

²⁵ PERRONE-MOISÉS, op. cit., p. 529-566.

²⁶ CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Os direitos do Índio Ensaio e Documentos*, São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 58.

²⁷ Idem, p. 59.

²⁸ Idem, p. 60.

²⁹ Idem, p. 62

Declarada a independência da Colônia, teve início uma primeira tentativa de regularização fundiária do solo brasileiro, via da Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850. O decreto n. 1.318, de 30.01.1854, regulamentador desta lei, dispôs: “*Art. 72. Serão reservadas as terras devolutas para colonização e aldeamento de indígenas, nos distritos onde existirem hordas selvagens.*” E ainda: “*Art. 75. As terras reservadas para colonização de indígenas, e para elles distribuídas, são destinadas ao seu uso fructo; não poderão ser alienadas, enquanto o Governo Imperial, por acto especial, não lhes conceder pelo gozo dellas, por assim o permitir o seu estado de civilização.*”.

Embora a Carta de 1824, que regeu o Império, nada tenha tratado sobre o assunto, no advento da República, a Constituição de 1891, ainda que indiretamente manteve o rol de direitos indígenas anteriores à sua edição: “*Art. 83. Continuam em vigor, enquanto não- revogadas, as leis do antigo regime, no que explicita e implicitamente não for contrário ao sistema de governo firmado pela Constituição e aos seus princípios nela consagrados.*”.

Todas as demais constituições republicanas passam a tratar expressamente dos direitos dos indígenas, iniciando-se pela de 1934: “*Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.*”. Em 1937: “*Art.154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.*”. E na Constituição democrática de 1946: “*Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.*”. A Carta de 1967, emendada em 1969:

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes. § 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

Finalmente, o longo processo de redemocratização do País traz à Constituição Federal vigente normas diversas, além de um capítulo exclusivo dedicado aos índios, onde pela primeira vez aparece o conceito de *terra indígena*³⁰:

30 “Enquanto as constituições precedentes haviam se referido apenas ‘às terras habitadas pelos silvícolas’ (textos constitucionais de 1967 e 1969) ou às terras em que os ‘silvícolas’ se localizam permanentemente (Constituições de 1934, 1937 e 1946), é definido, pela primeira vez na história das constituições brasileiras, o conceito de terra indígena pela própria Constituição.”. KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 234.

Art. 231. 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. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere o artigo.

Resumindo: no desenvolver da história institucional do direito à posse indígena, conceito que pressupõe o controle de um determinado território por um grupo autóctone, evidentemente abrangendo o usufruto dos recursos naturais³¹, tem-se que, tão somente nos setenta primeiros anos da colonização não se teve norma geral que protegesse o direito dos habitantes originários em exercer posse sobre seus territórios.

Retornando aos *direitos de cidadania*, tem-se que, no Brasil, o instituto da tutela tem suas origens no chamado período pombalino, quando foram editadas as *leis da liberdade*, em 1755. Ao tempo em que libertavam os indígenas da administração dos jesuítas, tais leis os consideravam incapazes de prover a si mesmos e de contratar autonomamente com os não índios, tendo sido entregues à tutela dos juízes de órfãos.

No período imediatamente anterior, porém, segundo Rosane Lacerda³², os índios passaram de uma categorização entre aliados (livres) e inimigos (escravos), oscilando a política indigenista portuguesa, ora em formar alianças com determinados povos para obtenção na mão de obra necessária à extração do pau brasil, ora em controlar o aprisionamento e o cativeiro dos índios, a partir do Regimento da Nau Bretôa, de 1511, considerado o primeiro decreto real sobre a política indigenista no Brasil.

31 "O conceito de posse 'tradicional' não se refere, portanto, a um componente temporal, e sim apenas ao modo tradicional dos índios de possuir e utilizar a terra, e com isso, ao modo tradicional da relação dos índios com sua terra (ao contrário do conceito brasileiro de posse, de interpretação cível). [...] Não é exigida pela Constituição a imemorialidade da ocupação, ou seja, a ocupação desde o 'descobrimento' para identificar uma terra como indígena." Idem, p. 235.

32 LACERDA, op. cit., p. 79.

Seguiram-se a esse regimento, o de Tomé de Souza, em 1548, as Resoluções sobre as Aldeias dos Padres dos Índios (1566), a Lei de 20 de Março de 1570, a Lei de 24 de fevereiro de 1587, a Lei de 26 de julho de 1596, a Provisão de 5 de junho de 1605, a Lei de 30 de julho de 1609, a Lei de 10 de setembro de 1611, o *Breve Commissium Nobis* e a Lei de 16 de setembro de 1639, a Lei de 16 de setembro de 1639, a Provisão de 17 de outubro de 1653, a Lei de 9 de setembro de 1655, Provisão de 12 de setembro de 1663, Lei de 1º de abril de 1680, o Regimento de 21 de dezembro de 1686, o Alvará de 28 de abril de 1688, a Carta Régia de 20 de novembro de 1699, o Alvará de 6 de fevereiro de 1691, Cartas Régias de 1701 e 1702.³³

Toda essa profusa normatização do reino Português, abrangendo o período da União Ibérica, em que estiveram unidos os governos monárquicos de Espanha e Portugal (1580-1640), tinha por objeto a escravização dos indígenas e, paradoxalmente, também sua liberdade, oscilando entre uma e outra, ao sabor dos interesses dos colonos os quais paulatinamente vinham se estabelecer na colônia, empreendendo os dois primeiros ciclos econômicos exportadores no Brasil: a exploração do pau brasil e o plantio da cana-de-açúcar e produção açucareira de cunho exportador.

A legislação indicada resultou da intensa disputa, ao menos desde 1549, entre colonos e autoridades religiosas, mormente os jesuítas, aqui chegados naquele ano. Queriam os religiosos manter os índios sob sua proteção, ao argumento da conversão à fé católica, e os colonos interessavam-se em preá-los e escravizá-los, sendo lucrativas ambas as atividades, tanto o comércio de escravos, quanto a utilização de mão de obra não assalariada nas atividades produtivas.

Só com o início da administração pombalina, no ano de 1750, ocorreu alteração substancial nesse quadro. O modelo econômico idealizado pelo Marquês de Pombal, secretário de Estado do Reino durante o reinado de D. José I (1750-1777) foi

marcado pela criação de companhias monopolistas de comércio e pela expansão territorial das fronteiras ao norte e ao sul, [e] resultou em profundas modificações na política indigenista. As reformas pombalinas iniciaram o processo de transição do trabalho indígena servil para o assalariado. É nessa fase que se vai localizar a gênese da aplicação aos índios, do conceito de tutela orfanológica.³⁴

33 LACERDA, op. cit., p. 79-98.

34 Ibidem, p. 99.

As *leis da liberdade* foram duas. A Lei de 6 de junho de 1755, renovava as leis de 1º de abril de 1680, o Alvará de 10 de dezembro de 1647 e a Lei de 10 de setembro de 1611, as quais declaravam a liberdade dos índios, afastando a imposição de administradores e administração (1647), declaravam nulas as vendas de que tivessem sido objeto, colocando em liberdade os cativos (1611) e asseguravam-lhes suas terras (1680). A segunda lei, na verdade, um Alvará de 7 de junho de 1755, *visava complementar determinação anterior de restituir liberdade aos indígenas, a qual entendia não ser exequível sem o estabelecimento de uma administração temporal sobre os índios*.³⁵

A Lei e o Alvará de 1755, *leis da liberdade*, no entanto, não tiveram longevidade. Como explica, Rosane Lacerda, citando Farage & Carneiro da Cunha, a autonomia alcançada pelos índios passou a preocupar a Colônia

Diante de tais pressões [temor do retorno em massa às aldeias de origem], a concepção dos índios como capazes para o desenvolvimento autônomo de suas potencialidades, tanto individualmente quanto no espaço social de aldeias e vilas, logo era abandonado.³⁶

No seu lugar, passaram a vigor o Diretório de 3 de maio de 1757, e o Alvará Régio, de 17 de agosto de 1758, numa clara ofensiva contra os jesuítas, seus aldeamentos e missões, colocando doravante os indígenas sob a tutela dos chamados Diretores de índios. Perdiam os indígenas a breve liberdade que lhes fora concedida no início da era pombalina. Interessante anotar, com Lacerda, que o referido diretório de 1758, *não alterou a possibilidade de os índios virem a preencher os quadros de Juizes Ordinários, Vereadores e Oficiais de Justiça, indicados pelo Alvará de 1755*.³⁷

Somente após quarenta anos, na regência de D. Maria I, “A Louca”, o referido Diretório de índios pombalino foi substituído pela Carta Régia, de 12 de maio de 1798, numa nova reviravolta da política indigenista monárquica, em que a então Regente do trono de Portugal cogitou do fim da tutela e da restituição do direito de liberdade aos indígenas. A Carta Régia editada por D. Maria I ficou conhecida como “Carta Mariana”. Passou-se do paradigma da escravização, do apresamento e das guerras justas contra os índios, para o da liberdade útil, em que os indígenas auxiliariam na defesa dos limites da colônia e seriam livremente contratados em atividades econômicas dos empresários coloniais.

Referido diploma legal visava, portanto, dois objetivos: primeiro, engajar indígenas considerados *civilizados* no serviço militar, nos empregos

35 LACERDA, op. cit., p. 101..

36 Ibidem, p. 102.

37 Ibidem, p. 105.

em embarcações pesqueiras e transporte de madeira, sob o fundamento de ser necessário proteger a fronteira e disponibilizar mão de obra aos colonos, principalmente no Estado do Pará, de onde partiu a inspiração legislativa.³⁸ E, como segundo ponto, atribuir aos particulares a proteção de índios *incivilizados*, os quais deveriam ser atraídos pelos próprios colonos, com a finalidade de contratar seus serviços por tempo determinado, mediante um compromisso de educação e instrução, além da ministração do batismo. Havia a previsão de remuneração ao final do período estipulado em tal contrato.³⁹

Registra Lacerda que, “*relativamente a esse ‘autogoverno’, Carneiro da Cunha observa indícios de que, nas primeiras décadas do século XIX, algumas lideranças indígenas tenham conseguido, apesar dos preconceitos de que eram vítimas, aproveitar-se da igualdade formal possibilitada pela Carta Mariana permitindo-lhes exercerem, de modo competente, as funções político-administrativas assumidas.*”⁴⁰

O significado da Carta Mariana, pois, para a política indigenista oficial a partir de sua edição (1798) é de que se garantiu aos indígenas relativa autonomia, um pouco mais consistente que o período anterior, onde liberdade e escravidão se alternavam ao sabor das necessidades econômicas dos colonos.

O próximo marco na política indigenista oficial foi a Constituinte de 1822, em que cinco projetos sobre a temática foram enviados às Cortes Gerais Portuguesas, dentre eles o projeto de José Bonifácio de Andrada e Silva, apresentado em 1º de junho de 1823, com o título “Apontamentos para a Civilização dos Índios Bravos do Império do Brasil.”

Embora eivado de preconceitos sobre a natureza humana dos indígenas, o documento continha propostas a respeito do reconhecimento da posse sobre suas terras, além de críticas às maliciosas práticas contratuais estabelecidas com eles. O projeto civilizatório de Bonifácio de Andrada, conhecido como Patriarca da Independência, não alcançou êxito em integrar a primeira constituição imperial. Tal constituição, outorgada pelo Imperador Pedro I, em 24 de março de 1824, não contém qualquer disposição sobre os indígenas brasileiros. Inaugurou-se o regime jurídico do Brasil independente, pois, sem fazer-se menção aos povos indígenas.⁴¹

Apesar do silêncio da constituição imperial, leis esparsas trataram do relacionamento do Estado com os povos indígenas. A Lei de 20 de outubro de 1823 atribuiu às províncias do Império a promoção de missão

38 LACERDA, op. cit., p. 106-107.

39 Ibidem, p. 107.

40 Ibidem, p. 108.

41 Ibidem, p. 112-113.

e catequese dos índios, e a Lei de 27 de outubro de 1831, a qual revogava Cartas Régias de 1808, através das quais D. João VI declarou guerras justas a indígenas de Minas Gerais e São Paulo, além de estabelecer tutela orfanológica específica aos índios que tivessem sido capturados nessas guerras e estivessem cativos e a serviço de terceiros, sob o chamado regime de servidão.

Houve ainda, dirigidos à totalidade dos indígenas, o Decreto de 3 de junho de 1833 e o Regulamento n. 143, de 15 de março de 1842, os quais destinavam-se a estabelecer a jurisdição de juízes de órfãos para administrar os bens dos indígenas, atribuindo-lhes também a competência administrativa para gerir contratos de arrendamento de suas terras a particulares, aplicar o produto da renda na assistência de índios mais pobres, garantir a aviventação de tais terras, além de conhecer e julgar administrativamente os processos de inventários, partilhas, tutelas, curadorias, contas de tutores e curadores.⁴²

Passou-se então, ao próximo marco regulatório da política indigenista oficial, com a edição do Decreto n. 426, de 24 de julho de 1845, com o qual se estabeleceu o *Regulamento acerca das Missões e Catequese e Civilização dos Índios*, adotando-se diretrizes gerais para a ação indigenista oficial no Império. O Regulamento previa uma política de catequese e civilização dos índios, com a nomeação de um Diretor Geral de Índios em cada província, pelo Imperador, afastando dos juízes de órfãos a competência para gerir os bens dos indígenas, bem como exercer sua proteção nos negócios jurídicos com terceiros. A este regulamento se opuseram intelectuais da época, entre eles, Francisco Adolfo de Varnhagem, historiador, que defendia a volta das bandeiras de aprisionamento indígena, a fim de que ficassem submetidos à tutoria e protetorado, por 15 anos. E ainda políticos, como os senadores Dantas de Barros e Vergueiro, viam na regulação estabelecida pelo Império um indevido afrouxamento nas regras de tutela, defendendo a domesticação ou mesmo a extinção dos indígenas.⁴³

Chegando à primeira república, a condição anterior de submissão à mais de uma espécie de tutela, seja orfanológica, seja estatal propriamente dita, não se modificou. A primeira carta republicana, a exemplo da imperial, não mencionou os indígenas, embora houvesse a proposta, na constituinte de 1890, da instituição de estados confederados indígenas. Tal proposta partiu do chamado Apostolado Positivista, e teve por inspiração a política indigenista norte-americana, em que o relacionamento com os povos indígenas se daria por meio de tratados, reconhecendo-lhes o direito de figurar, independentemente, como nações autônomas, no pacto federativo.

42 LACERDA, op. cit., p. 116-117.

43 Ibidem, p. 123-125.

Assim como os Apontamentos de José Bonifácio de Andrada e Silva, tal proposta não foi acolhida, ficando silente a constituição.⁴⁴

As províncias imperiais, que até a proclamação da República, participavam da política indigenista oficial, nomeando diretores de aldeia, hierarquicamente submetidos aos diretores de índios, tiveram sua competência retirada pelo Decreto n. 1.606, de 29 de dezembro de 1906, pouco antes da criação do Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais – SPILTN, pelo Decreto n. 8.072, de 20 de junho de 1910. A criação do serviço de proteção foi o marco inicial, de mais uma etapa do indigenismo oficial, agora no âmbito da República, tendo sido “*gestado sob influência positivista, e presidido pelo General Cândido Mariano Rondon, o órgão surgia vinculado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio (MAIC) [...]*”.⁴⁵

Outro marco jurídico importante foi o Código Civil, de 1 de janeiro de 1916, o qual incluiu os indígenas entre os relativamente incapazes, ao lado de pródigos e menores entre 16 e 21 anos. Tal configuração resultou menos do entendimento que detinha o jurista Clóvius Beviláqua, idealizador da codificação, que desejava para os índios uma legislação específica, fora do código civil, e não também à Emenda Moniz Freire, provida do Senado, que estabelecia um regime tutelar em relação aos indígenas. A inclusão dos indígenas entre os relativamente incapazes resultou de um substitutivo à Emenda Moniz Freire, aprovado pelo Senado, conforme nos conta Lacerda.⁴⁶

Em 1918, através da Lei Orçamentária n. 3.454, o serviço passou a denominar-se apenas “Serviço de Proteção ao Índio”, SPI, e, em 1928, com a edição do Decreto n. 5.484, de 27 de junho, uma ampla regulação da situação jurídica dos índios foi disposta em cinquenta artigos, tendo prevalecido a ideia de tutela, embora não de cunho orfanológico, mas sim estatal, através do próprio organismo estatal, o SPI. Criou-se, dessa forma, a figura da tutela estatal, a ser exercida na época pelos inspetores de índios.

A segunda constituição da República, a de 1934, trouxe, então, em 16 de julho, a primeira menção aos indígenas em um diploma desta hierarquia, através do ideal da incorporação desses à dita comunhão nacional, estabelecendo entre o rol das competências privativas da União a competência legislativa sobre tal desiderato. Foi novamente regulamentada a atividade do SPI, pelo Decreto n. 736, de 6 de abril de 1936, sendo que

44 LACERDA, op. cit., p. 128-129.

45 Ibidem, p. 130.

46 Ibidem, p. 132-133.

o lema introduzido por Rondon – “Morrer se preciso for; matar, nunca! – ficou plasmado no referido decreto, em seu artigo 18.⁴⁷

Tanto a constituição de 1937, quanto a de 1946, mantiveram a perspectiva incorporativista dos indígenas à comunhão nacional, embora tivessem tido, agora, o cuidado de mencionar a proteção às terras indígenas. No entanto, já na década de 1960, a reorientação da política indigenista oficial começava a ser cogitada, após cinquenta anos de existência do SPI. Entre os ideólogos da mudança estava o etnólogo Darcy Ribeiro, o qual advogava a tese de que os indígenas demonstravam tenaz resistência cultural e um forte sentimento de identificação tribal, “levando-os por todos os meios para conservar sua identidade e sua autonomia”.⁴⁸ O paradigma incorporativista é mantido, todavia, na carta de 1967, a qual viu surgir o novo órgão indigenista, a Fundação Nacional do Índio- FUNAI, em 5 de dezembro de 1967. Também foi mantido o mesmo paradigma na constituição de 1969, sob cuja égide foi editado o Estatuto do Índio, através da Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

O Estatuto do Índio (1973) trouxe uma classificação dos indígenas em categorias, dentre as quais apenas as dos índios “isolados” ou em “vias de integração” ficariam sujeitos ao regime tutelar estatal. Na prática do órgão indigenista oficial, porém, essas categorias não se faziam observar, havendo continuidade entre a situação anterior ao estatuto (criação e regulamentação do SPI, em 1928), em que a tutela estatal era irrestritamente considerada para todos os indígenas, seja do ponto de vista individual, seja coletivamente. Além do próprio Executivo, o legislativo e o judiciário terminaram por corroborar as práticas tutelares, não havendo superação do paradigma incorporativista ou integracionista, até que sobreviesse a Constituição Federal de 1988.⁴⁹

Nessa constituição, hoje em vigor, foi apresentado, pela primeira vez, um capítulo dedicado exclusivamente aos índios, o qual, por sua importância, e pela expressão da ruptura com os paradigmas anteriores, quer o incorporativista, integracionista ou assimilacionista, representa o principal marco jurídico em quinhentos anos de relacionamento do Estado formado a partir dos territórios indígenas e os povos originários.⁵⁰ Além do capítulo específico, em outras partes do texto constitucional

47 LACERDA, op. cit., p. 126-137.

48 Ibidem, p. 138-140.

49 Ibidem, p. 145-192.

50 Cap. VII Dos Índios

Art. 231. 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.

ficou assegurado o respeito ao novo paradigma da alteridade, em normas relativas à cultura, por exemplo.⁵¹

Na gênese da Constituição de 1988 houve a intensa e profícua participação indígena, durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, eis que vinham se organizando em diversos movimentos, associações e organizações próprias desde as décadas de 1970 e 1980. A partir da Declaração de Barbados I, cuja elaboração teve a participação do brasileiro Darcy Ribeiro, obtida durante o Simpósio sobre a Fricção Interétnica na América do Sul, o relacionamento das ciências sociais (especialmente a Antropologia) com os indígenas passou a ter a perspectiva da autonomia desses. A declaração propõe igual avanço para o relacionamento das missões religiosas e dos Estados com os indígenas.

A partir desse primeiro documento, na segunda reunião de Barbados, já em 1977, metade dos participantes era indígena, assumindo um protagonismo até então inédito, tendo forjado a Declaração de Barbados II. Uma década depois, através da crescente participação de suas delegações no sistema das Nações Unidas, conseguiram, a partir de 1986, que no processo de revisão da Convenção 107, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), houvesse a superação da perspectiva integracionista. A nova convenção sobre povos indígenas e tribais tomou o n. 169, e foi aprovada no ano de 1989.

Internacionalmente, pois, os movimentos etno-políticos indígenas passaram a exigir dos governos a implementação nos ordenamentos

1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesca e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

51 CF, art. 215 e 216.

jurídicos dos conceitos de: alteridade, especificidade cultural e multietnicidade do Estado.

A constituição brasileira no que tange a esses povos é fruto desse movimento político, adotando o paradigma do direito à alteridade no seu artigo 231, e atribuindo ao poder central papel ativo na demarcação das terras indígenas – base de exercício desses direitos – bem como na proteção dos bens dos indígenas.

Inaugurou-se com ela um novo padrão de relacionamento do Estado brasileiro com os povos originários, de modo que, sob seu amparo, os indígenas brasileiros vêm avançando desde então, em sucessivas demonstrações dos direitos ali assegurados, tais como: ensino bilíngue, atendimento de saúde com respeito às suas práticas culturais, respeito às formas de organização social, e diálogo estatal com suas organizações.

Longe de tais avanços estarem consolidados, ou terem se dado espontaneamente, ao longo de quase três décadas, certo é que o paradigma assim introduzido na norma maior constitui fonte do direito da qual não se pode alienar quando da construção de políticas públicas com os indígenas.

Edificou-se, com a constituição cidadã, portanto, um novo patamar de diálogo, mais simétrico, do Estado brasileiro com os povos indígenas, tal qual o Império Romano, paulatinamente, se obrigou a estabelecer com os povos sob seu domínio, como se terá oportunidade de analisar a seguir.

CONCLUSÕES

Tanto o Estado brasileiro quanto o Império Romano foram forçados a se relacionar cada vez mais simetricamente com os povos dominados ou vencidos, após a ocupação dos territórios desses. À medida que o Império avançava em expansão, e as relações comerciais com os povos dominados atingiam seu centro, na cidade de Roma, o prestigioso *status civitatis* era estendido aos habitantes dos territórios conquistados.

No Brasil, as relações com os povos indígenas, iniciaram-se com certo respeito à essas sociedades, até mesmo em razão do desconhecimento quanto aos recursos naturais disponíveis (madeira, minério), passando rapidamente à dominação e submissão desses povos aos interesses econômicos exploratórios dos colonizadores. Em mais de um período histórico os próprios indígenas representavam riqueza econômica, visto que eram tornados cativos e, nesta condição, integravam uma rede de comércio escravagista.

As legislações que foram fixando direitos de cidadania no Império Romano, para abranger cada vez mais administrados, levaram cerca de quatro séculos para chegar ao nível de abarcar quase todos os habitantes

do Império, fazendo exceção aos escravos. Ainda assim, estes possuíam mecanismos para, em alforriando-se da condição de cativos, pudessem alcançar o direito ao *status civitatis*.

No Brasil, a legislação que diz respeito às relações com os povos indígenas sofreu avanços e retrocessos intercalados, numa política cambiante e intermitente, ao sabor dos interesses dos colonizadores, para que enfim, quase cinco séculos depois do desembarque dos primeiros europeus em terras brasileiras, houvesse a adoção de um paradigma de verdadeira igualdade formal e material dos indígenas aos demais cidadãos brasileiros.

A semelhança entre os dois processos legislativos pode ser avaliada como existente, na medida em que, em ambos os casos, estender a categoria de cidadãos livres aos povos dominados é resultado de processos históricos e econômicos, tanto em Roma, como no Brasil.

O declínio paulatino do Império Romano coincide com a progressiva extensão dos privilégios da cidadania romana, até abranger a totalidade dos administrados livres, fossem ou não nascidos em Roma.

No Brasil, os contínuos embates com os colonizadores, além do crescente movimento de resistência às práticas de dominação, resultaram na construção interna de um direito de cidadania plena, com a chegada da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

BRASIL. Lei n. 6.001, de 19 de Dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, p. 13.177, 21 dez. 1973.

BRASIL. Decreto n. 5.051, de 19 de Abril de 2004. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, p. 01, 20 abr. 2004.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Os Direitos do Índio: Ensaios e Documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

_____. *Legislação Indigenista no Século XIX: uma compilação*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1992.

_____. *Cultura com Aspas e outros ensaios*. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

LACERDA, Rosane Freire. *Diferença não é incapacidade: o mito da tutela indígena*. São Paulo: Baraúna, 2009.

MONTAIGNE, Michel de. *Dos Canibais*. São Paulo: Alameda, 2009.

ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIREITOS FUNDAMENTAIS. UM
PARALELO ENTRE A CRÍTICA DE
FRIEDRICH MULLER À CORTE
CONSTITUCIONAL DE KARLSRUHE E A
CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

*FUNDAMENTAL RIGHTS. A PARALLEL BETWEEN THE
CRITICISM OF FRIEDRICH MULLER TO CONSTITUTIONAL
COURT OF KARLSRUHE AND THE BRAZILIAN
CONSTITUTION OF 1988*

Bernardo Glinhoer Katz

Mestre em Direito Trabalha em ações judiciais na defesa da União lotado na

Procuradoria da União do Paraná

Bacharel em Direito e Economia

Advogado da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 Teoria e Interpretação dos Direitos Fundamentais na Visão de Friedrich Muller; 2 A Crítica de Muller à Corte Constitucional de Karlsruhe ; 3 A Constituição Brasileira de 1988; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem como objeto estudar um paralelo entre a crítica de Friedrich Muller à Corte Constitucional de Karlsruhe e a Constituição Brasileira de 1988. O método de Muller é concretista. Todas as diligências se concentram em estruturar e racionalizar o processo de concretização da norma. O erro da jurisprudência, de Karlsruhe segundo se deduz da crítica de Muller, é intentar a concretização da norma constitucional por via dos métodos voluntaristas, prendendo-se aos juristas da interpretação clássica. A investigação do tema justifica-se no Estado brasileiro pela situação que persiste de exclusão social de uma grande parcela da população, inviabilizando a concretização dos direitos fundamentais determinados pela Carta Magna.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Friedrich Muller. Karlsruhe. Constitucionalização. Interpretação.

ABSTRACT: The purpose of this study is to examine the parallel between the criticism of Friedrich Muller to Constitutional Court of Karlsruhe and the Brazilian Constitution of 1988. Muller method is concretist. All efforts are focused on structure and streamline the process of implementing the standard. The error of law, Karlsruhe as appears from Muller's criticism, is to bring the implementation of constitutional rule through the proactive methods, holding up the jurists of the classical interpretation. The investigation of the theme by the Brazilian state is justified by a trend of persistent social exclusion of a large portion of the population, preventing the achievement of certain fundamental rights by the Constitution.

KEYWORDS: Fundamental Rights. Friedrich Muller. Karlsruhe. Constitutionalization. Interpretation

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar um paralelo entre a crítica de Friedrich Muller à Corte Constitucional de Karlsruhe e a Constituição Brasileira de 1988, sob uma perspectiva dos direitos fundamentais, atento às principais questões que envolvem a formação e consolidação do Estado brasileiro e a ruptura em relação à ordem jurídica então vigente que significou a Constituição Federal de 1988.

A Constituição exerceu papel fundamental na previsão de alguns institutos que proporcionaram a solução para questões relevantes de efetivação dos direitos fundamentais. Porém, tais conquistas ainda são insuficientes para que o Estado cumpra sua função transformadora da sociedade e a missão que a Carta Magna lhe conferiu.

No contexto da realidade constitucional, o quadro de pobreza, exclusão social, concentração de renda, desequilíbrios regionais e perpetuação de privilégios que ainda assolam o Estado brasileiro, inobstante os avanços sociais recentes, são motivos suficientes para justificar tal estudo.

O direito à saúde, educação, moradia, emprego, segurança, dentre outros que possibilitam a realização das promessas constitucionais são elementos necessários para a concretização de um país mais justo e equânime.

Hoje, o reconhecimento constitucional da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais e da correspondente vinculação do legislador ordinário aos seus preceitos marca uma clara inversão da visão tradicional da relação entre direitos fundamentais e lei, considerada outrora mera norma programática.

O trabalho encontra-se dividido em três partes fundamentais: a primeira procura retratar a Teoria e Interpretação dos Direitos Fundamentais na Visão de Friedrich Muller. A segunda procura discutir a crítica de Muller à Corte Constitucional de Karlsruhe. E a terceira explana sobre os direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna de 1988 e o déficit da sua realização, mencionando as principais promessas inseridas no texto constitucional a se concretizarem.

1 TEORIA E INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NACIONAIS E INTERNACIONAIS NA VISÃO DE FRIEDRICH MULLER

Friedrich Muller é um jurista alemão, decano da Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg, que desenvolve um método racionalista de interpretação constitucional, em que procura deixar estruturada uma hermenêutica que permita explicar a Constituição, sem perda de sua eficácia, e como ela realmente se apresenta, rejeitando a interpretação tradicional por onde se operava a separação irremediável entre a Constituição formal e a Constituição material.

O método de Muller é concretista. Todas as diligências se concentram em estruturar e racionalizar o processo de concretização da norma. A interpretação em Muller, tanto quanto nos demais concretistas se qualifica como concretização da norma. Compreende ele a norma jurídica como algo mais que o texto de uma regra normativa. De sorte que a interpretação ou concretização de uma norma transcende a interpretação do texto, contrariando as interpretações tradicionais no campo jurídico.

A posição autoritária própria do Estado baseada na força vê os direitos fundamentais como concessões às quais foi obrigado o poder estatal, de maneira que contraria as regras do sistema. Esse princípio de intervenção a partir do âmbito normativo dos direitos fundamentais foi desenvolvido pela teoria estruturante do direito a partir da metade dos anos 1960; o Tribunal Constitucional Federal alemão aceitou-o, em 1971, em sua famosa decisão “Mephisto”, e desde então aplica em jurisprudência constante.

Aqui se mostra exemplarmente a transição de uma concepção autoritária do passado para uma concepção moderna: os direitos fundamentais não são um “resíduo”. Constituem a base normativa do desenvolvimento social e político de cidadãos e homens livres em uma democracia. Os direitos fundamentais são garantias materiais, determinadas de maneira positiva mediante seu conteúdo e sua eficácia.

Também por isso os direitos fundamentais e os humanos não são meros “valores”, mas normas. Por trás deles encontram-se representações de dignidade, liberdade e igualdade de todos os homens. Mas a partir do momento em que a Constituição os tenha positivado em seu texto, tornam-se direito vigente.¹

Para Muller os direitos adquirem caráter estatal-normativo. Levá-los a sério significa respeitá-los e cumpri-los como direito positivo. Outras concepções analisam especialmente os efeitos supra individuais das garantias, os denominados efeitos de direito objetivo. O Tribunal Constitucional Federal alemão ocupa-se, há muito tempo, com esses efeitos. As duas principais linhas são a doutrina do Estado social e a doutrina democrático-funcional. A última mencionada é, porém, incompatível com a democracia pluralista. A liberdade não é apenas liberdade “para”, mas também liberdade “contra”, especialmente contra determinação alheia. Segundo concepção do Estado social, os direitos fundamentais oferecem sempre e principalmente direitos a prestações estatais. Isto, no entanto, desnatura as garantias de maneira inaceitável do ponto de vista da

1 MULLER, Friedrich. Teoria e Interpretação dos Direitos Humanos. In: CLEVE, Clemerson Merlin; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Orgs.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 45-46.

metodologia própria ao Estado de Direito. Há direito a prestação apenas quando este resulta claramente da Constituição.²

Segundo Muller a concretização é, realisticamente considerada, a construção da norma jurídica no caso concreto. A norma jurídica é a formulação geral da decisão jurídica; a formulação individual (isto é, o teor da decisão) chama-se norma de decisão.

Essa concepção leva a sério o trabalho jurídico como ação concreta de seres humanos. É fundamentada no âmbito da teoria da ação e adota uma abordagem pragmática da linguagem: todo trabalho jurídico ocorre dentro da linguagem: é uma forma especial de linguagem, um conjunto específico de jogos de linguagem.

Para a elaboração da norma jurídica, para sua construção com base no caso jurídico e nos textos normativos, o jurista necessita tanto de dados linguísticos como também de dados reais; essa é a realidade da atividade cotidiana de tomada de decisões jurídicas. Os operadores do direito que devem decidir casos complexos já trabalham dessa maneira prática, mas isso não foi dito pelas teorias tradicionais. A teoria estruturante do direito tem como tarefa elaborar essa reflexão. Ela é uma teoria da prática.³

O Direito, então, seja ele de que ramo for, dividindo-o didaticamente, em privado e público, está circunscrito e intrinsecamente permeado pelo texto constitucional.

Para que tais princípios possam cumprir sua preciosa função dentro do ordenamento estatal, mister se faz interpretá-los para melhor aplicá-los resgatando de suas entranhas sua exata significação. Tais princípios ganhariam concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico.

A Constituição é a “lei suprema do país; contra sua letra, ou espírito, não prevalecem resoluções dos poderes federais, decretos ou sentenças federais, nem tratados, ou quaisquer atos diplomáticos”.⁴

Com o enorme alargamento dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos em relação aos iniciais direitos de liberdade individual, pode-se dizer que, em certo sentido, a história do constitucionalismo é a história dos direitos fundamentais. O Estado

2 MULLER, Friedrich. Teoria e Interpretação dos Direitos Humanos. In: CLEVE, Clemerson Merlin; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Orgs.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 46.

3 MULLER, Friedrich. Teoria e Interpretação dos Direitos Humanos. In: CLEVE, Clemerson Merlin; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Orgs.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.47

4 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 314.

constitucional moderno é cada vez mais um “Estado de direitos fundamentais”.⁵

José Adércio Leite Sampaio explicita que os direitos fundamentais envolvem um conceito e muitas concepções, divididas entre as materiais e formais. As concepções materiais procuram formular um sentido para a expressão direitos humanos que se vincule ao conteúdo desses direitos. Pode-se distinguir perspectiva positivista, perspectiva não positivista e perspectiva eclética.⁶

Uma concepção formal, no âmbito da teoria dos direitos humanos, procura definir a forma ou a estrutura lógica dos direitos, sem a preocupação em identificar quais seriam o conteúdo desses direitos em um ordenamento concreto ou quais deveriam ser, em qualquer ordenamento, suas dimensões, renunciando à formulação de uma teoria dogmática e filosófica dos direitos humanos respectivamente.⁷

Antonio Manuel Peña Freire faz uma análise dos direitos fundamentais, sob uma perspectiva de função de garantia. “Os direitos fundamentais são a expressão jurídica dos valores e posições centrais do pacto social, agindo como correias de transmissão dos valores dominantes da centralidade da pessoa ao resto da ordem jurídico-política.”⁸ Esclarece ainda o autor que a generalidade e imprecisão dos enunciados normativos da Constituição e sua relação com referenciais externos plurais são as razões para que suas necessidades e possibilidades interpretativas sejam muito maiores, o que acontece num processo de concretização em que valores e interesses sociais e econômicos e posicionamentos éticos que informam o sistema participam em tensão, resultando numa expressão dos valores da dignidade, liberdade e igualdade que variam de acordo com o grau de garantia oferecido.⁹

Para Ingo Sarlet, os direitos fundamentais (e os sociais não fogem à regra) expressam uma ordem de valores objetivada na e pela Constituição. Os direitos sociais (sendo, ou não, tidos como fundamentais) abrangem tanto direitos prestacionais (positivos) quanto defensivos (negativos). A partir de um certo texto há como extrair uma norma (ou normas) que pode (ou não) reconhecer um direito como fundamental e atribuir uma determinada posição jurídico-subjetiva à pessoa, posição que poderá

5 MOREIRA, Vital. O Futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.) *Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003. p.322.

6 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.23.

7 Ibidem, p. 27.

8 PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en El Estado Constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997, p. 107.

9 Ibidem, p. 107-115.

ter como objeto uma determinada prestação jurídica ou fática; ou uma proibição de intervenção.¹⁰

Os direitos humanos não são compatíveis com sistemas políticos não democráticos. Por outro lado, os direitos fundamentais, nos países onde podem ser legalmente exercidos, favorecem necessariamente a democracia, como âmbito institucional e procedimental. A possibilidade de exercício e o efetivo exercício dos direitos fundamentais é uma condição necessária da democracia: isto não significa que os direitos não substituam a democracia; mas uma democracia digna desse nome se baseia nos direitos humanos.¹¹

2 A CRÍTICA DE MULLER À CORTE CONSTITUCIONAL DE KARLSRUHE

O erro maior da jurisprudência de Karlsruhe, segundo se deduz da crítica de Muller foi intentar a concretização da norma constitucional por via dos métodos voluntaristas, prendendo-se aos fundamentos da interpretação clássica. O erro se agrava na medida em que o Tribunal contraditoriamente se arredava dos esquemas tradicionais e introduz, nos arestos de seus juízes, componentes extraídos da teoria material da Constituição e das vias concretistas, quais por exemplo alguns pontos de vista, como o princípio das unidades da Constituição e a chamada “natureza das coisas”, estes ainda compatíveis com as regras interpretativas formuladas por Savigny.¹²

Mas há outros inteiramente afastados dessa hermenêutica, conforme os que Muller a seguir declina: a necessidade de um resultado conforme a coisa, a possibilidade da mudança de importância de uma norma constitucional com base em alterações fáticas do mundo social, a importância constitutiva com base na matéria a ser regulada pela norma e pela decisão, a consideração de concatenações históricas, políticas e científico-sociais reputadas as mais importantes para alcançar afinal a decisão.¹³

Procura Muller demonstrar que a jurisprudência da Corte de Karlsruhe já não pode encobrir mediante artifícios verbais a ruptura com os métodos costumeiros de interpretação constitucional. De modo que se torna possível a esta altura questionar a concepção clássica da norma jurídica e sua aplicação, valendo-se para tanto da análise aos processos atuais empregados inclusive por aquele Tribunal na sua tarefa de concretizar a

10 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 554-556.

11 MULLER, Friedrich. Teoria e Interpretação dos Direitos Humanos. In: CLEVE, Clemerson Merlin; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Orgs.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.50.

12 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 25. ed. 2010, p. 498.

13 Ibidem.

Constituição e que devem logicamente conduzir ao abandono das velhas e tradicionais concepções dos intérpretes formalistas.

Em verdade, a exaustiva perquirição de Muller busca evitar o hiato, a separação, a antinomia das duas Constituições - a forma e a material - bem como aquele conhecido confronto da realidade com a norma jurídica. É esse dualismo que a metodologia concretista, ao tornar fática a norma, se empenha com mais afincos por evitar.

A falta de congruência metodológica fez a Corte de Karlsruhe, segundo Muller, de uma parte confessar-se adepta da metodologia interpretativa tradicional, doutra, sempre que os antigos métodos malogravam, empregar, sem fundamentação, subsídios materiais de interpretação constitucional, num pragmatismo caótico, à míngua evidentemente de elementos racionais extraídos da realidade mesma que interpreta.¹⁴

Apesar disso, o método da Constituição representa uma contribuição fecunda dos juristas ao Direito Constitucional, que reaproximou, com base em profunda reflexão, a Constituição e a realidade. Fez possível dentro da sociedade móvel e dinâmica de nosso tempo um Estado de Direito com fundamento de legitimidade nos direitos sociais e nas garantias concretas de liberdade humana.

Os constitucionalistas do Estado social valeram-se da metodologia tópica para restaurar o prestígio da hermenêutica jurídica no Direito Constitucional. Emanciparam-na da servidão à metodologia clássica de Savigny, nascida de inspirações positivistas. com a Sociedade, a Constituição com a realidade, a norma com o fato. O método concretista da Constituição aberta é fruto, portanto, da revolução metodológica que desde a tópica se observa no campo do Direito Constitucional. Com ela a teoria material da constituição se converteu definitivamente na hermenêutica do Estado Social.¹⁵

Foi a partir deste contexto que o Tribunal Constitucional de Karlsruhe tomou perfeita consciência desse grave risco. Verifica-se, pelo exame de alguns de seus extratos jurisprudenciais, que o juiz, em presença de uma lei cujo texto e sentido seja claro e inequívoco, não deve nunca lhe dar sentido oposto, mediante o emprego do método de interpretação conforme a Constituição.¹⁶

As delimitações que a Corte Constitucional de Karlsruhe esboçou com referência ao método de interpretação conforme Constituição estão contidas numa decisão proferida a 11 de junho de 1958, a mais importante sobre a matéria, da qual decorrem dois limites evidentes: o sentido claro do texto e o fim contemplado pelo legislador. Ambos se apoiam no item 3º do art. 20

14 BONAVIDES, op. cit., p. 499.

15 Ibidem, p. 517.

16 Ibidem, p. 520.

da Lei Fundamental de Bonn, que diz que o legislativo se acha vinculado à ordem constitucional e o executivo e o judiciário à lei e ao direito.¹⁷

Toda essa mudança ocorreu visto que após a Segunda Grande Guerra Mundial, houve uma enorme preocupação mundial em se garantir mediante convenções, pactos e declarações universais a dignidade do ser humano e promover a reconstrução de um mundo ideológica e materialmente novo.

Dentre as mais famosas manifestações de direitos do ser humano pós-guerra está a Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, que contém 30 artigos, precedidos de um Preâmbulo, em que reconhecem solenemente: a dignidade da pessoa humana, como base da liberdade, da justiça e da paz; o ideal democrático com fulcro no progresso econômico e social; o direito de resistência à opressão; e finalmente a concepção comum destes direitos.¹⁸

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim reza em seu Preâmbulo:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum, considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão, considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades, considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso, A Assembléia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos

17 BONAVIDES, op. cit., p. 522.

18 SILVA, op.cit. p. 162.

como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.¹⁹

Os trinta artigos reconhecem direitos fundamentais do homem, tais como os exemplificados a seguir e que influenciaram pelo mundo afora: que todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, dotados como estão de razão e consciência, devem comportar-se fraternalmente uns com os outros; que ninguém será submetido à tortura e nem a pena ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes; que todo ser humano tem direito de, em qualquer lugar, ter reconhecida a sua personalidade jurídica; que ninguém será objeto de arbitrariedades em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência; que toda pessoa como membro da sociedade tem direito à seguridade social e a obter a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis a sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade; e que toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência digna.²⁰

3 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Como bem observou Friedrich Muller os direitos fundamentais não são compatíveis com sistemas políticos não democráticos. Por outro lado, os direitos fundamentais, nos países onde podem ser legalmente exercidos, favorecem necessariamente a democracia. Como já explicitado pelo jurista alemão o efetivo exercício dos direitos fundamentais é uma condição necessária da democracia: uma democracia digna desse nome se baseia nos direitos humanos.

Além de representar a redemocratização do país, fazendo a travessia de um regime autoritário para um Estado democrático de direito, sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. “O Estado brasileiro

19 *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 05 jan. 2011.

20 SILVA, op.cit. p. 163.

da época do regime militar é um típico exemplo de violência e de negação da racionalidade normativa”.²¹

O Estado democrático de direito tem como fundamento a democracia e os direitos fundamentais, sendo, portanto, irrefutável o conteúdo político constante na Carta Magna de 1988, haja vista os compromissos com a melhoria do nível de vida da sociedade brasileira, com a realização da justiça social, com a diminuição das desigualdades existentes e erradicação da pobreza.²²

A Constituição de 1988 é considerada como um corte em relação à ordem jurídica posta. Houve a criação e o aperfeiçoamento de várias instituições democráticas e o surgimento de uma Carta Magna deveras analítica é verdade, mas que instituiu diversos princípios constitucionais, que, como salienta Marcos Antônio B. Pacheco, são “princípios que destacam muito mais que as possibilidades do Estado, as necessidades e demandas sociais de seus cidadãos”.^{23 24}

A construção do projeto democrático brasileiro plasmado na Constituição de 1988 traz consigo um elevado grau de legitimidade. O debate público efetivamente instaurado no momento constituinte não pode ser desprezado, sob pena de desconsiderar-se um dos postulados básicos da democracia: a soberania popular.²⁵

Segundo Luís Roberto Barroso a legitimidade democrática do poder constituinte e de sua obra, que é a Carta Constitucional, recai, assim, no caráter especial da vontade cívica exteriorizada em momento de grande articulação popular, devendo, por isso, preponderar sobre a política ordinária.²⁶

21 MALISKA, Marcos Augusto. Pluralismo...p. 133.

22 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.148.

23 PACHECO, Marcos Antônio B. *Estado Multicultural e Direitos Humanos: Tópica Constitucional dos Direitos Étnicos*. São Luiz: UFMA/CNPQ, 2005. p. 95.

24 Como relata ironicamente, Carlos Ari Sundfeld, quando começou a lecionar Direito Constitucional em 1969, em plena ditadura militar, época da Junta Militar de 1969. “Como assim professor de direito constitucional? Onde já se viu direito constitucional em ditadura? Vá procurar trabalho de verdade! Mas, contornava-se o problema com bastante engenho: ensinando direito constitucional como se fosse literatura. Partindo da explicação de que o direito não era o mundo real, mas do dever ser, discutia-se apenas a melhor leitura para as normas da Constituição. Assim, minha iniciação como constitucionalista foi testar os possíveis jogos de sentido de um texto maldito”. In: SUNFIELD, Carlos. O Fenômeno Constitucional e suas Três Forças. In: BINEMBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; e SOUZA NETO, Cláudio. (Orgs) *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 11.

25 SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia: Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 10.

26 BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.121.

Nas palavras de Eneida Desiree Salgado: “A Constituição de 1988 traz um texto construído pelas demandas sociais, pela colaboração dos intelectuais, pela participação popular e pelas discussões na Assembléia Nacional Constituinte. O seu projeto democrático, fruto das distintas ideologias e diferentes interesses da sociedade brasileira, é positivado timidamente, mas com toda a força normativa necessária para se fazer realizar.”²⁷

Essa interrupção da ordem jurídica então vigente e as aspirações que daí decorreram, no sentido do aperfeiçoamento das instituições e da democracia no Brasil, levaram o então presidente da Assembléia Nacional Constituinte, deputado federal Ulysses Guimarães a qualificá-la de “Constituição Cidadã”, termo que ficou impregnado no vocabulário constitucional.²⁸

Em discurso histórico na comemoração da promulgação da Lei Maior, em 05/10/1988, Ulysses sintetiza toda a simbologia do evento que representava um fim ao arcabouço jurídico do regime autoritário: “Quando após, tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto do homem, da liberdade e da democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e nações, principalmente na América Latina.”²⁹

E, prossegue, quanto ao cumprimento e efetividade do citado estatuto legal, advertindo que podemos discordar, divergir, mas jamais descumpri-lo ou afrontá-lo: “Traidor da Constituição é traidor da Pátria. Conhecemos o caminho maldito: rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio, o cemitério. A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia.”³⁰

Roberto Campos, que por sua vez também foi constituinte, classifica o diploma legal promulgado em 1988 como o “avanço do retrocesso.” Define-o como um instrumento demagógico e que deixou o país praticamente ingovernável, ao elencar inúmeros direitos, sem a correspondente receita.³¹

Se é verdade que cometeu alguns excessos demagógicos, e eventualmente as cometeu, com viés populista ou corporativista, por exemplo, e não foi a Constituição perfeita, o que aliás dificilmente alguma será em qualquer país, ela representou a afirmação de um amplo leque de direitos do constitucionalismo mundial, superando um modelo autoritário e excludente de Estado e sociedade. O saldo é predominantemente positivo.

27 SALGADO, op.cit., 2007, p. 223.

28 PACHECO, Op.cit., p. 92.

29 GUIMARÃES, Ulysses. *Discurso do Deputado Ulysses Guimarães*: presidente da Assembléia Nacional Constituinte, em 05 de outubro de 1988, por ocasião da promulgação da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a12v4n2.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2010.

30 Idem.

31 CAMPOS, Roberto. *A Lanterna na Popa*: Memórias 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1994, p. 1183-1208.

Há uma mudança de paradigmas, quando, entre outras questões, a Constituição consagra a cidadania e a dignidade da pessoa humana como princípios constitucionais. Isso deve ser entendido a partir dos movimentos sociais que para aí concorreram na Constituinte, assim como a partir das políticas que aí se evidenciaram, como a organização de grupos de pressão em todas as direções.³²

A fundamentalidade formal foi considerada, num primeiro momento, como resultado da decisão expressa (art. 5º, §1º, da CF) em ter assegurado às normas de direitos e garantias fundamentais uma aplicabilidade direta, que desde logo vai compreendida no sentido de que as normas de eficácia plena que impõe ao conjunto dos órgãos estatais o dever de otimização da sua efetividade. Sarlet aduz que todos os direitos sociais (negativos e positivos) encontram-se sujeitos à lógica do acima mencionado artigo, no sentido de que se deve outorgar a máxima eficácia e efetividade possível a todas as normas de direitos fundamentais.³³

Entre os denominados direitos fundamentais, o da dignidade da pessoa humana é o grande norteador da República Federativa do Brasil, Estado de direito democrático fundado em 5 de outubro de 1988.

É o que José Joaquim Gomes Canotilho chama de “princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional”.³⁴ Tal princípio afasta de pronto a ideia de predomínio de uma ideologia essencialmente individualista ou atomista do Direito, aplicando-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional, compondo-lhe o espírito e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar.

Canotilho, sobre idêntica disposição da Constituição portuguesa aponta uma das faces deste fenômeno. Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendência metafísica, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve aos aparelhos político-organizatórios.³⁵

O direito à dignidade, que se estende aos grupos comunitários e profissionais, é inerente à própria condição humana, cujo fundamento lastreia-se na necessidade de uma ética coletiva e tem respaldo tanto na Constituição Federal quanto em tratados internacionais a que aderiu o Estado brasileiro.

32 PACHECO, op.cit., p. 95.

33 SARLET, op. cit., p. 559-562.

34 CANOTILHO, op.cit., p. 1047.

35 CANOTILHO, op.cit., p. 219.

Sob a inspiração de que a condição de pessoa humana é o bastante para que se tenham respeitados direitos fundamentais, há muito a humanidade, talvez assombrada com a sua capacidade de destruição, esforça-se para ver preservado o reconhecimento dos direitos a que faz jus a pessoa humana.

O ser humano, assim, deverá ser sempre considerado o sujeito de direito, livre e transformador, nunca objeto. Os direitos fundamentais, que o art. 5º da CF/88 considera invioláveis, são inerentes à dignidade humana, neles se traduzem e concretizam as faculdades que são exigidas pela dignidade, assim como circunscrevem o âmbito que se deve garantir à pessoa para que aquela dignidade se torne possível.

O Estado deve promover os direitos fundamentais normatizados e as novas demandas sociais impostas pela Constituição Federal, o que ainda não ocorreu na plenitude. Há um enorme hiato entre norma e fato social, prejudicando a sua efetivação, conforme afirmação de Daniel Sarmiento: “A Constituição fala em justiça social, mas o Brasil continua sendo um dos países mais desiguais do mundo. O constituinte exige a moralidade administrativa, mas a corrupção viceja em todos os níveis da Administração Pública nacional.”³⁶

4 CONCLUSÃO

No que se refere à constitucionalização, a observação mais importante a ser feita é que a Constituição de 1988 representou uma verdadeira ruptura em relação à ordem jurídica anterior que sustentava o regime ditatorial, passando a ter papel fundamental para a consolidação democrática do país e suas instituições.

Mais do que um símbolo da redemocratização brasileira, a Lei Maior promulgada no ano de 1988 representa um marco histórico do novo direito constitucional brasileiro, tal qual foi na Europa continental o constitucionalismo do pós-guerra, representada pelo pensamento de Friedrich Muller e por uma mudança de paradigma da jurisprudência da Corte Constitucional de Karlsruhe.

Os direitos fundamentais estão atrelados à centralidade do ser humano, pela afirmação de sua dignidade. Mas, na prática, não é isso que ocorre com frequência. O princípio da dignidade da pessoa humana embute a promessa de liberdade, igualdade e solidariedade que por enquanto apresenta falhas na sua concretização, razão pela qual a denominação déficit de realização.

36 SARMIENTO, op.cit., p. 114.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Orgs.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BERLIN, Isaiah. *Idéias Políticas na era romântica: Ascensão e influência no pensamento moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

BITTENCOURT NETO, Eurico. *O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Estudos de Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CAMPOS, Roberto. *A Lanterna na Popa: Memórias* 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 05 jan. 2011.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e Século XXI: A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Pluralismo Jurídico e Direito Moderno*. Curitiba: Juruá, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v.14, n. 57/58, p. 236-237, jan./jun.1981.

MULLER, Friedrich. Teoria e Interpretação dos Direitos Humanos. In: CLEVE, Clemerson Merlin; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Orgs.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

PACHECO, Marcos Antônio B. *Estado Multicultural e Direitos Humanos: Tópica Constitucional dos Direitos Étnicos*. São Luiz: UFMA/CNPQ, 2005.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en El Estado Constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia: Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico; vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANCHIS, Luís Prieto. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta; 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: Os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Orgs.). *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2006.

O TRATAMENTO CONCEDIDO À CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO PELAS CONSTITUIÇÕES EUROPEIAS

*THE TREATMENT GRANTED TO THE SCIENCE, TECHNOLOGY
AND INNOVATION BY THE EUROPEAN CONSTITUTIONS*

*Bruno Monteiro Portela
Procurador Federal*

*Consultor Jurídico do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços
Ex Consultor Jurídico do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB)
Especialista em Gestão Pública pela Fundação Getúlio Vargas (FGV)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Atualização do Tratamento das Atividades de Ciência, Tecnologia e Inovação na Constituição da República Federativa do Brasil; 2 Normativos e Diretivas da União Europeia (UE) para a Ciência, Tecnologia e Inovação; 3 O Tratamento concedido à Ciência, Tecnologia e Inovação pelas Constituições Europeias 3.1 Ciência, Tecnologia e Inovação na Constituição Alemã; 3.2 Ciência, Tecnologia e Inovação na Constituição Francesa; 3.3 Ciência, Tecnologia e Inovação na Constituição Italiana; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: O artigo busca analisar e comparar o tratamento constitucional concedido à Ciência, Tecnologia e Inovação pela Constituição Federal do Brasil de 1988, por meio dos Tratados, regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres da União Europeia, pelas Constituições francesa, italiana e alemã. Estudaremos os textos constitucionais e as diretrizes apresentadas pela União Europeia que versem a respeito do tema Ciência, Tecnologia e Inovação, observando os aspectos positivos e negativos, e a importância constitucional ou institucional conferida ao tema aludido em cada regramento. O estudo explicitará a natureza e a importância dos dispositivos que tratam do assunto a nível constitucional, ou por meio de regulamentos ou de diretivas, no caso da União Europeia.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Direito Comparado. Educação, Ciência, Tecnologia e Inovação. Legislação. União Europeia. Tratados. Tratamento.

ABSTRACT: The article seeks to analyze and compare the constitutional treatment given to Science, Technology and Innovation in the Federal Constitution of 1988 Brazil, through treaties, regulations, directives, decisions, recommendations and opinions of the European Union, the french Constitutions, italian and german. We will study the constitutional text and the guidelines presented by the European Union that apply in relation of theme Science, Technology and Innovation, noting the positive and negative aspects, and the constitutional or institutional importance attached to the issue alluded to in each normative. The study will make explicit the nature and importance of provisions addressing the issue at constitutional level, or through regulations or policies, for the European Union.

KEYWORDS: Constitutional Law. Comparative law. Education, Science, Technology and Innovation. Legislation. European Union. Treaties. Treatment.

INTRODUÇÃO

Este trabalho visa analisar a importância da Ciência, Tecnologia e Inovação no Brasil e na União Europeia, através de estudo sobre os textos constitucionais do Brasil, França, Alemanha e Itália, além de analisar os dispositivos que estão na estrutura da legislação da União Europeia como Tratados, regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres.

É importante entender o papel desempenhado pela ciência, tecnologia e inovação (C, T & I) no processo de desenvolvimento dos países, estimando seu peso na composição do poder nacional. Assim, uma das maneiras de aferir a importância deste papel é através do tratamento dado a C, T & I na estrutura normativa dos países ao longo do tempo.

Atualmente, o conhecimento científico avançado e as tecnologias críticas estão sob o domínio de países que integram o centro mundial do poder, o que lhes garante vantagens sob os aspectos político, econômico, social e militar.

Nada melhor para começar um texto sobre a importância da ciência, tecnologia e inovação do que lembrar do seu principal agente, o ser humano, descobridor e usuário das novas tecnologias.

Aliás, Boorstin (1989) lembra que esses descobridores, verdadeiros heróis, tiveram que vencer severos obstáculos às descobertas, o que ele chamou de ilusão de conhecimento - que é o maior inimigo do conhecimento e não a ignorância. A ilusão do conhecimento é a perspectiva onde a própria verdade é incontestável e deve se sobressair (quer a pessoa o faça consciente ou inconscientemente), mesmo que as evidências apontem para o contrário.

O que antes se fazia quase que exclusivamente pelo domínio de territórios, nos tempos contemporâneos, o domínio do conhecimento e o saber fazer são formas, talvez mais sutis de dominação, no entanto, igualmente, ou tão mais eficientes, do que a simples posse de terras. E assim, tem sido ao longo da História: as sociedades que mais valorizaram a formação intelectual, incentivando a criação e a aplicação de técnicas, acabaram por se destacar, ou até mesmo, por prevalecer de alguma forma sobre as demais.

Destarte, no caso da União Europeia e dos países Alemanha, França e Itália, o desafio aceito nesta pesquisa é demonstrar qual o espaço normativo que foi destinado às áreas de C, T & I e como foi tratado.

Delimitando o que ocorre no Brasil, a nossa sociedade compreendeu a relevância do tema mediante a promulgação da Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015 que alterou e adicionou dispositivos na Constituição Federal para atualizar o tratamento das atividades relacionadas à ciência, tecnologia e inovação. A Emenda reforçou ainda mais a atuação

do Estado no campo da Ciência e da Tecnologia, para inserir no texto constitucional o dever estatal de promover políticas públicas destinadas ao desenvolvimento científico, a capacitação científica e tecnológica, também a inovação.

Contudo, devemos ter em mente que o prestígio e a relevância que uma comunidade nacional, ou bloco de países, ou país, dispensa às de Ciência, Tecnologia e Inovação não podem ser medidos apenas a partir do Texto Constitucional ou do seu marco regulatório, mas também por meio de políticas públicas e ações do setor privado que efetivamente produzam resultados nestas áreas. Ademais, à guisa de informação, das atuais constituições vigentes no mundo, a Constituição brasileira é a terceira maior, contendo mais de 64 mil palavras, ou seja, em virtude da extensão do texto, diversos assuntos são tratados ali, diferentemente de outros países que possuem constituições mais sintéticas ou concisas que regulam sucintamente os aspectos básicos da organização estatal.

1 ATUALIZAÇÃO DO TRATAMENTO DAS ATIVIDADES DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

As normas constitucionais são dotadas de supremacia jurídica, ostentando posição de superioridade hierárquica em relação às demais normas infraconstitucionais, que à Constituição deverão se compatibilizar; seja no tocante à elaboração (supremacia formal), seja no tocante à matéria ou conteúdo de que tratam (supremacia material). Em virtude dessa supremacia jurídica é que buscamos nos textos constitucionais, ora estudados, redações que contemplem à ciência, tecnologia e inovação.

Como já sabemos, as Constituições nem sempre demonstram uma forma idêntica, seja no domínio do mesmo Estado, seja em Estados distintos, possuindo classificações diferentes. Assim, devemos, inicialmente, classificar a Constituição Federal brasileira e identificar o seu tipo ou espécie, para que possamos compreender melhor as diferenças entre a nossa Carta e as Constituições europeias.

Nesta senda, cabe dizer que a Constituição brasileira de 1988 é formal, quanto ao conteúdo; escrita, quanto à forma; democrática, quanto à origem; rígida, quanto à consistência e estabilidade; analítica, quanto à extensão; dirigente ou social, quanto à finalidade; dogmática, quanto ao modo de elaboração; e eclética, quanto à ideologia.

Sendo assim, cumpre partirmos para a análise da Emenda Constitucional nº 85/2015 que estabeleceu como um dos assuntos prioritários do Estado a Ciência, a Tecnologia e a Inovação, com a intenção

clara de impulsionar a investigação científica nacional e a criação de soluções tecnológicas que melhorem a atuação do setor produtivo. As alterações também permitem a integração entre instituições de pesquisa tecnológica e empresas, aliando os esforços para o desenvolvimento do País, com apoio de governos federal, estaduais e municipais. Senão vejamos no quadro que segue abaixo:

Antes	Atualmente
Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;	Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;
Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] IX - educação, cultura, ensino e desporto;	Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;
Art. 167. São vedados: [...] VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa; [...] <i>Não havia § 5º.</i>	Art. 167. São vedados: [...] VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa; [...] § 5º A transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra poderão ser admitidos, no âmbito das atividades de ciência, tecnologia e inovação, com o objetivo de viabilizar os resultados de projetos restritos a essas funções, mediante ato do Poder Executivo, sem necessidade da prévia autorização legislativa prevista no inciso VI deste artigo.
Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...] V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;	Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...] V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;

Art. 213. [...] [...] § 2º As atividades universitárias de pesquisa e extensão poderão receber apoio financeiro do Poder Público.	Art. 213. [...] [...] § 2º As atividades de pesquisa, de extensão e de estímulo e fomento à inovação realizadas por universidades e/ou por instituições de educação profissional e tecnológica poderão receber apoio financeiro do Poder Público.
Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.	Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.
§ 1º A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.	§ 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação.
§ 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.	§ 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.
<i>Não havia § 6º</i>	§ 6º O Estado, na execução das atividades previstas no <i>caput</i> , estimulará a articulação entre entes, tanto públicos quanto privados, nas diversas esferas de governo.
<i>Não havia § 7º</i>	§ 7º O Estado promoverá e incentivará a atuação no exterior das instituições públicas de ciência, tecnologia e inovação, com vistas à execução das atividades previstas no <i>caput</i> .
Art. 219. [...] <i>Não havia parágrafo único</i>	Art. 219. [...] Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.
<i>Não havia art. 219-A.</i>	Art. 219-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e com entidades privadas, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário, na forma da lei.

<i>Não havia art. 219-B.</i>	Art. 219-B. O Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) será organizado em regime de colaboração entre entes, tanto públicos quanto privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação. § 1º Lei federal disporá sobre as normas gerais do SNCTI. § 2º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios legislarão concorrentemente sobre suas peculiaridades.
------------------------------	--

No quadro disposto acima, restou claro que as alterações na Carta Magna foram substanciais e deram uma nova envergadura ao tema. Cumpre aqui dispor sobre algumas destas modificações:

- a) alterou a competência material e de legislar concorrentemente dos entes políticos sobre ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;
- b) desburocratizou a possibilidade de transposição, remanejamento ou transferência de recursos de uma categoria de programação, no âmbito das atividades de ciência, tecnologia e inovação;
- c) determinou que o Poder Público concederá apoio financeiro às atividades de pesquisa, de extensão e de estímulo e fomento à inovação realizadas não apenas por universidades, mas também por instituições de educação profissional e tecnológica;
- d) reforçou o papel do Poder Público no incentivo ao desenvolvimento científico, pesquisa, capacitação científica e tecnológica e a inovação, inclusive a empresas inovadoras e aos polos tecnológicos;
- e) modificação relevante – instituiu instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e com entidades privadas, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação; e
- f) determinou a criação, por lei federal, do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação que disporá sobre as diretrizes fundamentais para a política pública ora discutida.

Assim, vale registrar que com o advento da EC nº 85/2015, os projetos de lei que beneficiavam a pesquisa brasileira ganharam destaque, fato este comprovado com a edição da Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016, que atualizou a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, mais conhecida como a Lei de Inovação, e alterou as seguintes leis que interferem no assunto:

- Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estrangeiro);
- Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Licitações);
- Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 (Regime Diferenciado de Contratação);
- Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993 (Contrato Temporário);
- Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994 (Fundação de Apoio);
- Lei nº 8.010, de 29 de março de 1990 (Importação);
- Lei nº 8.032, de 12 de abril de 1990 (Imposto de Importação); e
- Lei nº 12.772, de 28 de dezembro de 2012 (Carreira de Magistério).

Com efeito, fica evidente a importância da EC nº 85/15, visto que ela proporcionou uma mudança de cultura do próprio Poder Legislativo e tem a intenção clara de mudar a atuação da Administração Pública e da sociedade brasileira. Neste sentido é que cabe trazer as principais mudanças implementadas pela Lei de Inovação, agora atualizada:

- 1- Dispensa da obrigatoriedade de licitação para compra ou contratação de produtos para fins de pesquisa e desenvolvimento;
- 2- Regras simplificadas e redução de impostos para importação de material de pesquisa;
- 3- Permite que professores das universidades públicas em regime de dedicação exclusiva exerçam atividade de pesquisa também no setor privado, com remuneração;
- 4- Aumenta o número de horas que o professor em dedicação exclusiva pode dedicar a atividades fora da universidade, de 120 horas para 416 horas anuais (8 horas/semana);
- 5- Permite que universidades e institutos de pesquisa compartilhem o uso de seus laboratórios e equipes com empresas, para fins de pesquisa (desde que isso não interfira ou conflita com as atividades de pesquisa e ensino da própria instituição);

- 6- Permite que a União financie, faça encomendas diretas e até participe de forma minoritária do capital social de empresas com o objetivo de fomentar inovações e resolver demandas tecnológicas específicas do país;
- 7- Permite que as empresas envolvidas nesses projetos mantenham a propriedade intelectual sobre os resultados (produtos) das pesquisas;
- 8- Lei de âmbito nacional;
- 9- As Instituições de Ciência e Tecnologia poderão atuar no exterior; e
- 10- Os Núcleos de Inovação Tecnológica poderão atuar como Fundações de Apoio.

Entende-se que cabe ao Estado orientar, apoiar e estimular o processo de inovação tecnológica no País e nesse contexto, a Emenda Constitucional nº 85/2015 e a Lei de Inovação surgiram como instrumentos que reforçaram o apoio às políticas industrial e tecnológica no Brasil. A partir dessas alterações normativas, o Estado reconheceu que a C, T & I merecia um tratamento prioritário, determinando que a pesquisa tecnológica deva destinar-se preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

Concluímos, assim, que a inserção no texto constitucional de comandos que determinam ao Estado a adoção de políticas públicas destinadas a promover e incentivar, além do desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica, também a inovação, é sim de grande valia para o progresso da ciência, tecnologia e inovação e posiciona o tema em um patamar constitucional e elevado perante a sociedade.

2 NORMATIVOS E DIRETIVAS DA UNIÃO EUROPEIA PARA A CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO

Com o escopo de contextualizar como evoluiu a discussão a respeito do tema C, T& I na União Europeia cabe trazer um esboço histórico da pesquisa científica neste bloco econômico e político:

Década de 1950: o Tratado que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA, 1951) e o Tratado que instituiu a Comunidade Europeia da Energia Atômica (Euratom, 1958) contêm disposições em matéria de pesquisa.

Ano 1957: o Tratado que instituiu a Comunidade Econômica Europeia (CEE ou Mercado Comum) está na origem de uma série de programas de

pesquisa em domínios então considerados prioritários, como a energia, o ambiente e a biotecnologia.

Ano 1983: o Programa Estratégico Europeu de Pesquisa e Desenvolvimento no Domínio das Tecnologias da Informação lançou uma série de programas integrados de pesquisa no domínio das tecnologias da informação, bem como projetos de desenvolvimento e medidas de transferência de tecnologia industrial.

Ano 1984: foi lançado o primeiro programaquadro para a investigação. O primeiro destes programas — que iriam tornarse no principal instrumento de financiamento de pesquisa da UE — foi consagrado à pesquisa nos domínios da biotecnologia, das telecomunicações e da tecnologia industrial.

Ano 1986: a pesquisa passou a constituir uma política comunitária formal, sendo objeto de um capítulo específico no Ato Único Europeu. Esta política teve como objetivo principal reforçar as bases científicas e tecnológicas da indústria europeia e favorecer o desenvolvimento da sua competitividade internacional.

Ano 2000: a União Europeia decidiu preparar a criação de um espaço europeu da pesquisa: um espaço de pesquisa unificado, aberto ao mundo e baseado no mercado interno, no âmbito do qual os pesquisadores, os conhecimentos científicos e as tecnologias circulem livremente.

Ano 2007: foi criado o Conselho Europeu de Pesquisa, no âmbito do Sétimo ProgramaQuadro (7.º PQ), com a missão de apoiar a pesquisa de fronteira em todos os domínios com base na excelência científica.

Ano 2008: foi criado o Instituto Europeu de Inovação e Tecnologia, sediado em Budapeste, que constitui a primeira tentativa da União para integrar plenamente os três lados do triângulo do conhecimento (ensino superior, pesquisa e empresas) através do apoio à comunidade de conhecimento e inovação. O Instituto começou a funcionar em 2010.

Ano 2010: A UE lançou a União da inovação, uma iniciativa constituída por mais de 30 medidas destinadas a melhorar as condições e o acesso ao financiamento para a pesquisa e a inovação na Europa. A União da inovação ocupa um lugar de destaque na estratégia Europa 2020 e visa assegurar que as ideias inovadoras possam ser transformadas em produtos e serviços geradores de crescimento e emprego.

Ano 2014: foi lançado o programa Horizonte 2020, o maior programaquadro de pesquisa e inovação já lançado. Constituinto um importante instrumento financeiro para a implementação da União da Inovação, o programa Horizonte 2020 começou a ser executado a partir de 2014 e se estenderá até 2020 e conta com um orçamento programado de quase 80 000 bilhões de euros. O programa Horizonte 2020 faz parte do esforço para promover o crescimento e o emprego na Europa.

A Constituição é necessária em todas as sociedades porque é através dela que é definida a estrutura do seu sistema político, isto é, a Constituição rege as relações dos membros da sociedade entre si e face ao todo, fixa os objetivos comuns e define o processo a seguir para a adoção das decisões vinculativas. A Constituição da União Europeia, que é uma união de Estados para a qual foram transferidas tarefas e funções bem definidas, deve, por isso, poder responder às mesmas questões que a Constituição de um Estado. As comunidades de Estados regem-se por dois princípios fundamentais: o primado do direito e a democracia. Toda a ação da União, para ser consonante com os princípios fundamentais do direito e da democracia, deve ter legitimidade jurídica e democrática: criação, organização, competências, funcionamento, papel dos Estados-Membros e suas instituições, papel do cidadão.

A Constituição da União Europeia, depois do fracasso do Tratado Constitucional de 29 de Outubro de 2004, e tal como antes acontecia, não foi como a maioria das constituições dos seus Estados-Membros consagrada num documento constitucional coerente. Resulta antes da soma de normas e valores fundamentais que os responsáveis encaram como vinculativos. Estas normas resultam quer dos próprios textos dos tratados europeus e dos atos jurídicos aprovados pelas instituições da União quer de usos e costumes consagrados, ou seja, não segue a nossa linha do positivismo jurídico de uma Constituição material e formal, conforme conceito de Carl Schmitt.

Assim, como afirmamos anteriormente, a nossa pesquisa não fica atrelada apenas ao texto constitucional - principalmente no caso da União Europeia que não possui uma constituição propriamente dita - mas a estrutura normativa como um todo.

Todavia, para o presente trabalho é válido realçarmos a relevância do Tratado de Lisboa que foi assinado pelos Estados-membros da União Europeia (UE) em 13 de dezembro de 2007, e que reformou o funcionamento do Bloco em 1 de dezembro de 2009, quando entrou em vigor. Ele emenda o Tratado da União Europeia (TUE, Maastricht; 1992) e o Tratado que estabelece a Comunidade Europeia (TCE, Roma; 1957). Neste processo, o TCE foi renomeado para Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Este pacote de reformas que resultou no Tratado de Lisboa abandonou formalmente o conceito de Constituição europeia, fazendo com que todos os tratados existentes fossem revogados e substituídos por um texto único.

Após essa contextualização, devemos partir para a análise dos atos que versam sobre a ciência, tecnologia e inovação dentro arcabouço jurídico da União Europeia. Nestas áreas, especificamente, a de pesquisa

- que engloba Ciência, Tecnologia e Inovação, a UE tem o que os tratados chamam de competências partilhadas ou concorrentes, conforme dispõe o art. 4º do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia (TFUE) – que não detém natureza constitucional, no entanto, permite aos Estados-membros tratar do assunto em sua região. Vejamos o dispositivo do normativo europeu citado:

Artigo 4º

1. A União dispõe de competência partilhada com os Estados-Membros quando os Tratados lhe atribuem competência em domínios não contemplados nos artigos 3º e 6º.

2. As competências partilhadas entre a União e os Estados-Membros aplicam-se aos principais domínios a seguir enunciados:

[...]

1) *Pesquisa e Espaço.* (grifo nosso)

[...]

3. *Nos domínios da pesquisa, do desenvolvimento tecnológico e do espaço, a União dispõe de competência para desenvolver ações, nomeadamente para definir e executar programas, sem que o exercício dessa competência possa impedir os Estados-Membros de exercerem a sua.* (grifo nosso)

4. Nos domínios da cooperação para o desenvolvimento e da ajuda humanitária, a União dispõe de competência para desenvolver ações e uma política comum, sem que o exercício dessa competência possa impedir os Estados-Membros de exercerem a sua.

Portanto, no tocante à competência para legislar, em certas áreas, tanto a UE quanto os países membros são capazes de legislar, mas os países membros podem fazê-lo apenas se a UE não tenha já proposto leis ou decidiu que não vai. Consoante podemos observar acima, os dispositivos são bastante similares, tendo em vista o que disciplina o art. 24 da Constituição Federal brasileira quando versa sobre a competência legislativa dos entes políticos. Da mesma forma, a União Europeia compartilha a responsabilidade com os Estados-membros de dispor legalmente sobre as políticas públicas que envolvem a C, T & I.

O Tratado sobre Funcionamento da União Europeia (TFUE) pode ser considerado o principal normativo que trata do tema ora estudado, vez que dispõe com muita minudência como a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico devem ser tratados dentro da União Europeia, tendo um título próprio para regulamentar todas as ações que devem ser adotadas administrativamente, consoante podemos averiguar:

TÍTULO XIX

A PESQUISA E O DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E O ESPAÇO

Artigo 179.º

1. A União tem por objetivo reforçar as suas bases científicas e tecnológicas, através da realização de um espaço europeu de pesquisa no qual os pesquisadores, os conhecimentos científicos e as tecnologias circulem livremente, fomentar o desenvolvimento da sua competitividade, incluindo a da sua indústria, bem como promover as ações de pesquisa consideradas necessárias ao abrigo de outros capítulos dos Tratados.

2. Para o efeito, a União incentivará, em todo o seu território, as empresas, incluindo as pequenas e médias empresas, os centros de pesquisa e as universidades nos seus esforços de pesquisa e de desenvolvimento tecnológico de elevada qualidade; apoiará os seus esforços de cooperação, tendo especialmente por objetivo dar aos pesquisadores a possibilidade de cooperarem livremente além-fronteiras e às empresas a possibilidade de explorarem plenamente as potencialidades do mercado interno, através, nomeadamente, da abertura dos concursos públicos nacionais, da definição de normas comuns e da eliminação dos obstáculos jurídicos e fiscais a essa cooperação.

3. Todas as ações da União empreendidas ao abrigo dos Tratados, incluindo os projetos de demonstração, no domínio da pesquisa e do desenvolvimento tecnológico serão decididas e realizadas de acordo com as disposições do presente título.

Artigo 180.º

Na prossecução destes objetivos, a União desenvolverá as seguintes ações, que serão complementares das empreendidas nos Estados-Membros:

Execução de programas de pesquisa, de desenvolvimento tecnológico e de demonstração, promovendo a cooperação com e entre as empresas, os centros de pesquisa e as universidades;

Promoção da cooperação em matéria de pesquisa, de desenvolvimento tecnológico e de demonstração da União com países terceiros e com organizações internacionais;

Difusão e valorização dos resultados das atividades em matéria de pesquisa, de desenvolvimento tecnológico e de demonstração da União;

Incentivo à formação e à mobilidade dos pesquisadores da União.

Artigo 181.º

1. A União e os Estados-Membros coordenarão a sua ação em matéria de pesquisa e de desenvolvimento tecnológico, de forma a assegurar a coerência recíproca das políticas nacionais e da política da União.

2. A Comissão, em estreita colaboração com os Estados-Membros, pode tomar todas as iniciativas adequadas para promover a coordenação a que se refere o número anterior, nomeadamente iniciativas para definir orientações e indicadores, organizar o intercâmbio das melhores práticas e preparar os elementos necessários à vigilância e à avaliação periódicas. O Parlamento Europeu é plenamente informado.

Artigo 182.º

1. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário e após consulta ao Comitê Económico e Social, adotarão um programa-quadro plurianual, do qual constarão todas as ações da União.

O programa-quadro:

- estabelecerá os objetivos científicos e tecnológicos a realizar pelas ações previstas no artigo 180.º e as respectivas prioridades,
- definirá as grandes linhas dessas ações,

— fixará o montante global máximo e as modalidades da participação financeira da União no programa-quadro, bem como as quotas-partes respectivas de cada uma das ações previstas.

2. O programa-quadro será adaptado ou completado em função da evolução das situações.

3. O programa-quadro será posto em prática mediante programas específicos desenvolvidos no âmbito de cada ação. Cada programa específico definirá as regras da respectiva realização, fixará a sua duração e preverá os meios considerados necessários. A soma dos montantes considerados necessários, previstos nos programas específicos, não pode exceder o montante global máximo fixado para o programa-quadro e para cada ação.

4. Os programas específicos serão adotados pelo Conselho, deliberando de acordo com um processo legislativo especial, e após consulta do Parlamento Europeu e do Comitê Econômico e Social.

5. Em complemento das ações previstas no programa-quadro plurianual, o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário e após consulta ao Comitê Econômico e Social, estabelecem as medidas necessárias à realização do espaço europeu de pesquisa.

Artigo 183.º

Para a execução do programa-quadro plurianual, a União:

— fixará as regras de participação das empresas, dos centros de pesquisa e das universidades,

— fixará as regras aplicáveis à difusão dos resultados da pesquisa.

Artigo 184.º

Na execução do programa-quadro plurianual, pode ser decidido adotar programas complementares em que apenas participarão alguns Estados-Membros que assegurem o seu financiamento, sem prejuízo da eventual participação da União.

A União adotará as regras aplicáveis aos programas complementares, nomeadamente em matéria de difusão dos conhecimentos e de acesso de outros Estados-Membros.

Artigo 185.º

Na execução do programa-quadro plurianual, a União pode prever, com o acordo dos Estados-Membros interessados, a participação em programas de pesquisa e de desenvolvimento empreendidos por vários Estados-Membros, incluindo a participação nas estruturas criadas para a execução desses programas.

Artigo 186.º

Na execução do programa-quadro plurianual, a União pode prever a cooperação em matéria de pesquisa, de desenvolvimento tecnológico e de demonstração da União com países terceiros ou organizações internacionais.

As formas dessa cooperação podem ser objeto de acordos entre a União e as partes terceiras interessadas.

Artigo 187.º

A União pode criar empresas comuns ou quaisquer outras estruturas necessárias à boa execução dos programas de pesquisa, de desenvolvimento tecnológico e de demonstração da União.

Artigo 188.º

O Conselho, sob proposta da Comissão, e após consulta ao Parlamento Europeu e ao Comitê Económico e Social, adotará as disposições a que se refere o artigo 187.º.

O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, e após consulta ao Comitê Económico e Social, adotarão as disposições a que se referem os artigos 183.º, 184.º e 185.º. A adoção dos programas complementares requer o acordo dos Estados-Membros interessados.

Artigo 189.º

1. A fim de favorecer o progresso científico e técnico, a competitividade industrial e a execução das suas políticas, a União define uma política espacial europeia. Para o efeito, pode promover iniciativas comuns, apoiar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico e coordenar os esforços necessários para a exploração e a utilização do espaço.

2. A fim de contribuir para a realização dos objetivos a que se refere o n.º 1, o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem as medidas necessárias, que podem assumir a forma de um programa espacial europeu, com exclusão da harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros.

3. A União estabelece a articulação necessária com a Agência Espacial Europeia.

4. O presente artigo não afeta as restantes disposições do presente título.

Artigo 190.º

No início de cada ano, a Comissão apresentará um relatório ao Parlamento Europeu e ao Conselho. Esse relatório incidirá nomeadamente sobre as atividades desenvolvidas em matéria de pesquisa e de desenvolvimento tecnológico e de difusão dos resultados durante o ano anterior e sobre o programa de trabalhos para o ano em curso.

Já no âmbito de organização administrativa a União Europeia constituiu comissões ou órgãos para tratar especificamente da ciência, tecnologia e inovação, conforme segue abaixo:

i) Parlamento Europeu

Comissão da Indústria, da Pesquisa e da Energia

ii) Conselho da União Europeia;

Competitividade: mercado interno, indústria e pesquisa

iii) Comissão Europeia

Pesquisa e Inovação

iv) Comitê das Regiões

Comissão de Política Social, Educação, Emprego, Pesquisa e Cultura

v) Agências da União Europeia

Agência Executiva do Conselho Europeu de Pesquisa

Agência de Execução para a Pesquisa

Agência de Execução para a Inovação e as Redes

A partir destas informações é possível assentir que a pesquisa e a inovação são questões caras para a União Europeia por contribuírem diretamente para a prosperidade e para o bem-estar individual e coletivo. O Tratado de Lisboa reforça a ação da União Europeia neste domínio da pesquisa, com vista a criar um Espaço Europeu que fomente a ciência, a tecnologia e a inovação.

3 O TRATAMENTO CONCEDIDO À CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO PELAS CONSTITUIÇÕES EUROPEIAS

Neste capítulo o objetivo é fazer uma análise sob a ótica do Direito Constitucional Comparado - que visa ocupar-se com o estudo teórico das normas constitucionais positivas, mas não obrigatoriamente vigentes, de vários Estados (critério espacial), ou do mesmo Estado em épocas diferentes (critério temporal), objetivando realçar as peculiaridades, os contrastes e as semelhanças entre elas. Não é o Direito Constitucional de uma só Constituição, mas de uma pluralidade de Constituições. Busca-se descrever as ordens constitucionais distintas de Estados diversos ou do mesmo Estado, cotejando e confrontando as suas normas e instituições fundamentais.

3.1 Ciência, Tecnologia e Inovação na Constituição Alemã

Antes de falar dos dispositivos da Lei Fundamental Alemã, vale apresentar um breve histórico do tema C, T & I no território germânico. Embora o moderno Estado alemão tenha sido criado apenas em 1871, o país tem tradição secular em pesquisa científica e desenvolvimento de tecnologia.

A título de exemplo, pode-se lembrar que, ao longo da história, 25 elementos químicos dos 116 da tabela periódica foram descobertos ou sintetizados por cientistas alemães e que algumas das principais invenções

do Ocidente, como a prensa de tipos móveis (1455) e o motor a explosão de quatro tempos (1876) foram desenvolvidas no país. A pesquisa científica alemã teve grande impulso no final do século XIX e nas primeiras décadas do XX, especialmente nos campos da química e da mecânica.

Outrossim, a física teve papel crucial nas primeiras décadas do século XX. O trabalho de cientistas alemães, em seu território ou no exterior, foi a base para o desenvolvimento da tecnologia nuclear e da indústria aeronáutica, por exemplo. A Alemanha é hoje o terceiro país com maior número de prêmios Nobel, atrás de Estados Unidos e Reino Unido.

Os anos 1960 marcam o início da atual política de inovação na Alemanha, até então inspirada no modelo norte-americano – o que significava, de forma geral, apoios pontuais a projetos de pesquisa, sobretudo na área espacial, mais tarde na área de informática. No fim dos anos 1960, a pesquisa oceanográfica ganhou também grande incentivo. Nos anos seguintes, ainda na forma de subvenções estatais, a prioridade oscilou para os temas ambientais e contemplava, em geral, as grandes empresas.

Uma pesquisa americana de 1979 contribuiu para a mudança dessa tendência: ela mostrou que empresas de pequeno e médio porte seriam mais beneficiadas com as subvenções na área de inovação do que as maiores. Nos anos 1980, durante o governo de Helmut Kohl, o Estado alemão começou a mudar sua estratégia de apoio à pesquisa e inovação, passando a favorecer projetos de regulamentação e a fomentar a cooperação com o setor privado. Em grandes linhas, essa diretriz segue atual.

No que tange ao objeto deste tópico, a Constituição alemã, o Professor Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, no artigo Notas sobre a Constituição da Alemanha, “A Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) ensina que ela é de 23 de maio de 1949 e tem sido recorrentemente emendada, especialmente em virtude do processo de reunificação, que se consolidou após a queda do Muro de Berlim.

Separamos abaixo os dispositivos da Lei Fundamental alemã que fazem alusão à ciência, tecnologia e inovação:

Artigo 5

[Liberdade de opinião, de arte e ciência]

[...]

(3) A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade de ensino não dispensa da fidelidade à Constituição.

Artigo 74

[Matérias de legislação concorrente]

(1) A legislação concorrente abrange as seguintes matérias:

[...]

13. a regulamentação dos auxílios de formação profissional e o fomento da pesquisa científica;

[...]

26. a produção medicamente assistida da vida humana, a pesquisa e a manipulação genética, bem como os regulamentos sobre o transplante de órgãos, de tecidos e células;

[...]

(2) As leis concernentes ao §1º, alíneas 25 e 27, exigem aprovação pelo Conselho Federal.

Artigo 91 b

[Planejamento do ensino – Fomento da pesquisa]

(1) Em casos de importância supra regional, a Federação e os Estados podem cooperar, com base em convênios, no fomento de:

1. instituições e projetos de pesquisa científica extra universitária;
2. projetos científicos e de pesquisa nas universidades;
3. estruturas de pesquisa nas universidades, incluindo grandes equipamentos.

Os convênios segundo o §1, alínea 2, requerem a aprovação de todos os Estados.

(2) A Federação e os Estados podem cooperar, com base em convênios, para determinar a capacidade de desempenho do sistema educacional

no âmbito de uma comparação internacional, bem como nos relatórios e recomendações concernentes.

(3) A distribuição dos custos será regulamentada no convênio. (grifo nosso)

Pode-se afirmar que a Lei Fundamental alemã assim como a Constituição Federal brasileira coloca no rol de competência legislativas concorrentes o tema pesquisa científica, compartilhando a responsabilidade com a toda a Federação germânica. Estipula também quais os instrumentos de parcerias podem ser utilizados para fomentar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico entre a Federação e os Estados.

3.2 Ciência, Tecnologia e Inovação na Constituição Francesa

O sistema de inovação na França foi marcado essencialmente pelos investimentos e orientações estratégicas da política industrial do governo no período 1960-1970, os quais dotaram determinados setores da indústria francesa de vantagens tecnológicas duradouras. As empresas francesas nos setores farmacêutico, aeronáutico e nuclear estão hoje entre as 500 maiores companhias privadas no mundo na área de pesquisa e desenvolvimento (P&D).

Com a implementação da Lei de Programa para Pesquisa e a alocação de novos recursos financeiros no início da década de 2000, os gastos totais na França com P&D (dispêndio público e investimentos de empresas) cresceram de forma significativa por meio, entre outras, de políticas de financiamento indireto tais como o programa de Crédito Fiscal para Pesquisa.

Já a Constituição Francesa não aborda o tema C, T & I com prolixidade textual, dispondo sobre o assunto em apenas um artigo:

ARTIGO 9º

A pesquisa e a inovação devem fazer sua contribuição para a preservação e para o desenvolvimento do meio ambiente.

A sociedade francesa se limitou apenas apontar uma diretriz que deve ser seguida pela pesquisa e inovação e, diferentemente da Constituição brasileira e da Lei Fundamental alemã, não tratou no Texto Constitucional sobre a competência para legislar sobre a C, T & I, supondo obrigatoriamente que será assunto de norma infraconstitucional na França.

3.3 Ciência, Tecnologia e Inovação na Constituição Italiana

A Itália na sua Carta Constitucional no que toca ao tratamento do tema C, T & I é sucinta, vez que dispõe em apenas dois artigos sobre o assunto:

Artigo 9

A República promoverá o desenvolvimento da cultura e a pesquisa científica e técnica.

Salvaguardará a paisagem e o património histórico e artístico da Nação.

Artigo 117 (*)

O poder legislativo será exercido pelo Estado e pelas Regiões dentro dos termos da Constituição, bem como das obrigações que derivem do ordenamento comunitário e dos compromissos internacionais.

O Estado terá faculdade exclusiva de legislar sobre as matérias seguintes:

- a) política exterior e relacionamentos internacionais do Estado, relacionamentos entre o Estado e a União Europeia, direito de asilo e situação jurídica dos cidadãos de Estados não pertencentes à União Europeia;
- b) imigração;
- c) relacionamentos entre a República e as confissões religiosas;
- d) defesa e Forças Armadas, segurança do Estado, armas, munições e explosivos;
- e) moeda, proteção da poupança e mercados financeiros, defesa da concorrência, sistema monetário, regime tributário e contador do Estado, compensação dos recursos financeiros;
- f) órgãos do Estado e suas respetivas leis eleitorais, referendos estatais, eleições ao Parlamento Europeu;

g) ordenamento e organização administrativa do Estado e dos entes públicos nacionais;

h) ordem pública e segurança, com exceção da polícia administrativa local;

i) cidadania, estado civil e registos;

l) jurisdição e normas de procedimento, ordenamento civil e penal, justiça administrativa;

m) determinação dos níveis essenciais para as prestações relativas aos direitos civis e sociais que tenham de ficar garantidos

em todo o território nacional;

n) normas gerais em matéria de ensino;

ou) segurança social;

p) legislação eleitoral, órgãos de governo e funções básicas dos Municípios, as Províncias e as Urbes metropolitanas;

q) alfândegas, proteção das fronteiras nacionais e prevenção de doenças internacionais;

r) pesos, medidas e hora oficial; coordenação informativa estatística e informática dos dados da Administração estatal, regional e local, obras do talento;

s) proteção do médio ambiente, da ecossistema e dos bens culturais.

Serão matérias de legislação concorrente as relativas a: relacionamentos internacionais e com a União Europeia das Regiões, comércio exterior, a proteção e segurança do trabalho, o ensino, salvo a autonomia dos estabelecimentos docentes e com exceção da instrução e formação profissional, as profissões, a pesquisa científica e tecnológica e o apoio à inovação para os setores produtivos; a proteção da saúde, a alimentação, o regime jurídico dos desportos, a proteção civil, o governo do território, os portos e aeroportos civis, as grandes redes de transporte e navegação;

ordenação das comunicações; produção, transporte e distribuição nacional de energia, segurança social complementar e adicional, harmonização dos orçamentos de entes públicos e coordenação da Fazenda Pública e do ordenamento tributário; aproveitamento dos bens culturais e ambientais e promoção e organização de atividades culturais; caixas de poupanças, caixas rurais, empresas de crédito de carácter regional e entidades de crédito imobiliário e agrário de carácter regional.

Um dos artigos acima determina que a pesquisa científica e técnica deverá ser promovida pela República Italiana e no outro dispositivo reza em relação à competência para legislar, no caso, permite que o Estado e as Regiões legislem concorrentemente sobre a pesquisa científica e tecnológica e o apoio à inovação para os setores produtivos.

4 CONCLUSÕES

Por fim, como a Constituição é considerada um complexo de normas fundamentais que tratam da organização, estrutura e atividade do Estado, lastreado no respeito dos direitos dos governados e na limitação do poder dos governantes, entende-se assim que os dispositivos ali insculpidos são fundamentais para a sociedade, portanto, o principal foco da pesquisa estava no tratamento concedido pela Carta Maior de cada sociedade (Brasil, França, Alemanha e Itália) e do Bloco econômico e político.

Neste diapasão, o critério espacial do Direito Constitucional Comparado foi o escolhido para desenvolver este trabalho, que se revelou muito proveitoso, tendo em vista que possibilitou a análise da organização política e do funcionamento das instituições de Estados diferentes, contribuindo para a compreensão geral acerca do melhor modelo de Estado.

Conclui-se, então, que o alcance e a abrangência do trabalho era apresentar a representatividade do tema na estrutura normativa dos países já citados e na União Europeia, sem desconsiderar os outros fatores que impulsionam ou promovem a ciência, a tecnologia e a inovação.

REFERÊNCIAS

BOORSTIN, Daniel J. Os Descobridores. De como o homem procurou conhecer-se a si mesmo e ao mundo. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1989.

BORCHARDT, Klaus-Dieter. *O ABC do Direito da União Europeia*. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2011.

BRASIL, Ministério das Relações Exteriores. Mundo Afora nº 10 – Políticas de Incentivo à Inovação. Departamento Cultural. Disponível em: < <http://dc.itamaraty.gov.br/publicacoes/colecao-mundo-afora/Mundo%20Afora%2010%20WEB%20Completo.pdf/view>> Acesso em: set. 2016.

BRASIL. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à Inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm> Acesso em 03 de outubro de 2016.

BRASIL. Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação e altera a Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, a Lei no 6.815, de 19 de agosto de 1980, a Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011, a Lei no 8.745, de 9 de dezembro de 1993, a Lei no 8.958, de 20 de dezembro de 1994, a Lei no 8.010, de 29 de março de 1990, a Lei no 8.032, de 12 de abril de 1990, e a Lei no 12.772, de 28 de dezembro de 2012, nos termos da Emenda Constitucional no 85, de 26 de fevereiro de 2015. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13243.htm> Acesso em 03 out. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm#art219a> Acesso em: set. 2016.

CAMPOS, João Mota de. *Manual de Direito Comunitário - O Sistema Institucional - A Ordem Jurídica - O Ordenamento Económico da União Europeia*. 2. ed. Brasileira - Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. ampl. E atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Notas sobre a Constituição da Alemanha*. Disponível em:<http://www.arnaldogodoy.adv.br/publica/notas_sobre_a_constituicao_da_Alemanha.html> Acesso em: 03 out. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. *Compreender as políticas da União Europeia*: Investigação e Inovação. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2014.

UNIÃO EUROPEIA. *Domínios de Intervenção da EU*. Disponível em:<http://ec.europa.eu/info/about-european-union/about-european-commission/areas-eu-action_pt> Acesso em: set. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. *Investigação e Inovação*. Disponível em: < https://europa.eu/european-union/topics/research-innovation_pt> Acesso em: set. 2016.

SUPRANACIONALIDADE, INTERCONSTITUCIONALIDADE, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS PAÍSES DA UNIÃO EUROPEIA

*SUPRANATIONALITY, INTERCONSTITUTIONALITY,
JUDICIAL REVIEW AND THE CONSTITUTIONAL IDENTITY
OF THE UNION EUROPEAN COUNTRIES*

Ciro Carvalho Miranda
Mestre em Direito Constitucional IDP/DF
Advogado da União
Procurador-Seccional da União em Joinville/SC

SUMÁRIO: Introdução; 1 Supranacionalidade; 1.1 A Aplicabilidade Direta do Direito Comunitário na Ordem Jurídica dos Estados Membros; 1.2 O Primado do Direito da União Europeia sobre os Direitos dos Estados-Membros; 1.3 Efeito Direto; 2 Interconstitucionalidade; 3 Controle de Constitucionalidade e Identidade Constitucional; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo busca analisar os efeitos da supranacionalidade, da aplicabilidade direta do direito comunitário, do primado e do efeito direto enquanto princípios jurídicos e os correspondentes reflexos no sistema normativo da União Europeia e dos Países-Membros, evidenciando a independência do Tribunal de Justiça da União Europeia e a sua importância para o desenvolvimento da integração. O conceito de Interconstitucionalidade é analisado e feitas considerações sobre a formação das redes que entrelaçam os sistemas jurídicos dos países participantes, estabelecendo a cooperação como meio para a consecução dos objetivos comuns almejados. É exposta a identidade constitucional enquanto conceito formulado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, como limite para o avanço das normas comunitárias e como fundamento de atuação do próprio tribunal no controle de constitucionalidade, feito sobre atos da União Europeia.

PALAVRAS-CHAVE: Supranacionalidade. Interconstitucionalidade. Constitucionalismo Multi-nível. Identidade Constitucional. Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT: The article analyses the effects of the supranationalism, the direct application, the primacy and the direct effect while legal principles of the community law and the reflexes on the regulation system of the European Union and its member states, evincing the Independence of the European Union Court of Justice and its importance to the integrity development. The concept of Inter-constitutionality, considering the formation of member states' law system's networks formation, establishing the cooperation as a way for the achievement of common goals. The Constitutional Identity is analysed as a concept formulated by the Federal German Constitutional Court, as a limit to the advancement of Community rules and the foundation of the constitutionality control.

KEYWORDS: Supranationality. Interconstitutionalism. Multilevel constitutionalism. Constitutional Identity.

INTRODUÇÃO

O fenômeno vivenciado na atualidade da dinâmica comercial e de relacionamento político entre os vários Estados, Organizações Internacionais e as pessoas, físicas ou jurídicas, incrementou de forma jamais verificada a interseção/sobreposição/comunicação entre sistemas jurídicos independentes, seja em sua dimensão temporal, de especialidade material e/ou de limites físico-espaciais.

Diante da realidade integracionista vivenciada na Europa, há também uma volumosa produção intelectual a analisar os reflexos sobre a soberania e a concepção hodierna deste conceito, bem como das características daquilo que se convencionou chamar de supranacionalidade.

No Brasil a relevância do direito constitucional e reconhecimento da Constituição Federal como regra e fonte de validade de todos os outros atos normativos somente ganhou grande importância a partir dos últimos 15 anos. Não parece equivocado afirmar ser esta seara o principal foco sobre o qual se tem debruçado a doutrina e jurisprudência nacional, falando-se em constitucionalização do direito administrativo, constitucionalização do direito civil, direito processual constitucional, direito constitucional penal, direito constitucional tributário, muitas vezes com referências elogiosas a estudos e julgamentos de países europeus.

Todavia, se é verdade que há abordagens na literatura sobre o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) e sua comparação com a União Europeia (UE), menos verdade não é que se tem pouco escrito no Brasil acerca do diálogo/integração/comunicação entre as constituições dos países europeus e o bloco normativo comunitário, ainda, também, dos eventuais reflexos sobre a concepção tradicional de controle de constitucionalidade. Não raro, nesta temática em relação ao Brasil, faz-se referência superficial ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) quando do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004/SE, em que ficou assentada a igual hierarquia entre tratados e convenções internacionais¹ com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro, ou seja, a inexistência de superioridade entre os tratados e convenções internacionais e as leis brasileiras, resolvendo-se eventual conflito entre elas pela regra *lex posterior derogat priori*, conforme consigna REZEK².

1 Posteriormente o STF reconheceu que as convenções e tratados internacionais relativos a direitos humanos estariam em um nível supralegal, superior às leis ordinárias e inferiores à Constituição, conforme se denota do voto condutor do RE 466.343/SP, rel. Min. Gilmar Mendes. Depois deste julgamento, houve a promulgação da Emenda Constitucional nº45/2004, que inseriu a seguinte previsão no Art. 5º: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

2 REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 10. ed. Saraiva, 2006. p. 98.

Desde já, vale advertir, que o presente artigo não pretende abordar ou tratar de uma especial visão existente na doutrina ou jurisprudência de tribunais internacionais que revigore a discussão entre as teorias dualista e monista, atinentes ao relacionamento do direito internacional com o direito interno, mas sim de como é compreendido o fenômeno de integração vivenciado atualmente pela União Europeia e sua compatibilização com a concepção geral vivenciada naquele continente de constitucionalismo e do controle de constitucionalidade. Ou seja, abordar eventuais limites para o desenvolvimento do direito comunitário frente a doutrina constitucional e, ainda, o papel das constituições e do controle de constitucionalidade, tendo como referencial o direito comunitário.

Cumpra dizer ainda que não se pretende fazer qualquer comparação entre o sistema jurídico brasileiro e o europeu, apenas analisar a influência da supranacionalidade e do conceito de interconstitucionalidade, de forma geral, e os limites constitucionais à integração no controle de constitucionalidade dos países integrantes da UE.

1 SUPRANACIONALIDADE

A título de síntese histórica, vale pontuar que a gênese do conceito de supranacionalidade ganhou contornos jurídicos e importância a partir da criação da Comunidade do Carvão e Aço (CECA) pelo Tratado de Paris, em 1952. Em sequência, foram criadas a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia de Energia Atômica (EURATOM) no ano de 1958. Em 1965 houve a modificação do Tratado de Paris e a supressão do termo supranacionalidade, o que não importou em seu sepultamento, porque continuou intenso debate acadêmico sobre o modelo e consequências dos referidos pactos, permanecendo identificado como peculiaridade das comunidades europeias que deram origem a UE.

A UE se distingue das demais Organizações Internacionais (OI) pelo conjunto de características próprias que justamente se convencionou designar de supranacionalidade, termo inicialmente plurissignificativo cujo conceito a doutrina, a longa data, vem buscando delimitar e fixar³. Não obstante, utiliza-se como se fosse vocábulo unívoco, uma vez que a importância para o desenvolvimento deste artigo reside em evidenciar as singularidades em termos normativos que são próprias do relacionamento

3 Para uma síntese sobre a origem e eventuais controvérsias sobre a terminologia ver: OLIVEIRA JÚNIOR, Geraldo Fragoso. *A questão da supranacionalidade: uma perspectiva comparada entre União Europeia e Mercosul*; orient. Luís Pereira Coutinho. Lisboa, 2010. - 42 f. 30 cm. - Relatório de estágio de mestrado, Ciências Jurídico-Internacionais (Direito da Integração), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2011.

entre a UE e os países que a compõem, distinguindo-se dos traços gerais que ligam as demais OI dos seus respectivos integrantes.

Segundo MAZZUOLI⁴ a marca distintiva das organizações supranacionais está no poder de criar o próprio direito, direito derivado, e de aplicá-lo direta e imediatamente aos seus Estados-membros, sendo desnecessário uma intervenção normativa para ingresso no ordenamento interno de cada um, ao que deve ser somado, ainda, a possibilidade dos cidadãos destes estados invocarem o próprio direito comunitário para fundamento de suas pretensões.

A forma de funcionamento para deliberação dos órgãos integrantes da estrutura orgânica da UE, podendo ser por maioria e não por unanimidade, o que vincula um Estado mesmo em discordância com a decisão, bem como a independência daqueles órgãos são pontos distintivos também.

Importa registrar que esta liberdade de atuação e de competência da UE não é absoluta, encontrando limites no Princípio da Atribuição estabelecido expressamente no art. 5, n 2 do Tratado da União Europeia (TUE).

Para MESQUITA⁵ o Princípio da Atribuição comporta uma perspectiva dúplice. Primeiramente, a União deve atuar unicamente dentro dos limites das competências deferidas pelos Estados participantes dos Tratados, permanecendo sob a esfera jurídica destes todas as demais atribuições que não tenham sido expressamente atribuídas a União. Segundo, com base no art. 2, n2, do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), se a União decidir deixar de exercer uma determinada atribuição, esta será revertida aos Estados que poderão novamente exercer a competência. Neste último caso, ainda, a reversibilidade ocorre também se a União revogar um ato legislativo, declaradamente para melhor garantir o respeito constante do princípio da subsidiariedade⁶ e da proporcionalidade.

Vale dizer que a limitação estabelecida no Princípio antes abordado não representa ou importa em comprometimento da autonomia dos órgãos integrantes da estrutura orgânica da EU. Sob a perspectiva jurídica, aliás, a autonomia do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) possibilitou o descortinar de dois princípios importantíssimos para o desenvolvimento e compreensão do ordenamento normativo da UE, sendo eles: O Primado do Direito da União Europeia sobre os Direitos dos Estados Membros e o Efeito Direto. Ambos serão analisados em seguida, depois de

4 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito Internacional Público*: parte geral. 5 ed. Revista dos Tribunais. p. 145/6.

5 MESQUITA, Maria José Rangel de Mesquita. *A Actuação Externa da União Europeia depois do Tratado de Lisboa*. Almedina. p. 70/1.

6 O Princípio da Subsidiariedade busca estabelecer uma atuação eficaz entre a UE e os Estados membros em relação as competências partilhadas, no sentido de que a UE só pode intervir se estiver em condições de agir de forma mais eficaz do que os países da UE nos seus respetivos níveis nacional ou local.

abordarmos outro princípio que possui expressa previsão: a *imediatividade* ou a Aplicabilidade Direta do Direito Comunitário na Ordem Jurídica dos Estados Membros.

1.1 A Aplicabilidade Direta do Direito Comunitário na Ordem Jurídica dos Estados Membros

A aplicabilidade direta decorre de expressa previsão contida no art. 288⁷ do TFEU (antigo art. 249 do TCE) e deflui do Princípio da Integração. Antes de expressamente consignado em tratado, já tinha o seu conceito sido desenvolvido pela doutrina.

Distintamente do que ocorre com os tratados e demais decisões de organismos internacionais que, para ter aplicabilidade e ingressar no sistema jurídico dos Estados dependem de uma decisão/intermediação do Poder competente interno, as leis⁸ editadas pela UE são diretamente aplicáveis no âmbito interno dos Estados Membros sem a necessidade de manifestação de qualquer outro órgão e/ou Poder. Ou seja, o ato normativo comunitário cria direitos e obrigações no âmbito jurídico também interno, podendo as pessoas buscarem diretamente sua observância perante o Poder Judiciário local, sem a necessidade de que tenha ocorrido a edição de um ato normativo de recepção pelo Estado Membro.

Cumpra consignar, ainda, que a aplicabilidade direta abarca as normas previstas nos Tratados (direito originário) e os atos normativos/decisões editados pelas autoridades da UE (direito derivado).

1.2 O Primado do Direito da União Europeia sobre os Direitos dos Estados-Membros

Para construção e respeito do ordenamento comunitário visando uma aplicação uniforme pelos Estados e cidadãos, não seria possível que houvesse confronto ou sobreposição com as regras internas, sob pena de colocar em risco a própria ideia de integração. Neste contexto, embora dedutível da necessária lealdade que os Estados Membros deveriam ter,

7 Art. 288

Para exercerem as competências da União, as instituições adotam regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres.

O regulamento tem caráter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros.

A diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.

A decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes.

As recomendações e os pareceres não são vinculativos.

8 Utiliza-se lei em sentido amplo, estando discriminado acima as espécies de atos da União.

deixando de editar atos ou tomar decisões que pudessem representar risco ao ideal comunitário, não possui previsão expressa em tratados⁹.

Neste contexto, conforme deflui do próprio significado semântico das palavras, o princípio agora analisado significa a prevalência e superioridade do direito comunitário sobre o direito dos Estados Membros na eventualidade de haver colisão entre regras do sistema jurídico interno com o da União.

O primado foi reconhecido pelo TJUE no *leading case* Costa contra Enel, de 15 de julho 1964, quando entendeu que o direito proveniente dos órgãos integrantes das instituições europeias se inseria nos sistemas jurídicos dos Estados Membros, que estavam obrigados a respeitá-lo. Assim, o direito comunitário seria superior ao direito interno, abrangendo o primado tanto o direito originário quanto o derivado.

Vale notar, ainda, que o respeito ao direito comunitário deveria refletir em todos os atos nacionais, independentemente de sua natureza (executiva, legislativa ou judiciária¹⁰), atingindo inclusive o direito constitucional. Posteriormente o TJUE explicitou mais, que o primado atingiria também a legislação anterior aos atos comunitários. Em qualquer caso de conflito, a regra do direito comunitário não importa em invalidação do direito local, operando-se os efeitos no plano da eficácia. Conforme observa QUEIROZ, *ao direito supranacional assiste-lhe um único nível de aplicação, sem capacidade de anulação ou revogação de outros níveis que possam eventualmente existir*¹¹. Assim, o ato interno somente não é aplicável, embora internamente continue válido.

9 Para FRAGOSO JÚNIOR, ob. cit. P.18/9, “a partir do Tratado de Lisboa, o Princípio do Primado continua a não constar expressamente nos Tratados (TUE e TFUE), mas há referência expressa a ele na Declaração N 17 sobre o primado do direito comunitário, que reforça a existência do princípio, bem como a sua origem pretoriana. O Tratado sobre a Constituição Europeia, que não chegou a entrar em vigor por não ter sido ratificado por todos os Estados Membros, previa expressamente (art. 1-6) a primazia do direito da União em relação ao direito interno dos Estados Membros. Não obstante tal dispositivo não ter sido reproduzido no Tratado de Lisboa, entendemos que a Declaração N 17 é suficiente para demonstrar o reconhecimento da existência desse princípio por todos os Estados Membros. Com efeito, é importante ressaltar que o Princípio do Primado é inerente à própria existência da União Europeia e já existia desde a criação das comunidades. A Declaração N 17 tem um efeito meramente declaratório, ou seja, simplesmente confirma algo que já existia anteriormente ao Tratado de Lisboa (Cfr. NEFRAMI, Eleftheria. À Propos du Principe de Primauté. In: *Le Traité de Lisbonne: Reconfiguration ou Déconstitutionnalisation de L’Union Européenne*. P. 199-221. Bruxelas: Bruylant, 2009).”

10 Acórdão Simmenthal, de 9 de março de 1978, o Tribunal se posicionou assim:

15 Assim, estas disposições constituem uma fonte imediata de direitos e obrigações para todos os seus destinatários, quer se trate de Estados-membros ou de particulares, que sejam titulares de relações jurídicas às quais se aplique o direito comunitário.

16 Isto vale igualmente para o juiz que, no âmbito das suas competências, tem, enquanto titular de um órgão de um Estado-membro, por missão proteger os direitos conferidos aos particulares pelo direito comunitário.

11 QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional: as Instituições do Estado Democrático e Constitucional*. Coimbra, 2009. p. 409.

Vale notar, ainda, que o Princípio em análise funciona como uma condição de paridade entre os Estado Membros, elemento primordial de qualquer forma de colaboração a nível internacional¹², uma vez que se aplica uniformemente a todos, inclusive àqueles que eventualmente não tenham concordado com o ato.

Neste contexto e a partir daquele precedente nota-se a importância da independência do TJUE para o desenvolvimento do ordenamento jurídico da UE na busca integracionista, sendo necessário um novo olhar sobre o tradicional conceito de soberania dos Estados e, também, da função das constituições.

1.3 Efeito Direto

O efeito direto também foi uma criação do TJUE no julgamento do caso Van Gend en Loos, de 5 de fevereiro de 1963, e consiste no reconhecimento de que o direito comunitário cria obrigações para os Países signatários, podendo também criar direitos subjetivos para as pessoas, desde que atendidos alguns critérios.

O efeito direto pode ser vertical, quando se relaciona entre os indivíduos e o Estado, ou horizontal, em que traz hipóteses de incidência em relação entre os particulares.

Vale ressaltar que o efeito direto não possui caráter uniforme de aplicabilidade entre o direito originário e o direito derivado. Em relação ao direito originário, para que tenha aplicabilidade o efeito direto, é indispensável que as obrigações sejam precisas, claras e incondicionais, no sentido de não ser necessário qualquer ato complementar, de caráter nacional ou europeu, para sua efetivação. Se se tratar de uma previsão difusa/ampla que importe na necessidade de complementação pelo Estado, dando margem à sua atuação¹³, mesmo que seja mínima a margem¹⁴, não haverá o efeito direto.

Em relação ao direito derivado, o efeito direto depende da natureza dos atos que estão discriminados no art. 288 do TFUE. Conforme disposto expressamente na referida regra, o regulamento possui efeito direto, ficando reconhecido pelo Tribunal o efeito vertical e horizontal¹⁵. A diretiva por ser direcionada aos Estados somente pode ter efeito vertical e, para que tenha efeito direto, deve possuir disposições claras, precisas, incondicionais e,

12 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di Diritto Costituzionale: il sistema delle fonti del diritto*. v. Primo. Utet, 1992. p. 127.

13 Acórdão Becker, de 19 de janeiro de 1982.

14 Acórdão Kaefer e Procacci, de 12 de dezembro de 1990.

15 Acórdão Politi, de 14 de dezembro de 1971.

ainda, deve ter ultrapassado o prazo previsto para que o Estado Membro adotasse as medidas de sua atribuição no âmbito interno¹⁶, não podendo, por outro lado ser invocada contra os particulares¹⁷. A decisão para ter efeito direto deve designar expressamente um país da UE como destinatário, possuindo apenas efeito vertical¹⁸. Os acordos internacionais para possuírem o efeito direto devem observar os mesmos critérios estabelecido para o direito originário¹⁹. Por fim, o parecer e as recomendações não possuem força jurídica vinculativa e, por via direta, efeito direto.

2 INTERCONSTITUCIONALIDADE

O estudo dos princípios que disciplinam o relacionamento e a integração entre as normas comunitárias e as normas de direito interno pode deixar transparecer a ideia de que haveria um condicionamento das constituições dos Estados membros pelos tratados instituidores do que hoje se chama UE. Entretanto, esta percepção não pode ser considerada correta, ao menos completamente, uma vez que, como bem pontua ZAGREBELSKY²⁰, o ordenamento comunitário não se constitui em um ordenamento propriamente originário, mas de um ordenamento derivado do acordo livre e manifestado pelo Estado Membro a partir da autorização existente no âmbito constitucional local.

Na verdade, como se observa, trata-se de uma autolimitação a que se propõe o Estado Membro. Antes de ser um problema de norma comunitária, os poderes/atribuições deferidos a UE são questões verdadeiramente internas de cada Estado partícipe que deve ter sua manifestação de ingresso, cooperação e participação precedida de discussão e registro no seu sistema jurídico.

Neste contexto, embora seja o direito constitucional de cada país o ponto de partida para a compreensão e legitimidade do Direito Comunitário, não se deve supervalorizar tal perspectiva de análise, se se considerar que houve a decisão de integração como ponto de chegada. E neste particular, ganha relevo o Direito Comunitário compreendido como necessário mecanismo para o correto funcionamento de um ordenamento comum, dotado que deve ser de eficácia própria e idoneidade para operar de forma autossuficiente²¹. Assim, embora se reconheça que a validade interna do direito comunitário, quer o primário quer o derivado, está estruturado

16 Acórdão Van Duyn, de 4 de dezembro de 1974.

17 Acórdão Ratti, de 5 de abril de 1979.

18 Acórdão Hansa Fleisch, de 10 de novembro de 1992.

19 Acórdão Demirel, de 30 de setembro de 1987.

20 op cit., p. 127.

21 ZAGREBELSKY, op. cit. p. 127.

numa decisão constitucional de adesão às Comunidades Europeias, esta vontade de colaboração no processo de integração e construção da UE ganha especial destaque.

Justamente diante da premissa de formação de uma entidade associativa de caráter temporal indeterminado prevista nos tratados instituidores da UE e de seu correlato ordenamento jurídico, há um nítido pressuposto por uma autônoma evolução resultante da maior integração supranacional.²²

Não obstante a declarada intenção integracionista, o ponto nevrálgico é que existe uma multiplicidade de textos constitucionais em funcionamento ao mesmo tempo e no mesmo espaço político, potencializando a ocorrência de sobreposição e conflitos. Além disso, não parece constituir um erro crasso o entender *prima facie* que o papel reservado às constituições neste novo quadrante seria de menor relevância.

Se a Globalização já imprimiu esta formação e funcionamento concertado entre sistemas jurídicos, não há dúvidas de que na UE esta interligação de sistemas ocorreu e ocorre com muito maior amplitude e intensidade. Certamente na história já houve muita discussão sobre o processo de integração de estados federados, com especial atenção para os Estados Unidos da América do Norte, isto não se quer desconsiderar. Todavia, uma integração nos moldes ocorridos na Europa pelas razões já expostas anteriormente no que tange a supranacionalidade e pela natureza dos Estados envolvidos é algo singular no cenário do Direito Constitucional e Internacional.

Para CANOTILHO²³, o processo de estruturação europeu pode ser compreendido através do que ficou chamado de Teoria da Interconstitucionalidade, que estuda as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflito.²⁴

Segundo o citado autor, a interconstitucionalidade possui duplo sentido de autodescrições, entendido este termo como uma referência feita de si mesmo em um texto. O primeiro estaria relacionando o texto constitucional de cada Estado como sendo uma autodescrição da identidade nacional que, em conjunto com as demais constituições e as respectiva autodescrições de identidade, criaria uma terceira identidade, identidade conjunta, ou, em outras palavras as *várias constituições dos vários*

²² ZAGREBELSKY, op. cit. p. 127.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Almedina, 2006. p. 265.

²⁴ Parte da doutrina utiliza os termos “Constitucionalismo Multi-Nível” ou “união de constituições a vários níveis” para designar a colaboração, coordenação e de compatibilização entre os diversos sistemas constitucionais. QUEIROZ, op. cit., p. 408/9.

*países reentram em formas organizativas superiores*²⁵. O segundo sentido autodescritivo está relacionado a manutenção do valor e da função que cada uma das constituições desenvolve dentro da rede criada pela conjugação²⁶ e integração, sem que isso importe em um completo esvaziamento dos valores essenciais que cada uma permanece a ter e da função que ainda possui para a sua própria organização, ou seja, *estas constituições desceram do ‘castelo’ para a ‘rede’, mas não perderam as funções identificadoras pelo facto de agora estarem em ligação umas com as outras*²⁷.

Mesmo que a UE não tenha um texto jurídico-político chamado de constituição²⁸, não se mostra inadequado reconhecer nos tratados instituidores a autodescrição que a comunidade formada busca a ter, nesta função se igualando a uma constituição. A interconstitucionalidade é também expressão da organização interna da UE, enquanto assegura o respeito das identidades nacionais que são expressas, mais das vezes, pelas e nas constituições. Este respeito a especificidade da singularidade local enquanto identidade é expressamente previsto no TUE²⁹.

E este ponto relacionado ao que seja “identidade nacional” e qual o órgão detêm a competência para a definição de seu conteúdo ganha relevo, se entender que poderia ocorrer eventual conflito entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e o papel desenvolvido pelo órgão responsável por aferir a constitucionalidade no âmbito interno dos Estados, principalmente considerando que esta comunicação e coordenação entre os sistemas, comunitário e local, não é um fenômeno transitório. Não se trata aqui, é bom deixar claro, de resolução de conflito entre uma norma de direito interno e outra de direito supranacional, quando há prevalência deste último com base no Princípio do Primado acima analisado, mas, sim, de fixar eventual limite a este Princípio do Primado frente ao que seja a “identidade nacional”.

25 CANOTILHO, op. cit., p. 268/9.

26 Ibid., p. 269.

27 Ibid.

28 O Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (TECE), assinado em 29 de outubro de 2004 na cidade de Roma, não foi ratificado pela França e Holanda, em referendos realizados em maio de 2005, provocando uma crise política no âmbito da UE somente superada com o Tratado de Lisboa (2007), segundo DUARTE, Maria Luísa Duarte. In: *Estudos Sobre o Tratado de Lisboa*. Almedina. 2010. p.11.

29 Tratado de Lisboa, que consolidou a seguinte redação do TUE:

Art. 3-A

2. A União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respectiva identidade nacional, refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia local e regional. A União respeita as funções essenciais do Estado, nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial, a manter a ordem pública e a salvaguardar a segurança nacional. Em especial, a segurança nacional continua a ser da exclusiva responsabilidade de cada Estado-Membro.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A IDENTIDADE NACIONAL

O TJUE não possui uma competência de análise de constitucionalidade de atos cujo bloco normativo seja as constituições dos Estados-Membros, tendo, por outro prisma, a função de garantir *o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados*³⁰. O exercício desta competência pode se dar através dos seguintes meios, descritos de maneira didática no próprio sítio eletrônico da UE³¹:

Interpretação da legislação (decisões prejudiciais) - os tribunais nacionais dos países da UE devem velar pela correta aplicação da legislação da UE, mas os tribunais dos vários países podem interpretá-la de formas diversas. Se uma jurisdição tem dúvidas sobre a interpretação ou a validade de um ato legislativo europeu, pode pedir esclarecimentos ao Tribunal. O mesmo mecanismo pode ser utilizado para determinar se uma dada lei ou prática nacional é compatível com a legislação da UE.

Aplicação da legislação (ações por incumprimento) – processo desencadeado quando um país da UE não respeita a legislação europeia. Este tipo de ação pode ser iniciado pela Comissão Europeia ou por um país da UE. Se o incumprimento é constatado, o país deve imediatamente pôr termo ao mesmo, caso contrário corre o risco de lhe ser intentada uma segunda ação e de lhe ser imposta uma multa.

Anulação de atos legislativos europeus (recurso de anulação) - se considerarem que um ato legislativo infringe os tratados da UE ou os direitos fundamentais, o Conselho da UE, a Comissão Europeia ou, em certos casos, o Parlamento Europeu, podem solicitar ao Tribunal a anulação do ato em questão.

Um particular pode também solicitar ao Tribunal a anulação de um ato da UE que lhe diga diretamente respeito.

Obrigações de ação (ações por omissão): o Parlamento, o Conselho e a Comissão são instados a agir em determinadas circunstâncias. Se não o fizerem, os governos nacionais, as outras instituições europeias ou (em certos casos) os particulares podem recorrer ao Tribunal.

³⁰ Art. 19/1 do TUE.

³¹ Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_pt>. Acesso em: 18 out. 2016.

Aplicação de sanções às instituições da UE (ações de indemnização): qualquer pessoa ou empresa cujos interesses tenham sido lesados na sequência de ação ou inação da UE ou do seu pessoal pode recorrer ao Tribunal.

Além destas atuações de feição eminentemente jurisdicional, o TJUE também atua, mesmo que em espectro diminuto, em função consultiva em sede de procedimento de celebração de acordos internacionais pela UE, conforme previsto no artigo 24 do TUE³².

Como dito anteriormente, em regra geral há a primazia do direito comunitário sobre o local e, na ocorrência de colisão, acontecerá a imunização dos efeitos do segundo pelo primeiro, sem reflexos no plano da validade. A atuação interna nos Países integrantes da UE decorre dos tratados instituidores e de cláusulas de recepção previstas na constituição.

Por outro lado, ao tribunal de cada Estado-Membro que possui a missão de ser o guardião da constituição cabe fazer a interpretação sobre eventual colisão de atos comunitários com os limites intransponíveis de seu direito interno, materializados através das cláusulas pétreas. E isto ocorre porque o que se estará a analisar será o limite estabelecido previamente no texto constitucional, que traça as condições em que se dará a recepção das normas comunitárias. Ou seja, não se trata de fazer uma interpretação propriamente dita do direito da União, cuja competência é do TJEU, mas sim do direito constitucional interno.

32 Artigo 24. (ex-artigo 11. TUE)

1. A competência da União em matéria de política externa e de segurança comum abrange todos os domínios da política externa, bem como todas as questões relativas à segurança da União, incluindo a definição gradual de uma política comum de defesa que poderá conduzir a uma defesa comum.

A política externa e de segurança comum está sujeita a regras e procedimentos específicos. É definida e executada pelo Conselho Europeu e pelo Conselho, que deliberam por unanimidade, salvo disposição em contrário dos Tratados. Fica excluída a adoção de atos legislativos. Esta política é executada pelo Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança e pelos Estados-Membros, nos termos dos Tratados. Os papéis específicos que cabem ao Parlamento Europeu e à Comissão neste domínio são definidos pelos Tratados. O Tribunal de Justiça da União Europeia não dispõe de competência no que diz respeito a estas disposições, com exceção da competência para verificar a observância do artigo 40 do presente Tratado e fiscalizar a legalidade de determinadas decisões a que se refere o segundo parágrafo do artigo 275 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Artigo 40 (ex-artigo 47 TUE)

A execução da política externa e de segurança comum não afeta a aplicação dos procedimentos e o âmbito respetivo das atribuições das instituições previstos nos Tratados para o exercício das competências da União enumeradas nos artigos 3. a 6. do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

De igual modo, a execução das políticas a que se referem esses artigos também não afeta a aplicação dos procedimentos e o âmbito respetivo das atribuições das instituições previstos nos Tratados para o exercício das competências da União a título do presente capítulo.

Nesta perspectiva, a atuação no controle de constitucionalidade tem por escopo averiguar se houve o respeito aos limites da parcela da soberania que foi delegada à UE, garantindo que os actos jurídicos das instituições e dos órgãos competentes de direito comunitário se mantenham no quadro dos limites das suas próprias competências, inscritas nos tratados constitutivos.³³

Vale consignar que o Tribunal Constitui Federal Alemão (TCFA), em 30 de junho de 2009, ao analisar a compatibilidade entre o Tratado de Lisboa com a Constituição de Bonn buscou fixar as diretrizes daquilo que seria a *identidade constitucional* ou *identidade da Constituição*, sendo este, segundo a percuciente análise de DUARTE³⁴, o ineditismo do posicionamento do Tribunal como um *princípio* ou limite ao avanço do direito derivado comunitário sobre o direito local, a fim de estabelecer *a última fronteira da constituição do Estado-Membro (ainda) soberano*.

Na *decisão Lisboa* o Tribunal de Karlsruhe compreendeu que não poderia ser retirado dos Guardiões das regras jurídicas insusceptíveis de modificação, as chamadas cláusulas pétreas no Brasil, a competência para dizer se houve ou não a violação a elas por atos comunitários. A fundamentação para reforçar a própria competência do Tribunal alemão decorre de simplória lógica, segundo a qual se é vedado ao Estado-Membro praticar atos que violem as regras imutáveis, a UE também não poderia fazê-lo sob pena de extrapolar a delegação parcial da soberania feita por intermédio dos Tratados. Esta fiscalização também buscava verificar se está ocorrendo o respeito aos limites pactuados da integração, evitando-se, ainda, a violação do princípio da competência por atribuição a partir de uma interpretação e/ou atuação extensiva por parte da União.³⁵

Ponto marcante da abordagem verdadeiramente novel do acórdão do TCFA refere-se a tentativa de estabelecer os contornos do conceito de *identidade constitucional* e de consignar de maneira categórica que a Alemanha não reconhece como absoluto o princípio do primado do direito europeu. Parte o Tribunal para firmar seu posicionamento sobre a flexibilidade, excepcional vale frisar, do entendimento externado pelo próprio TJUE no famoso caso *Kadi*, em que, para resguardar os valores que identificam a UE enquanto organização internacional específica (como identidade da União), relativizaram a aplicação do Princípio do Primado e invalidaram um regulamento comunitário que tratava da aplicação de resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, sobre o congelamento de

33 QUEIROZ, op. cit., p. 415.

34 DUARTE, Maria Luísa. *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*. Almedina. 2010. p. 118.

35 Ibid., P. 124/6

fundos pertencentes a particulares que tivessem algum relacionamento com organização terrorista, por entender violar direito fundamental.³⁶

Neste contexto, por dever de lógica e coerência, no futuro não poderia se opor o TJUE a um controle efetuado por tribunal local sobre ato comunitário que viesse a violar direito constitucional imutável do Estado-Membro. Vale acrescentar, ainda, que o Tribunal de Karlsruhe entendeu também que a expansão da UE não poderia comprometer, em sua totalidade, o espaço político de decisão sobre *esfera privada, segurança social, outras políticas sociais, cultura, história, língua, espaço de dinamização dos partidos políticos e do Parlamento, liberdade de imprensa, liberdade religiosa, sistema educativo*³⁷.

4 CONCLUSÃO

O sistema comunitário europeu é inédito e possui vários princípios próprios que demonstram a peculiar forma de atuação e funcionamento da UE, estando dentre os vários motivos que ensejam o seu desenvolvimento a independência dos órgãos que fazem parte de sua estrutura orgânico-funcional, em especial, do Tribunal de Justiça.

Se por um lado é necessário respeitar e reforçar os mecanismos de integração entre os países, por outro é visceral observar as peculiaridades locais essenciais como identidade do Estado-Membro, possuindo o órgão local responsável por efetuar o controle de constitucionalidade, em casos excepcionais, tornar ineficaz o ato comunitário quando colidir com estas peculiaridades essenciais, resguardando a função garantista da Constituição local. Mas aqui, vale reforçar, esta atuação deve ser em situações muito específicas, verdadeiramente excepcionais, sob pena de colocar em cheque o próprio ideário de integração e colaboração na formação da UE.

O relacionamento do sistema jurídico atual é formado em rede, sendo o relacionamento entre direito constitucional e direito internacional mais interativa, dialética, do que propriamente hierárquica.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Branços e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

DUARTE, Maria Luísa. *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2010.

³⁶ DUARTE, op. cit., p. 130.

³⁷ Ibid., p. 130.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito Internacional Público*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MESQUITA, Maria José Rangel de Mesquita. *A Actuação Externa da União Europeia depois do Tratado de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2011.

OLIVEIRA JÚNIOR, Geraldo Fragoso. A questão da supranacionalidade: uma perspectiva comparada entre União Europeia e Mercosul. orient. Luís Pereira Coutinho. Lisboa, 2010. - 42 f. 30 cm. - *Relatório de estágio de mestrado, Ciências Jurídico-Internacionais* (Direito da Integração), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2011.

QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional*: as Instituições do Estado Democrático e Constitucional. Coimbra: Coimbra, 2009.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*: curso elementar. 10. ed. Saraiva, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di Diritto Costituzionale*: il sistema delle fonti del diritto. Volume Primo. Torino: Utet, 1992.

O ACESSO À CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS E CASOS ENVOLVENDO BRASILEIROS

*THE ACCESS TO THE EUROPEAN COURT OF HUMAN
RIGHTS AND CASES INVOLVING BRAZILIANS*

*Clarissa Teixeira Paiva
Procuradora Federal
Especialista em Direito Constitucional*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH); 1.1 Âmbito de Atuação; 1.2 Requisitos de Admissibilidade: a) Partes e Objeto; b) Esgotamento das instâncias (art. 35, § 1º); c) Questões temporais; d) Coisa Julgada (art. 35, § 2º^(b)); e) Inadmissibilidade baseada no mérito; 2 Casos de Brasileiros na CEDH; 2.1 Armani da Silva x Reino Unido: a) Fatos; b) Argumentos Jurídicos; c) Julgamento; 2.2 Souza Ribeiro X França: a) Fatos; b) Argumentos Jurídicos; c) Julgamento; 2.3 Rodrigues da Silva e Hoogkamer x Holanda: a) Fatos; b) Argumentos Jurídicos; c) Julgamento; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo trata sobre o acesso à Corte Europeia de Direitos Humanos e questões envolvendo os critérios de admissibilidade. O que se procura explicar é quem pode ingressar com uma queixa e quais as regras impostas. Assim, constatou-se que, embora o acesso seja amplo por englobar qualquer indivíduo sob jurisdição dos países signatários, inclusive brasileiros, o alto nível de exigência e o caráter subsidiário da Corte restringe muito os casos que são levados a julgamento. A imensa maioria dos requerimentos é sumariamente inadmitida por não cumprir algum requisito de admissibilidade. Apesar disso, existem casos relevantes de brasileiros que tiveram as suas queixas julgadas e adquiriram status de precedente.

PALAVRAS-CHAVE: Corte Europeia de Direitos Humanos. Acesso. Requisitos de Admissibilidade. Brasileiros. Casos Relevantes.

ABSTRACT: This article deals with the access to the European Court of Human Rights and questions involving the admissibility criteria. What is sought to explain is who can file an application and what rules need to be followed. Thus, it was found that, although access is ample cover for any individual under the jurisdiction of the signatory countries, including Brazilians, the high level of requirement and the subsidiarity of the Court limit the cases that are allocated for judicial decision. The vast majority of the applications are rejected by the Court on one of the grounds of inadmissibility. Despite of that, there are relevant cases involving brazilians that were allocated to a judicial formation and made case law.

KEYWORDS: European Court of Human Rights. Access. Admissibility Requirements. Brazilians. Relevant Cases.

INTRODUÇÃO

Após mais de 50 anos de funcionamento, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) já levantou muitas controvérsias e já passou por várias reformas.

Em 2011, a CEDH se viu diante de uma séria discussão sobre a efetividade e a vinculação das suas decisões perante os Estados-membros. Essa polêmica teve início com a recusa do Reino Unido em cumprir a sentença proferida no caso *Hirst*, que envolvia a garantia do direito dos detentos ao voto.

O Reino Unido foi condenado após deliberação do pleno, mas se recusou a cumprir a determinação da CEDH para que fossem implementadas medidas para assegurar o voto dos detentos. Inicialmente, o governo britânico chegou a propor as alterações legislativas necessárias, mas o parlamento rejeitou a proposta sob a desculpa de que a CEDH não tem o direito de dispor sobre esse tipo de regramento interno do país. Desde então, o governo passou a afirmar que não concederia direito de voto aos presos apesar da decisão da CEDH.

Esse descumprimento velado levantou uma série de questionamentos quanto ao papel da CEDH e a verdadeira efetividade dos seus julgamentos. Se um país como o Reino Unido, um dos fundadores do Conselho da Europa e muito influente politicamente, se recusa a implementar as decisões da Corte quando condenado, isso abre um precedente negativo para que outros países façam o mesmo. Tanto que o Comitê de Ministros, responsável pela execução dos julgamentos da CEDH, já se viu desde então diante de descumprimentos por parte da Rússia, em casos envolvendo direitos de homossexuais, e da Turquia, por queixas de discriminação contra os curdos.

De fato, algumas questões culturais internas dos países membros pode tornar as deliberações da CEDH mais complicadas, eventualmente provocando a fúria dos governos e até o descumprimento de decisões. Por isso, criou-se dentro da Corte um princípio, chamado de margem de apreciação (“margin of appreciation”), o qual confere um certo âmbito de discricionariedade e flexibilidade no julgamento das causas. Esse princípio visa justamente encontrar um equilíbrio na interpretação das regras da Convenção, respeitando a diversidade cultural e as tradições legais dos países membros. Com isso, a CEDH conta com um mecanismo que contrabalança a soberania dos Estados e as suas obrigações como signatários da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Muito também se questiona quanto aos requisitos de admissibilidade, tidos como muito rigorosos, o que leva a imensa maioria das queixas a ser sumariamente inadmitida. De acordo com as estatísticas da própria

CEDH¹, em 2013, mais de 95% de todas as queixas analisadas foram inadmitidas, ou seja, sequer chegaram a ser submetidas a julgamento.

Essa estatística desastrosa levou a CEDH a concluir que a maior parte dos requerentes, membros da população em geral, bem como os advogados, não tinham conhecimento sobre as condições de admissibilidade de uma queixa. A partir daí, a CEDH se viu forçada a criar um guia prático de admissibilidade em 2014² de forma a orientar melhor os requerentes potenciais.

A dispensa inicial de um advogado, a simplicidade formal da queixa e a gratuidade do processo podem levar à falsa ideia de um amplo e fácil acesso à Corte. Para instaurar um processo, basta que um indivíduo envie um formulário de queixa devidamente preenchido e acompanhado pelos documentos exigidos. Todavia, a própria CEDH alerta que o registro de uma queixa não garante que ela seja admissível ou esteja bem fundamentada. Isso porque existe uma série de requisitos de admissibilidade que precisam ser cumpridos e um dos mais difíceis é o esgotamento das vias recursais internas. Só isso presume anos de espera e um enorme gasto com advogados e despesas processuais.

Não obstante, chama atenção a amplitude do alcance do sistema de proteção da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ela alcança todo e qualquer cidadão que esteja no território de um dos signatários da Convenção. Não importa a sua nacionalidade, cidadania ou quanto tempo a pessoa tem de permanência no país. Isso abrange um número enorme de pessoas que podem se valer da Convenção para garantir os seus direitos.

Nesta linha, existem alguns casos de brasileiros que tiveram as suas queixas julgadas pela CEDH e cujos casos receberam status de precedente (“case report”), por serem de grande importância na interpretação da Convenção, tendo sido selecionados para figurar nos relatórios periódicos oficiais da Corte. São casos de pessoas que não eram cidadãs europeias, mas que se encontravam, legal ou ilegalmente, em território europeu quando tiveram os seus direitos alegadamente violados.

Aparecem com destaque os seguintes casos, que serão abordados neste artigo: Armani da Silva x Reino Unido (caso envolvendo a morte de Jean Charles de Menezes); Souza Ribeiro x França e Rodrigues da Silva x Holanda.

1 Council of Europe/European Court of Human Rights. Practical Guide On Admissibility Criteria, 2014. p. 11.

2 A referência é quanto ao “Practical Guide On Admissibility Criteria”.

1 A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH)

A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) foi constituída em 1959 como um dos instrumentos de efetivação da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

A Convenção foi adotada a partir da criação do Conselho da Europa, que foi o primeiro órgão de integração europeia. Instituído após a Segunda Guerra Mundial, em 1949, o Conselho tinha como objetivo a reconstrução política da Europa, baseada em garantias fundamentais. Nesse contexto do pós-guerra, a ideia era unir os países para criar um sistema efetivo de proteção dos direitos humanos como forma de prevenir que atrocidades, como as cometidas pelos nazistas contra os judeus, voltassem a ocorrer.

Atualmente, o Conselho conta com 47 países que ratificaram a Convenção, número maior do que os países atualmente integrantes da União Europeia, que tem 28 Estados.

Para que a Convenção seja efetivamente cumprida pelos países signatários, a CEDH foi criada como órgão jurisdicional integrante do Conselho da Europa. A sua composição é de um juiz para cada Estado-membro por um mandato de 9 anos. As queixas são julgadas por comitês (3 juízes), câmaras (7 juízes) ou pelo pleno (17 juízes). Os casos manifestamente inadmissíveis podem ser apreciados em juízo singular.

Em regra, as decisões são definitivas e irrecorríveis, exceto quanto às decisões proferidas pelas câmaras, em que as partes contam com 3 meses da data de prolação para solicitar a devolução da matéria ao pleno para nova apreciação. Todavia, apenas em casos excepcionais, os pedidos recurso são aceitos.

O Pleno também é chamado a se manifestar quando a própria câmara julgadora devolve a matéria se o caso levantar alguma questão grave quanto à interpretação da Convenção ou se existir um risco de contradição com uma decisão já proferida pela Corte.

1.1 Âmbito de Atuação

O grande sucesso da CEDH está na apreciação de queixas de pessoas físicas. O indivíduo não precisa ser europeu, mas deve ser alvo de atos que envolvam os direitos humanos previstos na Convenção Europeia. Também são aceitas queixas feitas por grupos de pessoas ou pelos Estados-Membros.

Em 2012, a Itália figurou em um caso importante sobre os direitos dos refugiados, mas, ao mesmo tempo, o julgamento também tratou de questões territoriais quanto à aplicação da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Em Hirsi x Itália, foi questionada a legalidade da chamada “pushback policy”, que consistia em atos praticados pelo exercito italiano para afastar embarcações de imigrantes que pretendiam entrar em território europeu. Os barcos eram abordados antes de alcançarem águas italianas e conduzidos pacificamente até o local de origem. Com isso, a Itália evitava pedidos de asilo e milhares de imigrantes indesejados.

Uma das grandes questões debatidas em Hirsi x Itália, no entanto, foi quanto à aplicação do direito italiano e da Convenção no caso de os imigrantes sequer terem ingressado em território nacional. Nesse ponto, a Itália se defendeu com a alegação de que os imigrantes foram resgatados em alto mar, pois corriam risco de morte. Porém, a CEDH entendeu que o só fato de os imigrantes terem sido conduzidos de volta em navios militares já os deixou em jurisdição italiana. Esse tem sido o entendimento da Corte em casos de jurisdição extraterritorial³.

Portanto, existe uma grande amplitude quanto aos casos em que a Convenção se aplica e, consequentemente, permitem a jurisdição da CEDH.

1.2 Requisitos de Admissibilidade de uma queixa

a) Partes e objeto

Inicialmente, os únicos réus passíveis de queixa perante a CEDH são os próprios Estados que ratificaram a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Não se pode formalizar uma queixa contra indivíduos ou empresas.

O autor da queixa, que pode ser um indivíduo, grupo de pessoas ou Estado- Membro (art. 34 da Convenção) deve ser vítima de violação de alguma das regras previstas na Convenção, especificamente aos Direitos e Liberdades previstos no Título I, o qual possui 18 artigos. Ninguém pode questionar os dispositivos da Convenção em tese, simplesmente por discordar deles. O requerente deve apontar especificamente quais dos artigos foram supostamente infringidos em seu desfavor dentro do caso concreto.

De acordo com as estatísticas da própria CEDH⁴, mais de 41% das violações julgadas pela Corte dizem respeito ao artigo 6º da Convenção, que trata do direito ao devido processo legal e ao contraditório. O segundo dispositivo mais frequentemente violado é o artigo 5º, do direito à liberdade

³ DEMBOU, Marie-Benedicte. *Interception-at-sea: Illegal as currently practiced – Hirsi and Others v. Italy*. Disponível em: <<https://strasbourgobservers.com/2012/03/01/interception-at-sea-illegal-as-currently-practiced-hirsi-and-others-v-italy/>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

⁴ European Court of Human Rights. Overview 1959-2015 ECHR. March 2016. Disponível em: <www.echr.coe.int>.

e à segurança (12,43%). O direito à propriedade, previsto no artigo 1º do Protocolo Adicional, é o responsável por 12,18% das violações. Todavia, ofensas mais graves como o direito à vida e a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante (artigos 2º e 3º), se somados, correspondem a 14,72% dos casos.

b) Esgotamento das instâncias (art. 35, § 1º)

Deve haver o esgotamento das vias recursais na jurisdição nacional, o que significa que o caso deve ter sido levado até a última instância. Este requisito deixa claro o caráter subsidiário da atuação da CEDH.

Trata-se da exigência mais difícil de ser cumprida, uma vez que ela implica em uma longa espera e também em gastos com custas processuais e honorários de advogados.

Ou seja, para que se chegar ao ponto de ser possível o requerimento à CEDH, é necessário que se percorra um longo caminho e que se tenha a certeza de que o direito violado não pode mais ser reparado em jurisdição nacional. Isso evita decisões conflitantes e deixa claro que a CEDH está acima de qualquer julgamento proferido pelo Judiciário dos Estados-Membros, os quais precisam renunciar a parcela de sua soberania para se enquadrarem nos dispositivos da Convenção. Em resumo, a CEDH só irá interferir quando os Estados-membros tenham deixado de cumprir com as suas obrigações diante do que prevê a Convenção.

Este requisito pode ser flexibilizado por uma série de circunstâncias já avaliadas pela Corte em outros casos. Por exemplo, se existir mais de um recurso disponível, não será exigido da vítima que interponha todos se eles tiverem o mesmo efeito prático (Riad e Idiab x Bélgica).

A vítima só está obrigada a exaurir todos os recursos disponíveis se eles oferecerem a possibilidade de sucesso tanto em teoria como na prática. Em *Sejdovic x Itália*, a vítima foi julgada e condenada a revelia por crime de homicídio quando já estava residindo em outro país. Anos depois, quando localizado na Alemanha, Sejdovic foi preso até que fosse apreciado o pedido de extradição. Ele então entrou com um requerimento contra a Itália na CEDH alegando ofensa ao art. 6º, que garante o direito ao devido processo legal. A Itália alegou preliminarmente o descumprimento do requisito de admissibilidade do esgotamento das instâncias internas, pois a vítima não teria feito o uso de um recurso previsto aos condenados a revelia no prazo de 10 dias após ter tido conhecimento do processo criminal. A CEDH, no caso, entendeu que havia vários obstáculos que impediam a vítima de interpor o recurso e, mesmo que isso tivesse sido feito, as chances de sucesso eram inexistentes. Nesta queixa, o próprio mérito se confunde um pouco

com a preliminar alegada, pois se a vítima foi julgada a revelia, é claro que ela não teve a chance de exaurir as instâncias processuais internas. Então, diante de circunstâncias especiais, tais como as apontadas em Sejdivic x Itália, a exigência do requisito pode ser flexibilizada.

c) Questões temporais

Os fatos alegados na queixa devem ter ocorrido após a ratificação da Convenção pelo Estado infrator. Se este não estava obrigado a seguir a Convenção, não há que se falar em jurisdição por parte da CEDH.

Outro ponto é que o requerente tem o limite temporal de 6 meses da decisão final da justiça doméstica para ingressar com o requerimento (art. 35 § 1º). Passado esse prazo, a queixa não será admitida.

d) Coisa Julgada (art. 35, § 2º^(b))

É o que a Corte chama de “substantially the same” (substancialmente iguais) para se referir a causas que já foram submetidas a julgamento anteriormente e não englobam nenhuma informação nova relevante. Seria, em linhas gerais, o mesmo que a proibição da coisa julgada no direito processual brasileiro.

A intenção é de assegurar a força das decisões da CEDH e de impedir que se ingresse com novas queixas com o propósito de obter uma reapreciação de questões já definitivamente decididas.

A Corte avalia se dois requerimentos são iguais pela coincidência quanto às partes, quanto aos fatos e argumentos.

e) Inadmissibilidade baseada no mérito

De acordo com o art. 35, § 2º^(a), uma queixa pode ser sumariamente inadmitida se ela for manifestamente infundada. Mesmo que o requerimento atenda todos os requisitos formais, ainda assim, ele pode ser inadmitido se após uma análise preliminar não existir sequer a aparência de violação dos direitos previstos na Convenção. Nesse caso, a queixa nem chega a ser encaminhada para julgamento e não há um exame formal do mérito, pois, na maioria dos casos, a inadmissibilidade ocorre de plano por um juiz singular ou comitê.

Outro ponto previsto de inadmissibilidade quanto ao mérito é se o indivíduo não sofreu prejuízo significativo. Trata-se de uma nova exigência, que entrou em vigor em 2010. A introdução desse requisito

se fez necessária como uma barreira para diminuir os casos levados a julgamento, pois o objetivo é que a Corte se concentre em questões mais relevantes, seja individualmente, seja quanto à necessidade de interpretação da Convenção.

2 CASOS DE BRASILEIROS NA CEDH

Considerando-se a larga amplitude de aplicação da Convenção, afigura-se possível que um brasileiro seja vítima de violação dos direitos humanos previstos na Convenção e, como consequência, seja parte legítima para ingressar com uma queixa perante a CEDH. Se nem a nacionalidade ou cidadania, ou até mesmo a residência em território europeu são exigidos como critério de admissibilidade, existe a possibilidade de um brasileiro ser autor de um requerimento, mesmo que o Brasil não seja signatário da Convenção.

Os instrumentos de pesquisa da CEDH não possuem a nacionalidade do requerente como critério de busca dentre os julgamentos já proferidos pelo Pleno. Por este motivo, não é possível quantificar os brasileiros que tiveram os seus pleitos apreciados. Todavia, em termos de relevância e divulgação, há ao menos 3 casos de destaque.

2.1 Armani da Silva x Reino Unido

Este é o famoso caso Jean Charles de Menezes. Quem ingressou com a queixa em substituição ao primo assassinado foi Patricia Armani da Silva, que dá nome ao pleito.

a) Fatos

Jean Charles era um eletricista que morava em Londres quando foi morto pela polícia inglesa, a Scotland Yard, no dia 22 de julho de 2005 em uma ação antiterrorista que ocorreu dentro do metrô, na estação de Stockwell.

Um dia antes do ocorrido, a polícia havia encontrado 4 dispositivos explosivos deixados em mochilas: 3 dentro de metrôs e 1 dentro de um ônibus. Havia um temor de que os terroristas se reagrupassem para detonar alguma bomba no transporte público londrino. Nesse contexto, a polícia lançou uma operação batizada de Theseus, cujo foco era identificar e localizar os terroristas responsáveis. Um deles era Hussain Osman e, por coincidência, ele e Jean Charles moravam na mesma rua, a Scotia Road.

Na manhã do dia 22, Jean Charles saiu para trabalhar e logo chamou atenção dos policiais. Na sequência, ele fez um pequeno trecho de ônibus

até a estação de Stockwell, mas só foi abordado pela polícia dentro do metrô, onde foi morto com 7 tiros na cabeça.

O caso foi marcado por relatos conflitantes da polícia e de testemunhas, o que contribuiu para as suspeitas lançadas aos policiais envolvidos.

Logo após o ocorrido, a polícia identificou o suspeito e descobriu que havia pego o homem errado. A partir daí, a Scotland Yard iniciou uma investigação independente, realizada por um órgão equivalente a uma corregedoria (Independent Police Complaints Commission - IPCC). No relatório final, concluiu-se que houve vários erros na operação que foram fundamentais para a morte de um inocente. Embora tenham sido identificados vários atos passíveis de serem enquadrados como crime, incluindo negligência e homicídio, a Promotoria (The Crown Prosecution Service – CPS) decidiu não processar criminalmente nenhum dos agentes envolvidos. Essa decisão foi fundamentada na impossibilidade de se responsabilizar individualmente os policiais por falta de provas e pelas poucas chances de condenação.

Esse resultado, todavia, apenas retratava o que era prática comum na Inglaterra, em que os agentes policiais nunca eram processados criminalmente por incidentes fatais. Desde 1990, até o julgamento do caso Jean Charles pela CEDH, foram registradas 995 mortes em custódia policial e 55 mortes por tiros de policiais⁵. Todavia, nenhum policial foi criminalmente punido por essas mortes.

Nesse contexto, o julgamento do caso Jean Charles chamou atenção para essas estatísticas e provocou uma crise interna de confiança no sistema criminal inglês e na sua inabilidade de responsabilizar policiais por abusos cometidos.

b) Argumentos jurídicos

A requerente alegou que a decisão de não responsabilizar ninguém pela morte do seu primo foi um descumprimento quanto à questão processual prevista no art. 2º da Convenção, o qual dispõe da seguinte forma:

1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei.

⁵ Straw, Adam e Hill, Henrietta. *Grand Chamber judgment in Jean Charles de Menezes case*. Disponível em: <<http://www.doughtystreet.co.uk/news/article/grand-chamber-judgment-in-jean-charles-de-menezes-case>>. Acesso em: 09 set. 2016.

2. Não haverá violação do presente artigo quando a morte resulte de recurso à força, tornado absolutamente necessário:

a) PARA ASSEGURAR A DEFESA DE QUALQUER PESSOA CONTRA UMA VIOLÊNCIA ILEGAL;

b) Para efetuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente;

c) Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição.

Ou seja, alegou-se que a morte de Jean Charles não se enquadra em nenhuma das exceções previstas no art. 2º e que, portanto, alguém deveria ter sido responsabilizado e julgado pelo crime. A queixa tinha dois principais argumentos contra a interpretação adotada no direito interno inglês.

O primeiro é que o Reino Unido se utiliza de critérios muito elevados para a averiguação da culpabilidade de um agente policial em casos que tenham resultado em morte. Isso quer dizer que a Promotoria só irá propor uma ação criminal quando as chances de condenação forem maiores que 50%. O que a queixa alegou foi que se trata de um percentual muito rigoroso, ainda mais diante da dificuldade de se prever as chances de um júri condenar um policial sem que ao menos ele tenha sido sujeito a um depoimento pessoal. Ou seja, com um padrão tão elevado, significa que a promotoria deixa de processar casos que resultariam em condenação se tivessem sido levados a julgamento.

O segundo ponto levantado pela queixa diz respeito aos critérios aplicados pelo direito inglês para averiguar se houve legítima defesa. Tal como no direito brasileiro, age em legítima defesa quem repele injusta agressão, atual ou iminente, usando moderadamente dos meios necessários (art. 25 do Código Penal Brasileiro).

O que a requerente alegou foi que, na legítima defesa putativa, a adoção apenas de critérios subjetivos para a averiguação existência de risco iminente ofenderia o art. 2º Convenção. O simples fato de o agente acreditar honestamente que estava exposto a uma situação de perigo não poderia enquadrá-lo na hipótese de legítima defesa se essa crença fosse equivocada e se o erro fosse comprovadamente irrazoável. A queixa tentou demonstrar que a legítima defesa putativa deveria ser avaliada com base também em critérios objetivos. Com isso, tentou-se provar que houve um erro grosseiro de avaliação dos policiais em confundir Jean Charles com um homem bomba. Não haveria meios de se enquadrar como legítima defesa a morte de um indivíduo que

estava sentado em um metrô, no caminho para o trabalho, sem carregar nada nas mãos, e que não teria esboçado nenhuma reação à interpelação da polícia.

Em resumo, não bastaria que a crença de risco iminente fosse genuína (subjetivamente), pois ela teria que ser também racional (objetivamente).

d) Julgamento

A CEDH decidiu que as autoridades inglesas não desrespeitaram o art. 2º, pois conduziram uma investigação independente e efetiva, capaz de identificar e, se fosse o caso, submeter os responsáveis a julgamento.

A maioria concluiu que a decisão de não processar individualmente nenhum dos policiais envolvidos não se deu por falhas na investigação, pela tentativa de proteger a corporação ou para acobertar crimes. O fato de ninguém ter sido processado se deveu à ausência de provas suficientes para justificar um processo criminal.

Todavia, é relevante destacar a opinião dissidente do juiz López Guerra neste ponto:

6. É difícil entender como é possível estabelecer que a instituição (Office of the Commissioner of Police of the Metropolis - OCPM) tenha sido criminalmente responsável (conforme decidido pela Justiça) e, apesar disso, excluir (como consequência das decisões do IPCC e do CPS) toda responsabilidade disciplinar e impedir qualquer investigação efetiva quanto ao aspecto criminal em relação aos membros daquela instituição individualmente.

7. À luz das circunstâncias do caso, não há justificativa para a falha do Reino Unido em seguir as suas obrigações derivadas do aspecto procedimental do artigo 2º da Convenção, como consistentemente estabelecido pela Jurisprudência da Corte – quer dizer, a obrigação de conduzir uma efetiva investigação para estabelecer as circunstâncias que levaram à uma morte intencional e para determinar a punição para os responsáveis por esta morte. O relatório do IPCC reconhece sérios erros na operação policial e o julgamento que concluiu pela responsabilidade criminal da OCPM claramente fornecem uma base razoável para que se proceda à uma investigação quanto a responsabilidades individuais por essas deficiências institucionais, pois órgãos não agem independentemente dos seus membros⁶.

6 O texto original em inglês da opinião dissidente do juiz López Guerra pode ser encontrada em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"docname\":\[\"armani da silva\"\],\"documentcollectionid2\":](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

De fato, é de se causar estranhamento o fato de a instituição ter sido julgada e punida pelos erros cometidos na operação que levou à morte de Jean Charles, mas, ao mesmo tempo, ninguém ser sequer processado criminalmente. Se existe base para a condenação da instituição, também o haveria para a responsabilização criminal dos seus membros. Essa forma como o Reino Unido conduziu o caso, que vem a ser a prática comum há mais de duas décadas, só poderia levar à conclusão de que policiais gozam de imunidade em casos de morte.

Ou seja, em linhas gerais, a CEDH entendeu que foi correta a avaliação da promotoria inglesa em enquadrar o caso como legítima defesa putativa, baseada apenas em critérios subjetivos⁷.

Até o julgamento deste caso, a CEDH seguia o entendimento de que a legítima defesa deveria ser avaliada também com base em critérios objetivos (do homem médio). Todavia, a Corte mudou a sua jurisprudência e julgou, por maioria, que não houve ofensa ao art. 2º da Convenção.

Os votos vencidos dos juízes Karakas, Wojtyczek e Dedov foram muito enfáticos em apontar a mudança de entendimento da CEDH quanto à exclusão do critério objetivo da legítima defesa putativa. Eles apontaram precedentes da Corte em casos semelhantes (*McCann and Others x Reino Unido*, *Andronicou e Constantinou x Ciprus*, *Brady x Reino Unido*, *Bubbins v. Reino Unido*, *Giuliani and Gaggio x Itália*) para destacar que a legítima defesa putativa de acordo com o art. 2º da Convenção apenas afastaria a responsabilidade criminal no caso de concorrência de duas condições: uma subjetiva (a legítima crença de estar agindo diante de iminente perigo) e outra objetiva (a existência de justificativas racionais que possam ter conduzido ao erro de avaliação). Entretanto, no julgamento do caso Jean Charles, os juízes dissidentes destacam que a maioria dos juízes alterou a jurisprudência para considerar apenas o critério subjetivo, ou conferir-lhe maior importância, o que, segundo eles, é inaceitável.

A queixa também alegou ofensa ao art. 3º da Convenção (proibição da tortura), mas a Corte sequer admitiu o pleito neste ponto, por se manifestamente infundado, já que não houve, de fato, tortura na morte de Jean Charles, mas sim uma execução sumária.

[“GRANDCHAMBER”, “CHAMBER”], “itemid”: [“001-161975”]}>.

7 O item 248 do julgado traz a seguinte fundamentação: “248. It can therefore be elicited from the Court’s case-law that in applying the *McCann and Others* test the principal question to be addressed is whether the person had an honest and genuine belief that the use of force was necessary. In addressing this question, the Court will have to consider whether the belief was subjectively reasonable, having full regard to the circumstances that pertained at the relevant time. If the belief was not subjectively reasonable (that is, it was not based on subjective good reasons), it is likely that the Court would have difficulty accepting that it was honestly and genuinely held”.

2.2 Souza Ribeiro x França

O requerente é o brasileiro Luan de Souza Ribeiro, que foi deportado da Guina Francesa, onde vivia há mais de 10 anos com a sua família. Ele nasceu no Brasil em 1988, mas os seus 4 irmãos mais novos nasceram em território francês. Um deles já possuía nacionalidade francesa e os outros três preenchiam os requisitos para obtê-la. Os seus pais possuíam visto de residência na Guina Francesa.

a) Fatos

Luan de Souza Ribeiro se mudou definitivamente para a Guiana Francesa em 1995, com visto de turista. Entre 1996 e 2004, ele frequentou a escola local, mas teve que abandonar os estudos aos 16 anos, justamente por não possuir nacionalidade francesa ou visto de residência, o que só poderia requerer quando adquirisse a maioridade.

Em janeiro de 2007, ele foi parado em uma blitz na estrada e, incapaz de comprovar que tinha residência legal no país, sofreu prisão administrativa e ordem de expulsão.

No dia seguinte, ele entrou com um recurso administrativo contra a ordem de expulsão e pediu efeito suspensivo para que ele permanecesse em território francês até o julgamento do seu recurso. No entanto, não houve tempo hábil. Menos de uma hora depois de ter protocolado o recurso, Luan Souza Ribeiro foi deportado para o Brasil. Horas depois, o seu pedido de suspensão foi negado por preclusão, pois ele já havia deixado a Guiana Francesa.

Meses depois, em agosto de 2007, o requerente retornou ilegalmente à Guina Francesa, pois o seu recurso só foi julgado em outubro de 2007. A Corte Administrativa de Caiena decidiu que a deportação de Luan havia sido ilegal, considerando a prova de que ele havia frequentado a escola e o fato de os seus pais terem visto de residência. A Corte entendeu que ele cumpria os requisitos previstos na CESEDA (código que regula a entrada e residência de estrangeiros e exilados), o que o tornava imune à expulsão. Em junho de 2009, ele recebeu um visto de visitante de residente, válido até 2012. Depois, ele obteve um visto de residente com base no convívio familiar.

b) Argumentos jurídicos

Luan de Souza Ribeiro ingressou com uma queixa contra a França perante a CEDH alegando que houve ofensa ao art. 8º da Convenção (direito ao respeito pela vida privada e familiar), pois a sua deportação sumária

o teria privado do seu convívio familiar; e também ao art. 13º (direito a um recurso efetivo), porque o seu pedido de efeito suspensivo da decisão administrativa de deportação sequer foi apreciado.

c) Julgamento

O caso foi inicialmente julgado por uma câmara, composta por 7 juízes, que, por maioria, entendeu não ter havido violação aos arts. 8º e 13º (em conjunção) da Convenção. Dentre os argumentos, consta que, embora o pedido de efeito suspensivo não tenha sido apreciado a tempo de evitar a deportação do requerente, ele acabou tendo o seu recurso administrativo provido, o que depois lhe garantiu um visto permanente como residente.

Já quanto ao art. 8º da Convenção, em separado, a câmara entendeu que a queixa era inadmissível neste ponto, pois o requerente não podia ser enquadrado como vítima. O julgamento traz a seguinte fundamentação:

22. A Corte reitera que um indivíduo não pode afirmar ser “vítima” de acordo com o artigo 34 da Convenção se as autoridades nacionais tiverem proporcionado adequada reparação às alegadas violações à Convenção (ver, por exemplo, *mutatis mutandis*, a decisão de admissibilidade no caso *Kaftailova x Latvia* no. 59643/00, 21 de outubro de 2004). Essa regra se aplica mesmo se a pessoa só tem o seu pleito atendido depois de ter ingressado na Corte; Essa é a natureza subsidiária das garantias previstas no sistema da Convenção (veja *Mikheyeva x Latvia*, no. 50029/99, 12 de setembro de 2002).⁸

Ou seja, como a França acabou concedendo a Luan de Souza Ribeiro um visto de permanência, e ele mesmo retornou à Guiana Francesa ilegalmente, ele não poderia mais alegar que foi privado da vida familiar, pois não possuía mais status de vítima.

Na sequência, o requerente pleiteou que o seu caso fosse revisto pelo pleno (*Grand Chambre*), como uma espécie de recurso. O seu pedido foi aceito.

Como a ofensa ao art. 8º sequer foi admitida pela câmara, o pleno não se manifestou sobre essa matéria, tendo se pronunciado apenas quanto à violação aos artigos 8º e 13º em conjunto.

A CEDH reformou o julgamento da câmara e decidiu, por unanimidade, que a França violou a Convenção. O pleno deliberou que o requerente não teve, na prática, acesso a um remédio efetivo, capaz de

⁸ O texto original do julgamento está disponível em: <

garantir os direitos previstos no art. 8º, quando ele estava prestes a ser deportado. Ademais, o provimento do recurso administrativo e a concessão posterior de um visto não desfazem o erro.

A Corte reconheceu que um recurso, para ser considerado eficaz, não precisa necessariamente ser dotado de efeito suspensivo. Todavia, quando a situação envolve o direito de um estrangeiro, ameaçado de deportação, à sua vida privada e familiar, o Estado deve disponibilizar meios de se questionar a legalidade dessa ordem antes que ela seja cumprida.

No caso em questão, a CEDH levou muito em conta a ordem cronológica dos fatos. Isso porque o requerente foi deportado em menos de 48 horas da data em que ele foi detido e apenas 49 minutos depois de protocolado o seu recurso. Com isso a Corte entendeu que houve uma pressa injustificada em executar a ordem administrativa, porque não houve lapso de tempo suficiente para que se analisasse a situação particular do requerente⁹. O julgamento chega a fazer menção ao caso *Hirsi x Itália*, em que foi reconhecida como contrária à Convenção a prática de expulsão de estrangeiro em massa, sem uma análise individual de cada caso.

Como resultado do julgamento, a CEDH condenou a França a pagar ao requerente 3 mil euros em danos morais e 12 mil euros em danos materiais.

2.3 Rodrigues da Silva e Hoogkamer x Holanda

As requerentes nesse caso são Solange Rodrigues da Silva, brasileira, e sua filha Rachael Hoogkamer, holandesa.

a) Fatos

Solange Rodrigues da Silva passou a residir na Holanda com o seu companheiro holandês em 1994. Dois anos depois, nasceu a filha do casal, Rachael Hoogkamer. Em 1997, eles se separaram e o pai obteve judicialmente a guarda da filha. Solange não tinha adquirido a nacionalidade holandesa, tampouco tinha visto de residência.

Enquanto lutava pela guarda de Rachael, Solange tentou obter um visto que a permitisse residir e trabalhar legalmente na Holanda, mas os seus pedidos foram negados. O principal fundamento para a negativa

9 Os argumentos podem ser encontrados no item 95 do julgado: "(...) Consequently, in the circumstances of the present case the Court considers that the haste with which the removal order was executed had the effect of rendering the available remedies ineffective in practice and therefore inaccessible. While the Court is aware of the importance of swift access to a remedy, speed should not go so far as to constitute an obstacle or unjustified hindrance to making use of it, or take priority over its practical effectiveness."

foi que o bem-estar do Estado era mais importante no caso do que os interesses da requerente, a qual não pagava impostos, nem contribuição para a seguridade social. Ou seja, mesmo que a requerente não estivesse pleiteando a concessão de benefícios sociais, não era do interesse da Holanda atribuir um visto a quem nada contribuía com o Estado.

O último recurso interposto por Solange foi junto à Corte Regional de Haia. Entretanto, a decisão negativa de visto foi mantida, pois a Corte entendeu que não houve ofensa ao art. 8º da Convenção. De acordo com o julgado, essa regra não obriga que as autoridades nacionais resolvam uma situação particular causada pelos próprios pais de Rachael. Em resumo, o julgamento foi fundamentado no fato de que foi uma escolha dos pais terem concebido uma filha sem que a mãe sequer tivesse autorização para residir na Holanda. Agora caberia a eles decidir onde e com quem a criança iria morar.

Após a decisão final, ela recebeu uma ordem para deixar o país, mas continuou residindo e trabalhando na Holanda apesar disso. A filha dela passava a semana com os avós paternos e os finais de semana com ela.

b) Argumentos jurídicos

As requerentes alegaram que a recusa da Holanda em conceder um visto de residente a Solange configurava um desrespeito à sua vida familiar, como previsto no art. 8º da Convenção.

Neste caso, assim como em *Souza Ribeiro x França*, alegou-se quebra da unidade familiar. Entretanto, a requerente não chegou a obter, em momento algum, visto de residência, como ocorreu com Luan de Souza Ribeiro, e também não chegou a ser deportada.

Embora os requerentes, nos dois casos, tenham encontrado meios de permanecer com as suas famílias, mesmo que ilegalmente, o pleito de Luan quanto ao art. 8º só foi admitido em conjunto com o art. 13º, pois o recurso disponível contra a medida tomada pelo Estado não foi considerado um remédio efetivo. Já Solange permaneceu sem visto e na iminência de ser deportada, o que a torna vítima da violação. Por isso, o presente caso contempla apenas o art. 8º isoladamente.

As requerentes alegaram que, como Solange não tinha a guarda da filha, ela não tinha qualquer poder de decisão sobre o local de residência dela. Ou seja, com a guarda obtida judicialmente pelo pai, não havia como mudar o fato de que Rachael teria que viver na Holanda. Essa decisão já havia sido tomada pelo Estado.

Ademais, de acordo com a queixa, se Solange tivesse que voltar ao Brasil, ela perderia contato com a filha em seus primeiros anos de vida e a figura materna é muito importante para a criança.

Por último, as requerentes chamaram atenção para a postura contraditória assumida pelas autoridades holandesas. Um dos motivos que fizeram com que a Justiça desse a guarda de Rachael ao pai foi para evitar que uma criança holandesa tivesse que deixar o país onde nasceu em companhia da mãe e perdesse contato com o pai de mesma nacionalidade. Essa decisão teria sido tomada apesar de o pai não ter um papel importante na educação da filha, que convivia mais com a mãe e os avós paternos. Depois, quando Solange pleiteou o visto para permanecer legalmente na Holanda, as autoridades negaram o pedido, pois caberia aos pais resolverem a situação particular em que tinham se envolvido e definirem onde e com que residiria a filha. Em resumo, não seria obrigação do Estado conceder um visto a Solange apenas para ficar perto da filha se, por outros meios, ela não se qualificaria para consegui-lo.

Claramente, as requerentes se viram diante de um dilema. Se o Estado pode decidir a guarda de uma criança, filha de pais de nacionalidade diferente, para priorizar o direito de um holandês, o Estado, em contrapartida, não poderia negar um visto à mãe alegando tratar-se de um problema particular dos pais. Ou seja, se Rachael não pode deixar a Holanda, porque a sua guarda foi concedida ao pai, então que o Estado ao menos permita que a mãe possa residir no país para exercer o seu papel na educação filha.

O teor da queixa consiste em uma crítica à política adotada pela Holanda, pois, em momento algum, os direitos da criança foram levados em consideração.

c) Julgamento

No dia 3 de julho de 2006, a câmara da terceira seção deliberou, de forma unânime, em favor das requerentes.

Inicialmente, a câmara reconheceu como descabido o argumento da Holanda no sentido de que os pais teriam a responsabilidade de decidir onde e com quem a filha moraria, pois a própria justiça holandesa já havia decidido que a menor deveria permanecer na Holanda sob a guarda do pai. Isso não deixava outra escolha à requerente senão pleitear um visto de residência.

O julgamento reforçou, em vários pontos, que imigrantes que ingressam ilegalmente em território nacional normalmente não tem o direito de pleitear a sua permanência apenas alegando se tratar de fato consumado.

No presente caso, Solange não só permaneceu ilegalmente, como demorou mais de 3 anos para requerer um visto de permanência. E só o fez quando estava na iminência de perder a guarda da filha.

Todavia, a Corte afirmou que o Estado holandês poderia ter legalizado a permanência da requerente em razão da convivência dela em união estável com o companheiro por quase 3 anos. Isso foi reconhecido pela própria Holanda em sua peça de defesa, conforme item 34 da decisão¹⁰:

[...] Isso foi primordialmente o resultado das próprias ações da primeira requerente, ou de sua omissão: nem ela, nem o seu companheiro, o Senhor Hoogkamer, fizeram esforço algum em legalizar a permanência dela, com base no fato de que entre junho de 1994 e janeiro de 1997 eles estiveram em uma relação duradoura, o que poderia ter tornado possível a residência legal na Holanda.

Assim, a CEDH considerou que as circunstâncias do caso concreto mereceriam uma exceção à margem de discricionariedade atribuída aos Estados em casos de imigração. A Corte entendeu como mais relevante preservar o papel de mãe da requerente e o seu direito a uma vida familiar. Ademais, seria do interesse da filha que a mãe pudesse manter os laços maternos e permanecesse na Holanda. Com base nisso, concluiu-se que o bem-estar econômico do Estado não deve prevalecer ao direito das requerentes garantido pelo art. 8º da Convenção.

Mesmo que Solange estivesse residindo ilegalmente na Holanda ao tempo em que a filha nasceu, a Corte reconheceu que dar mais importância a esse fato fez com que as autoridades tivessem incorrido em um formalismo excessivo.

Por isso, o julgamento assevera que a Holanda não chegou a um equilíbrio justo entre os diferentes interesses envolvidos, o que teve como resultado a violação ao art. 8º da Convenção.

3 CONCLUSÃO

A criação da Corte Europeia de Direitos Humanos representa uma evolução na efetivação das garantias mínimas asseguradas pela Convenção. São mais de 50 anos de funcionamento e jurisdição sobre um grupo de países maior do que a própria União Europeia.

Para assegurar o seu caráter subsidiário e de relevância supranacional, a CEDH estabeleceu uma série de requisitos de admissibilidade da queixa. As estatísticas confirmam que não é fácil ter um pedido julgado em seu mérito, pois a imensa maioria dos casos é sumariamente inadmitida por descumprir com os requisitos de admissibilidade. Ou seja, mesmo com

10 O texto original do julgamento pode ser encontrado em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["brazilian national"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-72205"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>

toda a orientação formal e com a facilidade com que uma queixa pode chegar até a CEDH, as chances de ela ser julgada são pequenas, pois os requisitos de admissibilidade são rigorosos.

Mesmo assim, a CEDH julgou em média cerca de 2.400 casos em 2014 e 2015.¹¹ Cada um desses casos foi responsável por definir a correta interpretação da Convenção e orientar os Estados signatários a agir em conformidade com esses entendimentos.

O cumprimento das decisões proferidas pela CEDH implica em que os Estados renunciem parcialmente à sua soberania em obediência aos termos da Convenção. Embora isso esteja implícito como obrigação imposta a todos os Estados membros do Conselho da Europa, ainda assim, a autoridade da CEDH tem sido questionada ao longo do tempo. Por isso, um dos princípios que orienta a atuação da Corte é o da margem de apreciação, justamente com o intuito de garantir o equilíbrio entre a diversidade cultural dos Estados e a interpretação da Convenção.

O mais relevante papel da CEDH é permitir que os indivíduos busquem diretamente assegurar a aplicação da Convenção contra os Estados infratores. Se os seus pleitos não forem atendidos na jurisdição nacional, o caso pode ser levado à CEDH em caráter subsidiário.

O que mais impressiona na atuação da Corte é a amplitude de sua jurisdição em decorrência do alcance da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ela protege todos os indivíduos que estejam no território de um país signatário ou quem, de alguma forma, seja vítima da ação do Estado. Isso permite que brasileiros possam ingressar com queixas perante a CEDH, mesmo que estejam residindo ilegalmente na Europa. Foi o que aconteceu em *Souza Ribeiro x França* e *Rodrigues da Silva e Hoogkamer x Holanda*.

O caso mais conhecido e divulgado de um brasileiro na CEDH foi *Armani da Silva x Reino Unido*, a respeito da morte de Jean Charles de Menezes. O caso teve muita relevância na reflexão quanto ao papel do Estado no combate ao terrorismo e, em menor escala, na tradição do Reino Unido em proteger e imunizar policiais envolvidos na morte de civis em serviço. Mesmo com todas as evidências contra o Reino Unido, a Corte entendeu que não houve descumprimento da Convenção. Esse posicionamento demonstra que a influência dos Estados no campo político também pode interferir nos julgamentos da CEDH.

11 European Court of Human Rights. Analysis of statistics 2015. p. 6. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2015_ENG.pdf. Acesso em: 17 de setembro de 2016.

REFERÊNCIAS

COUNCIL OF EUROPE/EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Practical Guide On Admissibility Criteria*. 2014. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2016.

DEMOU, Marie-Benedicte. *Interception-at-sea*: Illegal as currently practiced – Hirsi and Others v. Italy. Disponível em:<<https://strasbourgobservers.com/2012/03/01/interception-at-sea-illegal-as-currently-practiced-hirsi-and-others-v-italy/>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Overview 1959-2015 ECHR*. March 2016. Disponível em: <www.echr.coe.int>. Acesso em: 9 ago. 2016.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Analysis of statistics 2015*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2015_ENG.pdf>. Acesso em: 17 set. 2016.

GEARTY, Conor. *Can Human Rights Survive?* Cambridge, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRAW, Adam; HILL, Henrietta. *Grand Chamber judgment in Jean Charles de Menezes Case*. Disponível em: <<http://www.doughtystreet.co.uk/news/article/grand-chamber-judgment-in-jean-charles-de-menezes-case>>. Acesso em: 9 set. 2016.

O REFERENCIAL DE IGUALDADE NO DIREITO ISLÂMICO

THE EQUALITY BENCHMARK IN ISLAMIC LAW

Daniela Cardoso Ganem

Procuradora Federal lotada na Procuradoria do Estado da Bahia. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília- UnB.

Impõe-se a nós uma grande e pesada, mas necessária, tarefa de regeneração do pensamento, que compreende, necessariamente, uma regeneração do pensamento político. Mesmo sem esperança, é vital empreendê-la e empreendê-la faria renascer a esperança – uma esperança frágil por certo, mas uma esperança.

(Edgar Morin)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Democracia: um assunto controverso; 2 As ideias ultrapassam fronteiras; 3 Direitos Humanos e o Islã; 4 Igualdade: garantia ou ameaça?; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Para além da necessidade de compreensão acerca da “insegurança” apresentada ao Ocidente pelos países muçulmanos, há um desejo de investigar e conhecer o Islã e seu sistema político, jurídico e cultural, a fim de identificar traços de similaridade e/ou discutir as ideias divulgadas e difundidas para os demais países ditos democráticos e capitalistas. O costume de assumirmos os parâmetros e padrões socioeconômicos ocidentais, por vezes nos impede de estabelecer a comunicação necessária com o diferente. O Outro, aqui representado pelos países que são orientados pelo Direito Islâmico, precisa ser apreendido, apesar de distante, estranho e ameaçador. No presente artigo, a discussão acerca do referencial de igualdade possibilita a investigação sobre as causas dos atos de violência presenciados em diversos países e a sua ligação com a democracia. Há, ainda, a crise política e econômica instaurada que, ao ultrapassar a fronteira brasileira, nos motiva a compreender o funcionamento dos países centrais do Ocidente e, principalmente, do Oriente Médio, lugar histórico de conflitos e constantes ameaças.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Estado Islâmico. Princípio da Igualdade. Direitos Fundamentais. Fronteiras.

ABSTRACT: Beyond the need for understanding about the “insecurity” presented to the West by Muslim countries, there is a desire to investigate and to learn about Islam and its political, legal and cultural system in order to identify traits of similarity and/or discuss the ideas that were disclosed and spread to the others so-called democratic and capitalist countries. The custom to assume the parameters and Western living standards sometimes prevents us from establishing the necessary communication with the different. The Other, represented here by the countries that are guided by Islamic Law, must be understood, although distant, strange and threatening. In this article, the discussion about the equality framework enables research on the causes of acts of violence witnessed in several countries and their connection with democracy. There is also the established political and economic crisis that, by overcoming the Brazilian border, motivates us to understand the functioning of the central countries of the West, and especially of the Middle East, a historical place of conflict and constant threats.

KEYWORDS: Democracy. Islamic State. Principle of Equality. Fundamental Rights. Borders.

INTRODUÇÃO

O momento é de apreensão, tensão e clamor por uma mudança ao que hoje compreendemos como valores democráticos. É certo que a crise econômica não se restringe aos países centrais da Europa e que o questionamento acerca dos direitos humanos encontra-se cada vez mais acirrado diante dos atos de violência evidenciados nas diversas partes do globo.

Diante de tantas incertezas, a percepção de que a democracia não é um modelo acabado e sua evolução pode conduzir a várias saídas, mesmo porque sua forma de gestão oferece condições para a realização de acordos em diferentes governos, considerando o seu estado intrínseco de afirmação de liberdades. Essas saídas podem, inclusive, servir de base para a condução de povos islâmicos, o que, em princípio, poderia constituir uma ameaça ao mundo Ocidental.

Nesse contexto de crise¹, para além da razão de que todo o direito é uma tentativa de estabilidade mantida dentro dos limites de variação previsível dos comportamentos da civilização moderna, impõe-se a necessidade de discussão sobre a negociação entre a escolha pela democracia e os países que hoje estão sob a égide do Estado Democrático e as demais formas utilizadas pelos outros Estados- Nação.

A escolha pelo Direito Islâmico e o seu referencial de igualdade surgiu diante do fato de que o Islã é compatível com qualquer forma de governo, de modo que também a democracia pode ser utilizada como estratégia para o crescimento do próprio Islã. Assim, compreender as diferenças entre o que o Ocidente entende por democracia, direitos humanos e o princípio de igualdade e esses mesmos conceitos dentro do contexto jurídico e cultural islâmico é fundamental para esse momento de choque e mesmo de descrença da própria democracia.

Como compreender o Direito Islâmico se não sabemos nada a respeito do domínio de uma religião sobre as normas sociais? Começar pelo que os muçulmanos denominam de igualdade (*al-musawat*) parece ser um bom começo.

1 DEMOCRACIA: UM ASSUNTO CONTROVERSO

Compreendendo a Democracia como o “reino dos desejos ilimitados dos indivíduos da sociedade de massa moderna”², ou mesmo uma prática

1 O termo “crise” aqui empregado tal qual a sua origem grega: “*krísis*”: “estado de dúvida e incerteza”- CUNHA, Antônio Geraldo. *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Lexikon, 2014. p. 190.

2 RANCIERE. Jacques. *O ódio à democracia*. São Paulo: Boitempo, 2013. p.08.

de permanentemente instituinte do espaço político da sociedade, onde o poder se legitima por estar permanentemente vinculado à permanência dos conflitos e dos antagonismos sociais³, fica claro que a democracia pode ser um instrumento de representação e de difusão dos costumes de qualquer Estado-Nação, inclusive para os islâmicos.

A compatibilidade do islã com a democracia é assegurada tanto pelos fundamentalistas quanto pelos secularistas, mediante diferentes argumentações. Segundo os fundamentalistas, o princípio shura (consultação) é uma figura constante da tradição islâmica que comporta o pluralismo de opinião, de interesses, de grupos sociais e a participação política⁴.

Para Edgar Morin, o princípio da soberania do povo funda em direito o caráter democrático do Estado-Nação, mas a democracia só avançou aí de modo incerto, aleatório, incompleto, consequência de uma ruptura, sem continuidade⁵. Tal incompletude pode ser uma brecha para que a democracia seja utilizada por qualquer governo, considerando que sua adequação dependerá apenas dos limites impostos pela sociedade que a incorporar.

Sem limites políticos, a democracia moderna no mundo ocidental é regida pelos anseios da sociedade moderna, de um modo que pode ser visto como descontrolado, ao passo que para a sociedade islâmica, democracia pode ser uma das formas de exercer a cidadania em conformidade com os mandamentos de Deus, mantendo a subserviência à religião.

Urbano Carvelli, chega a afirmar que vivemos tempos de utilização inflacionária do termo “democracia”, ratificando a tese de que, “tornou-se comum encontrar Estados que se denominem democracias, nos quais inexistem variáveis democráticas determinantes básicas como, por exemplo, Direitos Fundamentais, Estado de Direito, Pluralismo e Sufrágio Universal.”⁶

Se a modernidade trouxe a revolução tecnológica, trouxe também a vontade de romper com as tradições por intermédio do dinamismo do capitalismo. A sociedade (ocidental), hoje individualizada, depende,

3 WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito III*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997. p. 108.

4 CARVELLI, Urbano. A democracia nos Estados Islâmicos: variáveis determinantes da compleição no limiar do século XXI. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 194, abr./jun. 2012. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496585/000952694.pdf?sequence=1>>. p. 186>..

5 MORIN, Edgar. *O método 5: a humanidade da humanidade*. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 183

6 CARVELLI, op. cit., p.174.

predominantemente, das escolhas individuais. Nesse contexto, a democracia pode significar a derrocada da autoridade, uma vez que os indivíduos e os grupos mostraram-se rebeldes à disciplina e aos sacrifícios exigidos pelo interesse comum⁷.

De outro lado, a sociedade islâmica apresenta um sistema de tradição, cujas bases são constituídas pelos princípios morais, inalterável, onde o Estado irá se relacionar com os indivíduos e outros Estados da mesma forma: uma política baseada na justiça, na verdade e na honestidade. Em uma democracia islâmica, o desafio é “repensar e reconstruir a figura do soberano e de sua fundamentação dentro do Estado islâmico moderno”⁸.

Ainda assim, a democracia pode ser vista como um terreno fértil para o crescimento do islamismo: a representação da maioria como uma corrente uniforme e uníssona, submetidos à mesma Lei: a Divina.

A tentação do pensamento único continua a ronda dos governantes, que se apoiam na corrente irresistível da maioria, para negar-lhe o oxigênio necessário para toda reflexão verdadeiramente autônoma. Esses perigos são parte integrantes das democracias contemporâneas. Em alguma medida eles a constituem tanto quanto o amor pela igualdade.⁹

Até aqui, a ideia de que a democracia serve aos indivíduos, mas, também, à maioria; aos grupos e às pessoas; relaciona-se com a sociedade de consumo e com a tradição islâmica; seu campo de atuação é amplo e acolhedor. A democracia se reinventa e segue, sedutora e confiante. “As leis da democracia tendem, em geral, ao bem da maioria, pois emanam da maioria de todos os cidadãos, a qual pode se enganar, mas não poderia ter um interesse contrário a si mesma”¹⁰.

2 AS IDEIAS ULTRAPASSAM FRONTEIRAS

A história da organização das culturas humanas se confunde com a história da formação dos Estados. Sempre violenta, a ação sócio-política humana sempre se pautou na tentativa dos agrupamentos

7 RANCIERE, op. cit., p.15.

8 CARVELLI, op. cit., p 194.

9 BIGNOTTO, Newton. O bem comum e a vontade geral. In NOVAES, Adauto (org.). *Mutações. A experiência do pensamento*. São Paulo: Edições SESC SP, 2010. p. 206.

10 TOCQUEVILLE, Alexis. *A Democracia na América: Leis e Costumes*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 271.

humanos de organizar e defender suas escolhas culturais (ainda que tácitas) e coletivas.

A construção cultural feita geração após geração é base de funcionamento em todas as sociedades humanas, das primitivas às modernas. A busca de supremacia – quer seja econômica, cultural ou política – de um grupo sobre os outros é também de forte registro histórico, não se conhecendo em nenhuma época da civilização humana, períodos sem guerras ou conflitos entre grupos, etnias ou nações.

Os estudos sobre os conflitos humanos após o estabelecimento do capitalismo, no geral, se baseiam no aspecto econômico das contendas, dominações e alianças feitas. Esse aspecto econômico é tido como fundamental, também, de forma majoritária na sociologia política, em épocas ainda que mais remotas, como nos impérios da antiguidade ou nas guerras religiosas da Idade Média.

O aspecto capital – sem trocadilhos – das diferenças culturais tem merecido, contemporaneamente, estudos mais aprofundados, especialmente diante do intercâmbio financeiro e cultural e diante do fato de que as ideias não “compreendem” fronteiras.

Tem-se que a construção do Estado- Nação, para além da garantia do monopólio legítimo da violência, motiva-se na tentativa de coesão e manutenção dos pactos sociais e culturais dos povos: “O Estado age frequentemente transgredindo a sua lei, desviando-se da lei ou agindo contra a própria lei. Todo sistema jurídico inclui a legalidade como lacunas da lei que oferecem largas margens de manobra”¹¹.

No modelo de Estado Democrático de Direito, a Constituição é o instrumento básico de garantia jurisdicional, onde a legalidade é a própria medida do direito, afastando o arbítrio e excesso de poder. Nesse passo, é sabido que em todas essas constituições as “franjas sociais” são excluídas ordinariamente e somente de forma extraordinária são toleradas. A exclusão como característica é considerada ubíqua na organização humana e é parte mesmo da configuração dos pactos socioculturais.

O Estado só se legitima quando se propõe a manter esse desejo social de coesão e supremacia de valores, sendo, por conseguinte, sempre conservador. A tradição construída é constantemente fustigada e marginalmente solapada pelas inovações sociais, mas não sem custos. Essas mudanças não se dão de forma suave, acomodada e como resultado de somatórios, mas habitualmente por meio de convulsões entre os pactos estabelecidos e as novas aspirações, valores e desejos sociais.

11 PINHEIRO, Paulo Sérgio. Estado e Terror. In NOVAES, Adauto (org.). *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 277.

A mediação por meio do Estado nunca é isenta, pois este possui sua origem na tradição e tem, portanto, um pacto tácito com ela. A ação violenta do Estado, longe de ter equidade é sempre montada para a conservação. Assim, é para garantir a integridade de um povo que se erigem as fronteiras.

À fronteira física, política, negociada no decorrer dos tempos, o mais das vezes solidamente estabelecida e só pontualmente objeto de contestação, sobrepôs-se a fronteira cultural. Em tempos de grande mobilidade física e de grande circulação de informações, como são os atuais, essa sobreposição não mais se constata. A fronteira física fixa e porosa, costuma deixar passar, ainda que com todas as dificuldades impostas e fruto das próprias necessidades internas, migrantes diversos.

A migração clássica era de grupamento de indivíduos dispostos a deixar pra trás seus valores coletivos e se aculturar nos países de maior atrativo econômico que lhe acolhiam. Portanto, esse fluxo de pessoas não colocava em risco a segunda fronteira, a fronteira cultural. No sentido inverso, no entanto, essa salvaguarda cultural deixou de ser observada na modernidade.

À dominação econômica do início do capitalismo comercial e que perdurou até o final da Segunda Guerra Mundial, seguiu-se uma dominação cultural dada pela exportação de padrões e valores.

Nos países mais propensos e de cultura mais próxima à cultura dos países economicamente hegemônicos, essa migração de valores causou divisões inter e intra-individuais, as quais foram, aos poucos, sendo equacionadas, mas não resolvidas. É o que se observa na América do Sul, Oceania, África e em parte da Ásia. Essa divisão entre os valores clássicos dessas nações e os valores da modernidade gerou e gera violência interna, vide o estado de permanente violência das grandes cidades dessas regiões. Violência desconhecida em um espaço de décadas, apenas.

Nos países muçulmanos, no entanto, pela sua peculiar característica de serem estados que garantem um pacto construído em cima de imperativos religiosos fundamentais e, portanto, não seculares, essa divisão interna não subjaz de forma significativa, a não ser naquelas situações em que por, intervenção externa ou penúria econômica, o Estado encontra-se extremamente enfraquecido (e.g: Iraque e Iemen).

Considerando que as fronteiras culturais são mais estritas que as fronteiras físicas, uma vez que os indivíduos, grupamentos e gerações as carregam dentro de si, dentro dos países islâmicos é seguro afirmar que o choque inter-geracional se dá de forma muito mais contida do que nos países ocidentais pelo pouco canal de expressão que ali se observa.

Uma parte desse conflito se resolve pela migração, porém nesses migrantes o conflito já é inverso, pois nos países ocidentais o lugar reservado à essas populações é um lugar marginal: econômico e/ou cultural.

Essa é a tônica da violência como é percebida nos países economicamente ricos do hemisfério norte, uma violência originada em populações migrantes e de cultura diversa, o que reforça a tese de que o que é estranho – estrangeiro – é perigoso; o que é diferente é pernicioso; o que é diferente deve ser evitado, isolado, exposto e encerrado.

Concordamos com Kátia Muricy no texto “Benjamin: política e Paixão”, ao acreditar que os fenômenos da vida moderna se estruturaram da mesma forma, sem ruptura da tradição, em uma repetição do mesmo, ainda que considerássemos a compreensão moderna de indivíduo¹².

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ISLÃ

Os direitos humanos são então os direitos vazios dos que não têm nenhum direito. Ou então são os direitos dos homens que pertencem a uma comunidade nacional. Eles são então simplesmente os direitos dos cidadãos dessa nação, os direitos dos que têm direitos, portanto, pura tautologia¹³.

Os direitos fundamentais, no início de sua formação como construção jurídica eram compreendidos como um conjunto institucionalizado de direitos e garantias contra o arbítrio do poder estatal, visando o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. O Estado só seria necessário para harmonizar as liberdades individuais, evitando um possível choque entre elas.

A atuação dos direitos fundamentais se desenvolvia neste dualismo entre Estado e Indivíduo e para serem efetivados gozavam de características peculiares como universalidade, inviolabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade e interdependência. Ocorre que, com a queda do poder absoluto do rei, desfaz-se a ideia de que os direitos fundamentais poderiam se resumir apenas em garantias subjetivas contra o Estado. Surge a necessidade de uma composição

12 MURICY, Kátia. Benjamin: Política e Paixão. In NOVAES, Adauto (org.). *Os sentidos da Paixão*. São Paulo: Companhia das letras, 2009. p. 573.

13 RANCIERE, Jacques. *O ódio à democracia*. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 55.

social e para tanto, o Estado deve aumentar o seu número de tarefas para garantir os direitos sociais.

Para além da divisão histórica dos direitos fundamentais em dimensões, impõe-se esclarecer que tais valores, independentemente do momento em que foram reconhecidos, complementam-se e integram-se, sem jamais se excluírem, pois os direitos fundamentais compreendidos como liberdades não podem anular-se reciprocamente. Uma liberdade prescrita pelo direito não pode perder a eficácia pela imposição de outra liberdade igualmente prescrita no direito positivo.

Nesse contexto, concordamos com o filósofo Heiner Bielefeldt, a respeito da ideia de reivindicação por equiparação de participação política nas premissas de constituição do moderno Estado Democrático. Segundo este autor, os direitos fundamentais e o Estado Democrático se complementam para incorporar o reconhecimento político e jurídico devido reciprocamente pelos seres humanos como sujeitos responsáveis¹⁴

A base de legitimidade de todo sistema de poder reside aqui, nas garantias estabelecidas constitucionalmente para salvaguardar a integridade e assegurar a participação de todos os indivíduos nos distintos processos políticos e sociais condizentes à tomada de decisões.

E quanto aos Estados Islâmicos? É certo que no tocante às democracias islâmicas, a relação entre a dignidade da pessoa humana e Estado “só existe na medida da religião”¹⁵. Há que se compreender que os direitos fundamentais nos países muçulmanos serão sempre interpretados de acordo com a religião – estática e imutável: “o mais dramático de um paradigma consolidado é que dificilmente é capaz de aprender. Fechado em si, imagina ter em si a verdade, dispensando os outros”¹⁶.

Tal característica dificulta o exercício da democracia nos moldes ocidentais e torna difícil até mesmo a sua compreensão, uma vez que, originalmente, esses direitos assumem o topo da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito. Mas será que é possível uma extensão (com uma mesma perspectiva) dos direitos humanos a todos os povos?

Slavoj Žižek desabafa que toda referência aos direitos universais do homem como projeto inacabado a ser gradualmente estendido a todos os povos é uma mera quimera ideológica vã – e diante dessa perspectiva, temos, no Ocidente, o direito de condenar os excluídos

14 BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

15 CARVELLI, op. cit., p.182

16 DEMO, Pedro. *Éticas multiculturais: sobre convivência humana possível*. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 55.

quando usam todos os meios, inclusive o terror para lutar contra sua exclusão?¹⁷

A dificuldade evidenciada nos Estados Islâmicos diante da impossibilidade de garantir os direitos fundamentais em todos os seus termos, implica, ainda, nas relações dos indivíduos com os demais Estados, criando problemas internacionais que precisam ser enfrentados e não escamoteados.

4 IGUALDADE: GARANTIA OU AMEAÇA?

A relação entre indivíduo, sociedade, Estado e Direito vai além das diferenças entre as esferas do público e privado, pois a tensão (democracia versus direitos fundamentais) é certa e as contradições também, afinal assumimos (com o próprio processo democrático) o fato de que os interesses podem ser conflitantes, mas o ponto central continua sendo os princípios da igualdade e liberdade.

Princípios são, portanto, mandados de otimização, normas que dispõem a respeito de algo a ser realizado o mais amplamente possível dentro das relativas possibilidades do direito e dos fatos, ao passo que as regras são normas, cuja validade pressupõe um mandamento para fazer exatamente aquilo que ela exige, nada mais ou menos. Deste modo, a compreensão de um princípio corresponde ao entendimento dos seus limites quando invocada sua aplicação num determinado contexto.

Para o Islã, a igualdade é inata a todos os indivíduos, desde que suas escolhas estejam de acordo com a Lei Divina, pois os seres humanos optam pela desigualdade por razões sociais ou políticas. Assim, determinados direitos serão inacessíveis àqueles que estiverem desvinculados da fé islâmica.

Da mesma forma que os direitos fundamentais somente serão considerados se subsumidos à religião, o referencial de igualdade dependerá, para os muçulmanos, da opção do indivíduo em seguir a fé islâmica. Isso significa que para o Direito Islâmico, o princípio de igualdade existe na medida em que a justiça e a equidade direcionam a vida dos fiéis (muçulmanos) e considerando que o poder do Estado é uma delegação de Deus, a igualdade será exercida a todos os que seguirem a fé islâmica, pautada por padrões uniformes e imutáveis.

A defesa acerca da existência do princípio de igualdade dentro do mundo islâmico, assegurado por várias passagens do Alcorão (garantia

17 ZIZEK, Slavoj. *Bem vindo ao deserto do real*. Tradução: Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003. p. 92.

de que todos tiveram a opção de escolher seguir a fé islâmica), pode dar ao muçulmano a certeza de que a justiça está sendo cumprida nos termos da Lei Divina, contudo, para o não-muçulmano, esse referencial de igualdade possui o efeito inverso: é a certeza de que a escolha em não seguir a fé islâmica o torna diferente e excluído.

A (des)igualdade vira uma ameaça. O Outro não existe. Onde está a diferença?

Mas por que essa ascensão da violência religiosamente (ou etnicamente) justificada hoje em dia? Porque vivemos numa época que percebe a si mesma como pós-ideológica. Como as grandes causas públicas não podem mais ser mobilizadas, como nossa ideologia hegemônica nos conclama a gozar a vida para nos realizarmos, é difícil para a maioria dos seres humanos vencer a repulsa contra a tortura e morte de outros seres humanos [...]. Assim, para levá-las a isso, é preciso uma causa sagrada [...]. A religião e o pertencimento étnico se encaixam perfeitamente nesse papel¹⁸.

5 CONCLUSÃO

A experiência da democracia no Estado Islâmico demonstra que, a despeito da dificuldade de encaixe no modelo ocidental, é possível sua adequação e utilização mesmo dentro das diretrizes muçulmanas.

Por outro lado, a difusão dos princípios islâmicos ultrapassa as fronteiras dos Estados muçulmanos e suas ideias perpassam os limites territoriais, chegam ao ocidente e se misturam em meio ao ideais e desejos dos indivíduos pertencentes a outros Estados. Nesse contexto de conexão de ideias, o choque entre os valores das sociedades ocidentais e islâmicas, dificultando a relação das diferentes culturas, ao que concordamos com Bauman:

creio que a chance de salvar a democracia como medicina preventiva contra o abandono, a alienação, a vulnerabilidade e as doenças sociais correlatas depende de nossa capacidade e da nossa resolução de olhar, pensar e agir acima das fronteiras dos Estados Territoriais.¹⁹

Se, por um lado, a democracia pode tornar-se um meio fértil para o crescimento da cultura islâmica, por outro, o estranhamento entre as

18 ZIZEK, Slavoj. *Vivendo os fins dos Tempos*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2012. p. 108.

19 BAUMAN, Zygmunt; MAURO, Ezio. *Babel: entre a incerteza e a esperança*. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p. 24.

diversas formas de democracia podem conduzir ao estranhamento e a um permanente estado de vigilância contra o Outro.

A proteção dos direitos fundamentais permanece mitigada diante da impossibilidade de consenso entre os valores sagrados da sociedade islâmica e o que se pretende garantir dentro do modelo criado pelo ocidente. Nesse passo, o referencial de igualdade é questionado, uma vez que sempre haverá algo de fora da membrana de proteção; seja pelo ocidente, que não admite a total submissão às leis religiosas, seja pelos muçulmanos, ao não aplicar o princípio de igualdade aos não- muçulmanos.

A (in) diferença ao estranho permanece com a dúvida: quem está do lado de fora? - O fora aqui não como “um outro espaço que jaz para além de um espaço determinado, mas é a passagem, a exterioridade que lhe dá acesso- em uma palavra: o seu rosto.”²⁰

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *A comunidade que vem*. Belo Horizonte: Autentica, 2013.

BAUMAN, Zygmunt; MAURO, Ezio. *Babel: entre a incerteza e a esperança*. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

BIGNOTTO, Newton. O bem comum e a vontade geral. In NOVAES, Adauto (org.). *Mutações*. A experiência do pensamento. São Paulo: Edições SESC SP, 2010.

CARVELLI, Urbano. A democracia nos Estados Islâmicos: variáveis determinantes da compleição no limiar do século XXI. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 49, n. 194, abr./jun. 2012. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496585/000952694.pdf?sequence=1>>.

CUNHA, Antônio Geraldo. *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Lexikon, 2014.

DEMO, Pedro. *Éticas multiculturais: sobre convivência humana possível*. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

MORIN, Edgar. *O método 5: a humanidade da humanidade*. Porto Alegre: Sulina, 2005.

²⁰ AGAMBEN, Giorgio. *A comunidade que vem*. Belo Horizonte: Autentica, 2013. p. 64.

Tentando compreender. In FOTTORINO, Eric (org). *Quem é o Estado Islâmico?* Compreendendo o novo terrorismo. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.

MURICY, Kátia. Benjamin: Política e Paixão. In NOVAES, Adauto (org.). *Os sentidos da Paixão*. São Paulo: Companhia das letras, 2009.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Estado e Terror. In NOVAES, Adauto (org.). *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

RANCIERE. Jacques. O ódio à democracia. São Paulo: Boitempo, 2013.

TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América*: Leis e Costumes. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito III*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

ZIZEK, Slavoj. *Bem vindo ao deserto do real*. Tradução: Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

_____. *Vivendo os fins dos Tempos*. São Paulo: Boitempo, 2012.

PROTEÇÃO DO REFÚGIO PELOS SISTEMAS EUROPEU E INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

*PROTECTION OF REFUGEES BY EUROPEAN AND INTER-
AMERICAN RIGHTS SYSTEMS*

Daniela Ferreira Marques

*Mestre em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia
Advogada da União*

Eliete Viana Xavier

*Pós-graduada em Processo Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina
Advogada da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direito Internacional dos Direitos Humanos: Sistema Global e Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos; 1.1 Sistema Europeu; 1.2 Sistema Interamericano; 2 Proteção Internacional dos Refugiados; 3. Proteção da Corte Europeia de Direitos Humanos a Refugiados; 2.1 Caso *Hirsi Jamaa e outros contra a Itália*; 2.2 Caso *M.S.S contra a Bélgica e a Grécia*; 3 Proteção do Sistema Interamericano a Refugiados; 3.1 Caso *Família Pacheco Tineo contra a Bolívia*; 3.2 *Parecer Consultivo OC-21/14 de 19 de agosto de 2014*; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Considerando que a recente crise global de refugiados pode ser reputada como a maior catástrofe humanitária de nosso tempo, o texto tem por objeto esposar as normas de direito internacional de proteção de direitos humanos, sobretudo as voltadas à tutela das pessoas refugiadas, as peculiaridades dos sistemas regionais europeu e interamericano de proteção de direitos humanos, bem como as respostas práticas dadas pelas Cortes Europeia e Interamericana para as violações de direitos humanos sofridas por refugiados, mediante a apresentação de quatro casos emblemáticos: *Hirsi Jamaa e outros contra a Itália*; *M.S.S contra a Bélgica e a Grécia*; *Família Pacheco Tineo contra a Bolívia*; e o *Parecer Consultivo OC-21/14 de 19 de agosto de 2014*.

PALAVRAS-CHAVE: Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos. Refúgio. Jurisprudência da Corte Europeia e da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Refúgio.

ABSTRACT: Whereas the recent Global Refugee Crisis may be considered the greatest humanitarian tragedy of our time, the objective of this paper is to address international rules and regulations for the protection of human rights, especially refugees' rights; the characteristics of the European and Inter-American Human Rights Systems; and the actions taken by the European and Inter-American Human Rights Courts in response to violations of refugees' human rights through the analysis of four highly symbolic cases: *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*; *M.S.S. v. Belgium and Greece*; *Pacheco Tineo Family v. Bolivia*; and *Advisory Opinion OC-21/14 of August 19, 2014*.

KEYWORDS: International Human Rights Treaties. Human Rights Protection Systems. Refugees. European and Inter-American Human Rights Courts' Case Law on Refugees.

INTRODUÇÃO

Segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados – ACNUR (dados de 2015), o número de pessoas deslocadas por guerras e conflitos já ultrapassa 65 milhões. Para se ter uma dimensão do que isso representa, a Segunda Guerra Mundial desalojou cerca de 60 milhões de pessoas e a população do Reino Unido é de aproximadamente 64 milhões.

São 4,9 milhões de refugiados da Síria; 2,7 milhões do Afeganistão; 1,1 milhão da Somália. Já os países com maior número de deslocados internos são a Colômbia, com 6,9 milhões; a Síria, com 6,6 milhões, e o Iraque, com 4,4 milhões; tendo Iêmen apontado, somente em 2015, 2,5 milhões de novos deslocados internos, ou seja, 9% de sua população.¹

A Anistia Internacional, no relatório *The Global Refugee Crisis: a Conspiracy Of Neglect*², divulgado no dia 15 de junho de 2016, adverte que:

A crise na Síria é a maior catástrofe humanitária de nosso tempo, com quatro milhões de refugiados batalhando para sobreviver em países vizinhos e outros 7,6 milhões de pessoas deslocadas em suas fronteiras. Os conflitos que são poucos noticiados também são devastadores: três milhões de refugiados estão fugindo de abusos de direitos humanos no Sudão do Sul, Nigéria, Burundi e outras partes da África Subsaariana.³

Diante da denominada *maior catástrofe humanitária de nosso tempo*, mister se faz verificar as normas de direito internacional de proteção de direitos humanos, sobretudo as voltadas à tutela das pessoas refugiadas, os sistemas regionais, mais especificamente o europeu e interamericano, criados para assegurar o exercício desses direitos, a reparação de suas violações e o pagamento de indenização às vítimas, bem como as respostas práticas dadas pelas Cortes Europeia e Interamericana para proteger populações refugiadas, mediante a descrição de quatro casos emblemáticos: *Hirsi Jamaa e outros contra a Itália*; *M.S.S contra a Bélgica e a Grécia*; *Família Pacheco Tineo contra a Bolívia*; e o *Parecer Consultivo OC-21/14 de 19 de agosto de 2014*.

1 AGENCIA ONU PARA REFUGIADOS – ACNUR. Tendências Globais sobre refugiados e outras populações de interesse do ACNUR. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/>>. Acesso em 29/09/2016.

2 ANISTIA INTERNACIONAL. The Global Refugee Crisis: A Conspiracy Of Neglect. Disponível em: <<https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/06/P4575-Global-refugee-crisis-Syria.pdf>>. Acesso em: 29/09/2016.

3 Id. Crise de Refugiados: O problema são os governos, não os contrabandistas. Disponível em: <<https://anistia.org.br/crise-de-refugiados-o-problema-sao-os-governos-e-nao-os-contrabandistas/>>. Acesso em: 29/09/2016.

Saliente-se que, por questões práticas e maior acesso a dados, optou-se por focar o presente trabalho no tratamento dispensado às pessoas refugiadas pelos sistemas europeu e interamericano.

1 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: SISTEMA GLOBAL E SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Em que pese a existência de tratados ou convenções internacionais de proteção de direitos humanos⁴ específicos anteriores à Segunda Guerra Mundial, como as Convenções de Genebra de 1864, 1906 e de 1929⁵⁶ (núcleo do chamado Direito Internacional Humanitário)⁷, na visão de Flávia Piovesan, o campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos é o Direito do Pós-Guerra, nascido como resposta aos horrores perpetrados pelo nazismo, em que o Estado atuou como violador de direitos humanos.^{8 9}

De acordo com a referida autora “a barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor-fonte do Direito.”¹⁰

Portanto, se a Segunda Guerra Mundial significou a ruptura com tais direitos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução.¹¹

Importante registrar que, até a primeira metade do século XX, não havia órgão de implementação e proteção dos direitos humanos, que, no plano internacional, era feita pelo mecanismo das relações interestatais.¹²

4 “A expressão direitos humanos foi retomada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.” CARMO NETO. Manuel Bonfim do. O papel dos sistemas regionais na proteção dos direitos fundamentais. Revista Mestrado em Direito. Osasco. Ano 8, n 1, 2008. Disponível:<<http://132.248.9.34/hevila/Revistamestradoemdireito/2008/vol8/no1/16.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2016.

5 GASPARETO JÚNIOR, Antonio. *Convenções de Genebra*. Disponível em < <http://www.infoescola.com/historia/convencoes-de-genebra/>>. Acesso em 03/010/2016.

6 Tais convenções, aí incluídos a Quarta Convenção de 1949 e seus protocolos adicionais, visavam proteger a dignidade dos combatentes ou não combatentes em tempos de guerra.

7 “AS CONVENCOES DE GENEBRA

As Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais constituem o núcleo do Direito Internacional Humanitário (DIH), o qual regula a condução dos conflitos armados e busca limitar os seus efeitos. Protegem as pessoas que não participam e as que deixaram de participar das hostilidades.” COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. Convenções de Genebra. Disponível em: < <https://www.icrc.org/pt/guerra-e-o-direito/tratados-e-direito-consuetudinario/convencoes-de-genebra>>. Acesso em: 03/10/2016.

8 PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, 49.

9 _____. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006, p.8

10 PIOVESAN, 2006, p. 9.

11 Nesse sentido, cf. BUERGENTHAL. Thomas, 1988 apud PIOVESAN, Flavia, 2006. p.9.

12 CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *A importância dos Direitos Regionais na proteção dos Direitos Humanos e a implementação das decisões de responsabilização internacional do Estado*. Breve análise do caso brasileiro. Lex Magister.

Assim, diante da necessidade de mecanismos, instituições e instrumentos voltados à proteção e à defesa dos direitos humanos, em 1945, foi editada a Carta Internacional de São Francisco, tratado internacional que impôs aos Estados o respeito aos direitos fundamentais dos seres humanos e que criou a Organização das Nações Unidas.¹³

Nesse sentido, o autor André de Carvalho Ramos¹⁴:

O passo decisivo para a internacionalização da temática dos direitos humanos foi com a edição da Carta Internacional de São Francisco, que além de mencionar expressamente o dever de promoção dos direitos humanos por parte dos Estados signatários, estabeleceu tal promoção como um dos pilares da Organização das Nações Unidas, então criada.

Desta forma, alguns autores consideram a Carta de São Francisco o marco histórico para a internacionalização dos direitos humanos, a despeito da importância dos tratados internacionais anteriores,

que se dedicaram a temas de suma importância como a abolição da escravidão, a proteção dos trabalhadores e a criação da Organização Internacional do Trabalho, a proteção das minorias no período pós-Primeira Guerra Mundial, entre outros.¹⁵

Registre-se, por sua vez, que a Carta de São Francisco “criou as condições necessárias à aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sob o foro de Resolução da Assembleia Geral da ONU, em 1948”.¹⁶

Tal Declaração de 1948 apresentou uma concepção contemporânea de direitos humanos que tem como características a universalidade e indivisibilidade desses direitos.

A universalidade se traduz no conceito de que “a condição de pessoa é requisito único para a titularidade de direitos [...]”. Já a indivisibilidade significa que a “garantia dos direitos civis e políticos é condição para

São Paulo. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_24098176_A_IMPORTANCIA_DOS_SISTEMAS_REGIONAIS_DE_PROTECAO_DOS_DIREITOS_HUMANOS_E_A_IMPLEMENTACAO_DAS_DECISoes_DE_RESPONSABILIZACAO_INTERNACIONAL_DO_ESTADO_BREVE_ANALISE_DO_CASO_BRASILEIRO.aspx>. Acesso em: 25 set. 2016.

13 CARMO NETO. op. cit., p. 313.

14 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 50.

15 CARMO NETO. op. cit., 314.

16 Ibid.

a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são.”¹⁷

Durante o processo de universalização dos direitos humanos, sob a ótica da concepção contemporânea de direitos humanos, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1966, ratificou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Esses documentos de direito internacional somados à Carta de São Francisco e a Declaração Universal dos Direitos Humanos integram o sistema internacional de proteção aos direitos Humanos.

Assim, tem-se um sistema global, instituído no âmbito da ONU, inaugurado por diversos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e que são monitorados por “comitês” criados pelos referidos tratados.¹⁸

Compete aos comitês a apreciação de relatórios formulados por Estados-partes a respeito das medidas tomadas em seu âmbito doméstico para a implementação do tratado, a realização de investigações *in loco*, a apreciação de comunicações interestatais, bem como de petições individuais.¹⁹

Contudo, importante registrar a inexistência de um órgão judicial de defesa dos direitos humanos no sistema global cuja *proteção*

restringe-se ao *power of shame* e ao *power of embarrassment* da comunidade internacional, *destituída de ‘garras e dentes’, ou seja, de capacidade sancionatória*, para enfrentar com maior juridicidade, violações de direitos humanos perpetrados pelos Estados ²⁰ (*grifo nosso*)

Destaque-se que paralelamente à edição de textos pela Organização das Nações Unidas, foram editados documentos de proteção aos direitos humanos de alcance regional, compilados em Cartas de Direitos Humanos proclamadas em diversas partes do mundo.²¹

17 PIOVESAN, 2006, p.13.

18 CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *A importância dos Direitos Regionais na proteção dos Direitos Humanos e a implementação das decisões de responsabilização internacional do Estado*. Breve análise do caso brasileiro. Lex Magister. São Paulo. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_24098176_A_IMPORTANCIA_DOS_SISTEMAS_REGIONAIS_DE_PROTECAO_DOS_DIREITOS_HUMANOS_E_A_IMPLEMENTACAO_DAS_DECISOES_DE_RESPONSABILIZACAO_INTERNACIONAL_DO_ESTADO_BREVE_ANALISE_DO_CASO_BRASILEIRO.aspx>. Acesso em: 25 set. 2016.

19 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos: fundamentos, proteção e implementação*. Curitiba: Juruá. 2007, p. 309-310.

20 Ibid., p. 309.

21 CARMO NETO, op. cit., 314.

Assim, ao lado do sistema normativo global, surgiram os sistemas regionais de proteção e defesa dos direitos humanos que tem por fim internacionalizar esses direitos no âmbito regional.²²

São três os principais sistemas regionais: o interamericano, o europeu e o africano, havendo incipientes na Ásia e nos países árabes.²³

Cumprir registrar que o sistema global e o regional não são dicotômicos, mas são complementares, conforme afirma Flavia Piovesan²⁴:

O sistema global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Nessa ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, tais sistemas se complementam, somando-se ao sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Essa é aliás, a lógica e a principiologia próprias do Direito dos Direitos Humanos.

Desta forma, observa-se que a coexistência do sistema global e dos sistemas regionais contribui para a maior eficácia da proteção dos Direitos Humanos.

1.1 Sistema europeu

O sistema europeu surgiu como resposta às atrocidades praticadas ao longo da Segunda Guerra Mundial, com o fim de estabelecer parâmetros protetivos mínimos relativos à dignidade humana, caracterizado pela busca de integração e cooperação dos países da Europa Ocidental, bem como de consolidação de valores relacionados à proteção dos direitos humanos.²⁵

22 Conforme preceitua Fiorati: "Embora o surgimento de sistemas regionais de proteção dos direitos humanos tenha sido inicialmente alvo de algumas críticas, sobretudo em razão da característica da universalidade de tais direitos, hoje não se questionam seus benefícios. A proximidade entre países de uma mesma região possibilita que uns influenciem o comportamento de outros e, assim, seja assegurada a observância a padrões comuns de respeito aos direitos humanos. Além disso, a comunhão de valores e condições socioeconômicas facilita a formulação de um standard mínimo de aplicação e interpretação dos tratados protetivos dos direitos humanos, que possam servir como parâmetros inderrogáveis pelos Estados. (Fiorati. Jete Jane, 1995 apud CAMPOS, op. cit.)

23 CARMO NETO, op. cit, p. 314.

24 PIOVESAN, 2006, p. 14

25 PIOVESAN, 2006, p. 63.

O referido sistema tem como principal instrumento de proteção dos direitos fundamentais a Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950, que amparou “os direitos civis e políticos, ilustrando o ideário democrático liberal e individualista da época, tendo sido somados a estes os direitos sociais, econômicos e culturais com o advento da Carta Social Europeia, que entrou em vigor em 1965”.²⁶

Estabelece o artigo 1º da Convenção²⁷ a obrigação geral dos Estados-partes de respeitar os direitos humanos, nestes termos: “Os Estados-partes devem assegurar a todas as pessoas sob a sua jurisdição os direitos e as liberdades enunciados na Seção I desta Convenção.”

Assim devem os Estados adotar as medidas necessárias no âmbito interno para compatibilizar o direito local com os parâmetros da Convenção visando a sua implementação.²⁸

Originalmente, a Convenção previu a Comissão e as Cortes Europeias como meios de proteção. Com o surgimento do Protocolo nº 11 (1994/1998), no entanto, instituiu-se uma Corte única, denominada Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), que não é órgão da União Europeia, mas sim uma jurisdição do Conselho da Europa (CE).²⁹

Portanto, observa-se que com o Protocolo “alcança-se a máxima justicialização do sistema, com a criação de uma Corte permanente a qual todo e qualquer indivíduo, grupos de indivíduos ou ONGs passa a ter direto acesso”.³⁰

Nesse sentido, estabelece o artigo 32 da Convenção Europeia o direito de petição à Corte, no qual os indivíduos tem pleno *locus standi* perante a Corte Europeia, na medida em que qualquer pessoa, grupo ou organização não governamental tem acesso direto a ela.³¹

Por sua vez, o artigo 34 prevê como obrigatória a competência jurisdicional da Corte Europeia que possui atribuição contenciosa e restrita competência consultiva.³²

No tocante à competência consultiva, preceitua o artigo 47³³ da Convenção que cabe à Corte, por solicitação do Comitê de Ministros,

26 CARMO NETO. op. cit., p 316.

27 CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM COM AS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELOS PROTOCOLOS Nos 11 e 14. Disponível em < http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf > Acesso em 25 set. 2016.

28 PIOVESAN, 2006, p. 66

29 CAMPOS, , op. cit.

30 PIOVESAN, 2007, p. 310.

31 PIOVESAN, 2006, p. 76.

32 CARMO NETO, op. cit.

33 CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM COM AS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELOS PROTOCOLOS NOS 11 e 14, op. cit.

emitir pareceres sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e dos seus protocolos.

No entanto, estabelece o mencionado dispositivo que tais pareceres não podem incidir sobre questões relativas ao conteúdo ou à extensão dos direitos e liberdades definidos no título I da Convenção e nos protocolos, nem sobre outras questões que, em virtude do recurso previsto pela Convenção, possam ser submetidas ao Tribunal ou ao Comitê de Ministros.

Em relação à competência contenciosa, suas decisões são juridicamente vinculantes e têm natureza declaratória.

Ao apreciar a petição, nos termos do artigo 35 da Convenção, a Corte inicialmente verifica se foram preenchidas as condições de admissibilidade ali previstas, cujo teor foi sistematizado pela autora Flavia Piovesan³⁴:

- a) esgotamento prévio dos recursos internos; b) observância do prazo de 6 meses, a contar da data da decisão definitiva; c) não ser anônima; d) inexistência de litispendência internacional; e) não ser manifestamente infundada; e f) não constituir um abuso de direito de petição. Além disso, o Estado denunciado como violador deve ser parte da Convenção.

Caso seja declarada a inadmissibilidade da petição, a decisão será definitiva, não podendo ser objeto de apelação. Por outro lado, se declarada a sua admissibilidade, a Corte buscará uma solução amistosa e em não logrando êxito, serão fixados prazos para a apresentação de memoriais e se decidirá a necessidade de audiência.³⁵

De acordo com o artigo 41³⁶ da Convenção, ao final do procedimento, se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário.

Registre-se que, se a natureza da violação permitir a restituição integral, caberá ao Estado efetivá-la, não dispondo a Corte nem do poder, e nem da possibilidade prática de fazê-lo.³⁷

Por outro lado, se a legislação nacional não permitir ou permitir parcialmente que a reparação seja feita, em decorrência da violação, é

³⁴ PIOVESAN, 2006, p. 77.

³⁵ PIOVESAN, 2006, p. 78.

³⁶ CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM COM AS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELOS PROTOCOLOS Nº 11 e 14, op. cit.

³⁷ PIOVESAN, 2006, p. 79.

possível à Corte assegurar à vítima a compensação apropriada, segundo prescreve o já citado artigo 41 da Convenção.

Portanto, as decisões da Corte podem determinar compensação financeira à vítima, bem como alterações legislativas no direito interno dos Estados a fim dar maior proteção aos direitos fundamentais.³⁸

Destaque-se que a Convenção não prevê expressamente, nos seus dispositivos, autorização à Corte para que ordene medidas com o fim de salvaguardar os direitos da vítima, cabendo à Corte nos casos urgentes, apenas notificar o Estado para que não adote providências que dificultem o desenvolvimento do caso.³⁹

Após proferida a decisão pela Corte, compete ao Comitê de Ministros supervisionar sua execução, de acordo com o artigo 46⁴⁰ da Convenção.

Por fim, no caso de não cumprimento das decisões proferidas pela Corte, é possível a expulsão do Estado violador do Conselho da Europa, conforme estabelecem os artigos 3º e 8º de seu estatuto.⁴¹

O sistema europeu tem revelado alto grau de cumprimento das decisões proferidas pela Corte, tendo em vista a conjugação dos seguintes fatores: a) estão envolvidos países que tradicionalmente acolhem o princípio do Estado de Direito; b) expressam a identidade de valores democráticos e de direitos humanos compartilhados por aqueles Estados na busca da integração política; c) credibilidade alcançada pela Corte, por atuar com justiça, equilíbrio e rigor intelectual.^{42 43 44}

38 CARMO NETO, Manuel Bonfim do, op. cit. Ademais, lecionam os autores David Harris, Michael O'Boyle e Chris Warbrick: "A convenção tem tido um considerável impacto em relação ao direito interno dos Estados-partes. Tem servido como catalisadora de mudanças legais em prol da proteção dos direitos humanos e tem, assim, contribuído com o processo de harmonização do Direito na Europa." (David Harris, Michael O'Boyle e Chris Warbrick, p.VI apud PIOVESAN, 2006, p. 80).

39 PIOVESAN, 2006, p. 81.

40 Art. 46 – 2: A sentença definitiva do Tribunal será transmitida ao Comitê de Ministros, o qual velará pela sua execução.(CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM COM AS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELOS PROTOCOLOS nos 11 e 14, op. cit.)

41 CARMO NETO, op. cit.

42 PIOVESAN, 2006, p. 84.

43 Sobre os incentivos ao cumprimento das decisões da Corte ou Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Cf. DOTHAN, Shai. Judicial Tactics in the European Court of Human Rights. Disponível em: < http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1173&context=public_law_and_legal_theory>. Acesso em 27/09/2016; MILLER, Vaughne EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS RULINGS: ARE THERE OPTIONS FOR GOVERNMENTS? Standard Note: SN/IA/5941 Lasem t updated: 18 April 2011 Section International Affairs and Defence Section. Disponível em: file:///C:/Users/Daniela/Downloads/SN05941%20(1).pdf. Acesso em 27/09/2016.

44 Ainda assim, há casos emblemáticos de desobediência das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, como ocorreu com o Reino Unido, em *Hirst v. UK* N 2. Cf. EUROPA DISCUTE COMO OBRIGAR PAÍSES A RESPEITAR JULGADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS. Revista Consultor Jurídico, 23 de março

Portanto, referido sistema pode ser considerado o mais consolidado e amadurecido sistema regional se comparado aos sistemas interamericano e africano.

1.2 Sistema interamericano

Também é no cenário pós-guerra que é elaborada, no âmbito da Organização dos Estados Americanos – OEA, em abril de 1948, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, documento anterior à própria Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948 e que marca o início da proteção dos direitos humanos no continente americano.

Quando se fala em sistema interamericano, convém pontuar que sua compreensão deve se dar a partir do seu contexto histórico e pelas especificidades da região marcada pela exclusão, desigualdade social, cultura de violência, impunidade, baixa densidade dos Estados de Direito, precária tradição de respeito aos direitos humanos, características que decorrem do que restou dos antigos regimes ditatoriais.⁴⁵

Hoje, o instrumento central de proteção dos direitos humanos nesse sistema é a Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH, firmada em São José da Costa Rica em 1969, mas que só entrou em vigor em 1978.

No Brasil, a CADH foi promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, mas somente em 1998, através do Decreto-Legislativo nº 89, de 1998, foi reconhecida a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos para interpretar e aplicar a Convenção Americana para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62.^{46 47}

Inspirado pela Convenção Europeia, esse documento inicialmente elencou apenas direitos civis e políticos, ao passo que os direitos sociais, culturais e econômicos foram a ele incorporados posteriormente pelo Protocolo de San Salvador em 1988.⁴⁸

de 2015, 16h51. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-23/europa-discute-eficacia-corte-direitos-humanos>>. Acesso em: 28/09/2016.

Sobre os países mais “processados e condenados”, vide: THE GUARDIAN. European Court Of Human Rights: Which Countries Get The Most Judgments? Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/datablog/2012/jan/27/european-court-human-rights-judgments>. Acesso em 27/09/2016.

45 PIOVESAN, 2007, p. 315.

46 CARMO NETO, Manuel Bonfim do, op. cit, p. 317.

47 Cf. SENADO FEDERAL. Decreto-Legislativo nº 89, de 1998. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=150844>>. Acesso em: 28/09/2016.

48 CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós, op. cit.

De acordo com a Convenção Americana, o Estado-parte não só tem a obrigação de respeitar os direitos nela elencados, mas também deve assegurar o seu exercício.⁴⁹

Para implementar referidos direitos, a Convenção estabeleceu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana⁵⁰ é anterior à própria CADH. Antes, consistia numa instância de promoção de direitos humanos, agora numa de fiscalização. Qualquer pessoa, grupo de pessoas ou organismo não governamental (reconhecida pelos Estados-membros da OEA) pode apresentar a ela petições contendo denúncias ou queixas de violações da Convenção por um Estado-parte.

Consoante o art. 41, da CADH, compete à Comissão Interamericana as seguintes funções:

- a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
- b) formular *recomendações* aos governos dos Estados-membros, quando considerar conveniente, no sentido de que adotem *medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos*;
- c) preparar estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
- d) solicitar aos governos dos Estados-membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;
- e) atender às consultas que, por meio da Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados-membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que lhes solicitarem;

49 BUERGENTHAL. Thomas, 1988 apud PIOVESAN, Flavia, 2006. p.89

50 A Comissão Interamericana é integrada por sete membros, de alta autoridade moral e notório saber em matéria de direitos humanos, nacionais de qualquer dos Estados parte da OEA, eleitos pela Assembleia Geral a partir de uma lista de candidatos enviada pelos respectivos Governos, para o exercício de um mandato de quatro anos, com possibilidade de uma reeleição, sendo vedado mais de um membro da mesma nacionalidade. Cf. CARMO NETO, Manuel Bonfim do, op. cit., p.317

- f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e
- g) apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos. (*grifo nosso*)

Assim como ocorre com o sistema europeu, para que uma petição seja admitida perante a Comissão, é necessário que:

- a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos;
- b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;
- c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e
- d) que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.⁵¹

Diferentemente, todavia, do que ocorre com o sistema europeu – onde têm acesso à Corte Europeia indivíduos, grupos e ONGs – no sistema interamericano somente os Estados-Partes ou a própria Comissão pode submeter um caso à CIDH, que, por sua vez consiste no órgão jurisdicional do sistema regional.

Assim como a Corte Europeia, a Corte Interamericana⁵² possui competência contenciosa (art. 63), quando, da violação de um direito ou liberdade protegido pela Convenção, e competência consultiva, mais ampla que a da Corte Europeia (art. 64). Em face desta última competência, é

⁵¹ Art. 46, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Cf BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 25 set. 2016.

⁵² A Corte Interamericana é composta por sete juízes, eleitos a título pessoal pelos Estados signatários da CADH, para um mandato de 6 anos, com possibilidade de uma recondução, com vedação a mais de um juiz da mesma nacionalidade. Cf. CARMO NETO, Manuel Bonfim do, op. cit., p.318.

facultado aos Estados-Membros consultarem a Corte acerca da interpretação da Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.

As decisões proferidas pela Corte têm força jurídica vinculante e obrigam os Estados ao seu imediato cumprimento. De acordo com a literalidade do art. 63, da CADH, em caso de violação de um direito ou liberdade protegido pela Convenção, a Corte poderá determinar que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violado, a reparação das consequências da decorrentes da violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. Essa determinação de compensação financeira à vítima vale como título executivo, em conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença contra o Estado.⁵³

Diferentemente do sistema europeu – onde a fiscalização do cumprimento das decisões da Corte é feita pelo Conselho de Ministros – no sistema interamericano, é a própria CIDH que desempenha esse papel.

Quando Flávia Piovesan realiza um balanço dos diversos aspectos do sistema interamericano, aponta as seguintes conclusões:

- 1) As fragilidades e insuficiências do sistema interamericano decorrem das próprias fragilidades e insuficiências dos sistemas internos dos Estados de proteção de direitos humanos, lembrando se tratar de Estados que, em sua maioria, consistem em regimes democráticos ainda em fase de consolidação;
- 2) O sistema tem se caracterizado como fonte de resposta a graves violações de direitos civis (desaparecimentos forçados, assassinatos, execuções sumárias, em massa, arbitrárias, tortura, violação de direitos de grupos socialmente mais vulneráveis) com destaque aos ocorridos em períodos ditatoriais, o que resulta em repertório temático bem menos diversificado que o do sistema europeu;
- 3) As denúncias das ONGs à Comissão têm sido fundamental para as questões serem submetidas à Corte, sendo o sistema interamericano usado como estratégia para a obtenção de avanços nos sistemas internos de proteção de direitos humanos;

53 PIOVESAN, 2006, p. 104.

- 4) As decisões da CIDH têm produzido um considerável impacto na região, decorrente da sua crescente credibilidade e do monitoramento e fiscalização de suas decisões pela sociedade civil
- 5) Os desafios do sistema podem ser concentrados nas seguintes áreas: a) ampliação da participação da sociedade civil no sistema, mediante o acesso direto dos indivíduos, grupos e ONGs à CIDH; b) fortalecimento da sua capacidade sancionatória; c) fortalecimento da *justiciabilidade* dos direitos econômicos, sociais e culturais; d) reforço da dotação orçamentária do sistema; e) maior comprometimento dos Estados com o fortalecimento do sistema e efetiva proteção a direitos humanos.⁵⁴

2 PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS

O refúgio, mesmo não sendo um fenômeno novo na sociedade, é um tema que atualmente atrai muitos holofotes, e deve ser visto sob a perspectiva da concepção contemporânea de direitos humanos.

Conforme abordado no item referente ao sistema global de proteção de direitos humanos, a Declaração Universal de 1948 introduziu a concepção de que os direitos humanos são universais, pois são inerentes à condição de pessoa, e indivisíveis, na medida em que estão incluídos em seu rol não só os direitos civis e político, mas também os econômicos, sociais e culturais.

Neste enfoque, estabelece o artigo 14⁵⁵ da Declaração Universal de 1948 que: “toda pessoa vítima de perseguição tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países”.⁵⁶

Ademais, decorre do próprio direito de liberdade e igualdade (art. 1º e 7º, da Declaração Universal de 1948) o direito de não sofrer discriminação de qualquer natureza, de onde também nasce o direito de não sofrer perseguição por motivo de raça, religião, nacionalidade, participação de determinado grupo social ou opiniões políticas⁵⁷. E, sendo a pessoa

54 PIOVESAN, Flávia, 2007, p. 315-321.

55 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>> Acesso em: 25 set. 2016.

56 Antes da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (ONU), o direito ao asilo já havia sido reconhecido por alguns tratados regionais, como o Tratado do Direito Penal Internacional de 1889, a Convenção Sobre Asilo Territorial e a Convenção sobre Asilo Diplomático, ambas de 1954. Cf. INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of the Pacheco Tineo Family v. Plurinational State of Bolivia judgment of November 25, 2013: Preliminary objections, merits, reparations and costs. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_ing.pdf>. Acesso em: 21 set, 2016, p.44.

57 PIOVESAN, Flávia, Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 252.

perseguida, ou seja, violada no seu direito de não sofrer perseguição, o art. 14 da Declaração de 1948 lhe reconhece o direito de solicitar asilo ou refúgio.⁵⁸

Desta forma, verifica-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos constitui a fonte dos princípios de proteção dos refugiados.

Nesse sentido, em 1951, foi aprovada a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, documento normativo multilateral que estabelece os direitos subjetivos do refugiado e o dever dos Estados-partes de respeitarem tal condição, bem como internalizarem em seus ordenamentos pátrios estas normas protetoras.⁵⁹

É em conformidade com essa Convenção que se tem determinado a situação das pessoas que atualmente possuem a condição de refugiados em todo mundo.⁶⁰

Cumprir registrar que a Convenção centraliza, num único órgão da ONU, o ACNUR, juntamente com os seus auxiliares, “as tarefas concernentes à implementação e à aplicação eficaz das normas internacionais específicas.”⁶¹

Contudo, necessário esclarecer que a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados⁶² somente compreendia “acontecimentos antes de 1o de janeiro de 1951”.

Assim, tendo em vista a necessidade de modernizar os dispositivos sobre proteção dos refugiados, os Estados-partes daquela Convenção, em 31 de janeiro de 1967, na sede da ONU, assinaram o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, cujo dispositivo principal manteve a definição de refugiado, mas excluiu a menção relativa aos acontecimentos anteriores a 1º de janeiro de 1951.⁶³

Para a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, considera-se então refugiado a pessoa que, temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país.⁶⁴

58 PIOVESAN, Flávia, *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 252.

59 SOARES, Guido Fernando Silva. Os Direitos Humanos e a Proteção dos Estrangeiros. *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 162, p.192, abr./jun. 2004. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/954>> Acesso em: 25 set. 2016.

60 PIOVESAN, 2014, p. 252

61 SOARES, op. cit., p.193.

62 CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS (1951). Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 28/09/2016.

63 SOARES, op. cit., p.193.

64 Cf. *Manual de Procedimentos e Critérios Para a Determinação Da Condição De Refugiado* de acordo com a Convenção De 1951 e o Protocolo de 1967 relativos Ao Estatuto Dos Refugiados, vide <http://www.acnur.org>.

Ademais, observa-se, nos sistemas regionais africano e interamericano de proteção dos direitos humanos, a intenção de ampliar o conceito de refugiado estabelecido pelo sistema global de proteção, destacando-se, nesse sentido, a Convenção da Organização da Unidade Africana de 1969 e a Declaração de Cartagena de 1984, aplicável aos países da América Latina.⁶⁵

Portanto, constata-se que a definição de refugiado prevista na Convenção de 1951 e no Protocolo de 1967 está em perfeita consonância ao contido no artigo 14 da Declaração Universal de 1948, não sendo possível, na visão de Flávia Piovesan, “conceber o Direito Internacional dos Refugiados de maneira independente e desvinculada do Direito Internacional dos Direitos Humanos”.⁶⁶

Afirma ainda a autora que os refugiados passam a essa condição porque um ou mais direitos fundamentais, entre eles o de não sofrer perseguição, são ameaçados. Assim, cada refugiado é consequência de um Estado que viola os direitos humanos, motivo pelo qual a proteção internacional dos refugiados deve ser considerada à luz da concepção contemporânea dos direitos humanos que traz em seu bojo, conforme já mencionado, as características da universalidade e da indivisibilidade.

Desta forma, os refugiados são titulares de direitos humanos, cuja proteção alcança tanto direitos civis e políticos como direitos sociais, econômicos e culturais.

Registre-se que os direitos fundamentais dos refugiados devem ser observados antes, durante e depois da solicitação de asilo.⁶⁷

Assim, considerando que a decisão sobre a concessão de refúgio visa materializar o direito à integridade humana, deve ser adotado um processo rápido e flexível, sendo concedido aos solicitantes de asilo o direito de apresentar o seu pedido perante a autoridade competente, não sendo possível admitir que funcionários de fronteiras impeçam o seu exercício.⁶⁸

Além disso, o artigo 33⁶⁹ da Convenção de 1951 previu o Princípio do *non-refoulement*, ou seja, o direito de o refugiado não ser devolvido ou repatriado:

Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua

org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documents/portugues/Publicacoes/2013/Manual_de_procedimentos_e_criterios_para_a_determinacao_da_condicao_de_refugiado

65 PIOVESAN, 2014, p. 250.

66 Ibid., p. 253.

67 Ibid., p. 258.

68 Ibid., p. 260.

69 CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS (1951), op. cit.

religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas.

Destaque-se que o *status* de refugiado confere ainda os seguintes direitos previstos, segundo a Convenção⁷⁰: a) direito de não sofrer discriminação por motivo de raça, religião ou país de origem, no art. 3º; b) direito à liberdade religiosa, no art. 4º; c) direito à propriedade, no art.13; d) direito à propriedade intelectual e industrial, no art. 14; e) direito de associação, no art. 15, f) direito de livre acesso ao Poder Judiciário e à assistência jurídica, no art. 16; g) direito ao trabalho, no art. 17; h) direito à educação, devendo os estados conceder-lhes o mesmo tratamento que aos nacionais em matéria de ensino primário, no art. 22; e i) documentos de identidade, no art. 27.

Por fim, necessário se faz ressaltar a existência de resistência dos Estados em conceder o refúgio, uma vez que a decisão encontra-se no campo de discricionariedade estatal, embora o direito ao asilo esteja internacionalmente assegurado.⁷¹

Desta forma, existe uma necessidade de reduzir o alcance dessa discricionariedade para que ocorra a efetiva implementação do direito internacionalmente protegido.⁷²

Por oportuno, a título de curiosidade, mister se faz distinguir o asilo político regulado nos usos e costumes regionais da América Latina, que não se confunde como asilo previsto na Declaração Universal de 1948, do qual decorre o instituto do refúgio previsto na Convenção de 1951 e no Protocolo de 1967.⁷³

Nesse diapasão, vale esclarecer que a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece a existência de um conceito regional de asilo (*The Latin American Asylum Tradition*) que o associa à perseguição política. Esse conceito de asilo evoluiu junto com o sistema interamericano, iniciado com a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem 1948, que, em seu art. 27, reconhecia a toda pessoa o direito de procurar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição não motivada por delitos de direito comum, e de acordo com a legislação de cada país e com as convenções internacionais.⁷⁴ Nesse mesmo ano, esse direito foi

70 PIOVESAN, 2014, p. 258.

71 Ibid, p. 262.

72 Ibid., p.262.

73 SOARES, op. cit., p.193.

74 INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of the Pacheco Tineo Family v. Plurinational State of Bolivia*, judgment of November 25, 2013: Preliminary objections, merits, reparations and costs. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_ing.pdf >. Acesso em: 21 set, 2016, p.44-45.

reconhecido em nível universal pelo art. 14, da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de dezembro 1948. Assim, o asilo político é instituto jurídico que alcança apenas a América Latina, ao contrário do refúgio que é universal.⁷⁵

Como visto, o asilo é medida política, sua decisão tem efeito constitutivo, depende exclusivamente da vontade do país que o concede, e tem como pressuposto a efetiva perseguição da pessoa, ao contrário do refúgio, no qual a decisão é declaratória e se exige apenas que exista o fundado temor de perseguição.⁷⁶

A despeito das diferenças, ambos são objeto de proteção internacional, por terem como fim a proteção da pessoa humana.

Cumpra agora verificar a forma como as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos têm protegido o refúgio, mediante a exposição de quatro casos concretos.

3 PROTEÇÃO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS A REFUGIADOS⁷⁷

3.1 Caso Hirsi Jamaa e outros contra a Itália

De acordo com o inteiro da sentença proferida pela Corte Europeia de Direitos Humanos - CEDH, os requerentes (11 nacionais da Somália e 13 da Eritreia) faziam parte de um grupo de cerca de duzentas pessoas que haviam partido de navio da Líbia para a Itália.⁷⁸

No dia 6 de maio de 2009, quando o navio se encontrava a cerca de 35 milhas náuticas da Ilha de Lampedusa, dentro da Zona de Responsabilidade Maltesa de Busca e Salvamento, ele foi interceptado por três navios da *Guarda di Finanza* e da guarda costeira italiana.⁷⁹ Sem que houvesse qualquer tipo de comunicação com os estrangeiros, os oficiais italianos

⁷⁵ SOARES, op. cit.

⁷⁶ PIOVESAN, 2014, p. 264.

⁷⁷ Outros casos envolvendo refúgio: I.M. v. France (<http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-im-v-france-application-no-915209-0>); <http://www.conjur.com.br/2014-nov-26/corte-europeia-decidir-gay-perseguido-pais-direito-asilo>; <http://www.cedin.com.br/corte-europeia-de-direitos-humanos-decide-sobre-caso-tarakhel-v-suica/>

⁷⁸ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. GRAND CHAMBER. CASE OF HIRSI JAMAA AND OTHERS V. ITALY . *Application n. 27765/09. Judgement*. Disponível em: < <http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/www.asylumlawdatabase.eu/files/aldfiles/Original%20judgment%20-%20HIRSI%20JAMAA%20AND%20OTHERS%20v.%20ITALY.pdf>> Acesso em 02/10/2016.

⁷⁹ Ibid, p. 3.

colocaram essas pessoas em navio de bandeira italiana e os levaram à Líbia, onde foram entregues ao governo daquele país.⁸⁰

No entanto, apesar de os 24 imigrantes serem solicitantes de refúgio, em nenhum momento, fizeram esse pedido às autoridades italianas por acreditarem que haviam sido resgatados do alto mar para serem levados à Ilha de Lampedusa.⁸¹

Sobre o caso, o ministro italiano do interior afirmou que a operação para interceptar os navios em alto mar e retornar os imigrantes para a Líbia foi consequência da entrada em vigor, em 4 de janeiro de 2009, de acordos bilaterais concluídos com a Líbia, e representou um importante passo na luta contra a imigração clandestina.⁸²

A Itália questionou, preliminarmente, a legitimidade da representação dos autores, bem como o fato de não ter havido esgotamento dos recursos legais internos em solo italiano para que o pleito fosse apresentado à Corte. “A representação jurídica apresentada possuía vícios formais diversos, tais como: (i) falta de data e lugar da assinatura, (ii) ausência de referência ao número do procedimento, (iii) identificação insuficiente dos autores (sobrenome, nome, assinatura e impressão digital) e (iv) impossibilidade de confrontar a comunicação eletrônica com as assinaturas dos instrumentos”.⁸³

Por outro lado, os representantes das vítimas aduziram que “(i) os vícios formais não são suficientes para anular as procurações, (ii) muitas das dificuldades de identificação decorrem diretamente das ações contestadas pelos autores, (iii) que vários peticionários foram identificados pelo ACNUR e, que (iv) apesar das dificuldades de comunicação, mantém contato com alguns representados, o suficiente para caracterizar a representação no caso em tela”.⁸⁴

As questões preliminares arguidas pela Itália foram rejeitadas pela CEDH que deu prosseguimento ao caso.⁸⁵ No mérito, a decisão proferida

80 EUROPEAN DATABASE OF ASYLUM LAW. ECtHR - Hirsi Jamaa and Others v Italy [GC], Application No.27765/09. Disponível em: <<http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/www.asylumlawdatabase.eu/files/alldfiles/Original%20judgment%20-%20HIRSI%20JAMAA%20AND%20OTHERS%20v.%20ITALY.pdf>> Acesso em 28/09/2016, p. 5.

81 Ibid.

82

83 BATISTA CLARO, Carolina de Abreu. O caso Hirsi Jamaa e outros vs. Itália e a responsabilidade estatal no tratamento de estrangeiros. *Revista de Estudos Internacionais (REI)*, ISSN 2236-4811, Vol. 1 (2), 2010, p. 164. Disponível em: <<http://www.revistadeestudosinternacionais.com/uepb/index.php/rei/article/viewFile/31/pdf>> Acesso em: 28/09/2016.

84 BATISTA CLARO, Carolina de Abreu, op.cit.,

85 Ibid.

pela Corte, em 23 de fevereiro de 2012, foi unânime e não deixa dúvidas da importância dos direitos por ela protegidos no julgamento do caso.⁸⁶

A CEDH se pronunciou no sentido de que a Itália violou o princípio do *non-refoulement*, além dos princípios de vedação da tortura e de outros tratamentos desumanos ou degradantes, de expulsões coletivas de nacionais e estrangeiros, e do direito a um recurso efetivo, assegurados pelo art. 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, pelos arts. 3º e 4º do Protocolo IV e pelo art. 13º, da Convenção.

A Corte ainda determinou que a Itália arcasse com todos os custos processuais do processo (1575,74 euros) e indenizasse cada um dos imigrantes em 15 mil euros, por danos morais ou imateriais.

No caso em tela, a jurisdição italiana foi reconhecida pelo navio de bandeira italiana que transportou os imigrantes somalis e eritreus até Trípoli.⁸⁷

Ao reconhecer a responsabilidade internacional da Itália face aos 24 demandantes, no caso *Hirsi Jamaa e outros*, a CEDH consolidou o entendimento de que o Estado possui obrigações relativas à proteção internacional da pessoa humana que devem ser observadas ainda que isso resulte em “desrespeitar tratado bilateral em vigor entre os Estados (no caso, o moralmente dubio tratado de cooperação com a Líbia que determinava cooperação para transporte e devolução de imigrantes clandestinos)”.⁸⁸

4.2 Caso m.S.S contra a Bélgica e a Grécia

O caso *M.S.S. contra Bélgica e Grécia* se refere à fuga de um cidadão afegão, de Kabul, em 2008, para procurar asilo na União Europeia. Ele entrou pela Grécia, mas só solicitou asilo na Bélgica. Em razão de o Regulamento de Dublin (tratado que estabelece critérios para identificar o Estado responsável pela análise de um pedido de asilo) apontar a Grécia como responsável pela análise do pedido de asilo, as autoridades belgas o restituíram para aquele país. Na Grécia, o requerente foi detido

⁸⁶ EUROPEAN DATABASE OF ASYLUM LAW. ECtHR - *Hirsi Jamaa and Others v Italy* [GC], Application No.27765/09. Disponível em: <<http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-hirsi-jamaa-and-others-v-italy-gc-application-no-2776509>> Acesso em: 28/09/2016. Consta no resumo da decisão que: “The Applicants fell within the jurisdiction of Italy for the purposes of Article 1 of the European Convention on Human Rights. There had been two violations of Article 3 of the Convention because the Applicants had been exposed to the risk of ill-treatment in Libya and of repatriation to Somalia or Eritrea. There had been a violation of Article 4 of Protocol No. 4. There had been a violation of Article 13 taken in conjunction with Article 3 and with Article 4 of Protocol No.4.”

⁸⁷ BATISTA CLARO, Carolina de Abreu, op. cit., p.167.

⁸⁸ Ibid.

e posteriormente abandonado sem alojamento nem assistência na prestação de quaisquer necessidades básicas.⁸⁹

A vítima alegou violação, pela Grécia, do art. 3.º⁹⁰, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, devido às condições de detenção a que fora submetida e à ausência de proteção mínima que a deixou desalojada por um longo período, bem como a violação do ar. 13º⁹¹, sob o fundamento de que teria direito a um recurso efetivo, em conjugação com os artigos 2º⁹² e 3.º, em razão das falhas no procedimento de asilo.⁹³

Ademais, afirmou a violação por parte da Bélgica dos mesmos dispositivos, por tê-lo exposto ao risco de tratamento desumano e degradante ao transferi-lo para a Grécia, apesar de terem sido apresentados fundamentos que impedissem tal transferência.⁹⁴

No julgamento prolatado em 21 de janeiro de 2011, a Corte decidiu que a Grécia violou o artigo 3º da Convenção Europeia, tendo em vista as condições desumanas de detenção a que fora submetido o requerente naquele país.⁹⁵

Por sua vez, nos termos da referida decisão, houve violação do art. 13º combinado com o artigo 3º, ambos da Convenção, diante das falhas do trâmite do procedimento referente ao asilo.⁹⁶

Em relação à Bélgica, foi definido pela Corte que houve violação do citado art. 3º sob o argumento de que o requerente, ao ser transferido para Grécia, foi exposto a riscos diante do deficitário trâmite procedimental relativo ao caso, e das precárias condições de vida a que foi sujeito na Grécia.⁹⁷

Ademais, o artigo 13º conjugado com o artigo 3º também restou violado, ante a ausência de um recurso efetivo contra a ordem de expulsão efetivada pela Bélgica.

Por fim, ambos os países foram condenados ao pagamento de compensação financeira, nos termos do artigo 41 da Convenção.

89 EUROPEAN DATABASE ON ASYLUM LAW. EcThr – M.S.S v Belgium and Greece [GC], Application No. 30696/09. Disponível em: <<http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-mss-v-belgium-and-greece-gc-application-no-3069609>> Acesso em: 29/09/2016.

90 Art. 3º Vedação à tortura, a penas ou a tratamentos desumanos ou degradantes. CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM COM AS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELOS PROTOCOLOS NOS 11 e 14. Disponível em <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf> Acesso em 25 set. 2016.

91 Art. 13º: Direito a um recurso efetivo, Ibid.

92 Art. 2º. Direito à vida, Ibid.

93 Ibid.

94 Ibid.

95 EUROPEAN DATABASE OF ASYLUM LAW, op. cit.

96 Ibid.

97 Ibid.

De acordo com a Recomendação da Comissão Europeia da União Europeia⁹⁸ de 10.2.2016⁹⁹, a Grécia se comprometeu a reformar o seu sistema de asilo com base num plano de ação nacional para a reforma do direito de asilo e a gestão das migrações, apresentado em agosto de 2010 e revisto em janeiro de 2013.¹⁰⁰

Consta da citada recomendação que as autoridades gregas, com o fim de resolver as graves deficiências do seu sistema de asilo, solicitaram, em 2011, ao Gabinete Europeu de Apoio em matéria de Asilo (EASO), a concessão de ajuda de emergência ao país, o qual que prestou apoio operacional à Grécia entre 1 de abril de 2011 e 31 de dezembro de 2014, nestes termos:

Durante esse período, foram destacadas equipes de apoio especializadas em matéria de asilo para ajudar a Grécia a criar três novos serviços, bem como a acolher as pessoas vulneráveis, a tratar os pedidos de proteção internacional que se encontravam pendentes em segunda instância e a reforçar a capacidade de absorção de fundos da União Europeia. Em 4 de dezembro de 2014, a Grécia apresentou ao EASO um novo pedido de apoio especial. Esse apoio tem vindo a ser prestado e sê-lo-á até ao final de maio de 2016.¹⁰¹

Destaque-se que a Comissão tem adotado medidas para ajudar a suprir as deficiências do sistema de asilo grego e tem acompanhado a forma como têm sido aplicadas as medidas previstas no plano de ação da Grécia, prestando apoio financeiro e técnico com o fim de dar uma resposta concreta às preocupações suscitadas nos processos abertos por infração.¹⁰²

4. PROTEÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO A REFUGIADOS

4.1 Caso família Pacheco Tineo contra a Bolívia

No âmbito do sistema interamericano, o primeiro caso de refúgio julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos foi o de nº 14.474, da Família Pacheco Tineo contra o Estado Plurinacional da Bolívia.

98 Órgão da União Europeia e não do sistema europeu de direitos humanos

99 COMISSÃO EUROPEIA. Recomendação da Comissão Europeia de 10.2.2016 dirigida à República Helénica sobre as medidas que a Grécia deve adotar com urgência para permitir a retoma das transferências ao abrigo do Regulamento (UE) n.º 604/2013. Disponível em: <http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/commission_recommendation_addressed_to_the_hellenic_republic_20160210_pt.pdf> Acesso em : 29/09/2016.

100 Ibid.

101 Ibid.

102 RECOMENDAÇÃO DA COMISSÃO de 10.2.2016 dirigida à República Helénica sobre as medidas que a Grécia deve adotar com urgência para permitir a retoma das transferências ao abrigo do Regulamento (UE) n.º 604/2013, op. cit.

Nesse caso, também foi levantada, pela primeira vez, a obrigação de os Estados analisarem adequadamente os pedidos de asilo e o dever de não devolução (ou *non-refoulement*) de pessoas a países onde suas vidas, segurança e/ou liberdade estejam em risco de violação por razão de raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas (principio da não devolução ou *non-refoulement*), ¹⁰³ protegido pelo art. 22.8, da CADH.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu o caso à CIDH, no dia 21 de fevereiro de 2012, a qual, na sentença prolatada no dia 25 de novembro de 2013, entendeu que o Estado da Bolívia era internacionalmente responsável pela violação do direito de buscar e receber asilo, do principio da não devolução, das garantias judiciais, da proteção judicial, da integridade psíquica e moral, da proteção das crianças e da família, reconhecidos pelos arts. 22.7, 22.8, 8, 25, 5.1, 19 e 17, da Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH, em detrimento dos cinco membros da família Pacheco Tineo¹⁰⁴.

Nesse caso, os peticionários buscaram a responsabilização do Estado da Bolívia em função dos fatos que ocorreram em 2001, quando a família Pacheco Tineo decidiu retornar ao território boliviano, em 19/02/2001 (já haviam lá residido na condição de refugiados, de 1995 a 1998), sem passar pelo controle migratório. No dia seguinte ao ingresso, a família Pacheco Tineo compareceu ao Serviço de Imigração da Bolívia, para informar a sua intenção de atravessar a fronteira para o Chile e solicitar ajuda para a viagem. Ocorre que, o Serviço de Imigração da Bolívia, além de reter os passaportes da família, apesar da comprovação do status de refugiada no Chile, prendeu a Sra. Fredesvinda ¹⁰⁵, que terminou sendo, tendo sido libertada no dia 22/02/2001 por força de um fax recebido da CEB-UNHCR (Conferência Episcopal da Bolívia que na época respondia pelo ACNUR na Bolívia).

Na tarde do dia 21/02/2001, porém, a Comissão Nacional de Refugiados – CONARE, sem a oitiva das partes interessadas, nem avaliação

103 BATROS, Bem. *Case Watch: Interamerican Court do Consider Refugee Status Determinations*. Disponível em: <<https://www.opensocietyfoundations.org/voices/case-watch-inter-american-court-to-consider-refugee-status-determinations>>. Acesso em: 20 set, 2016.

104 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de abril de 2015*. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Supervisión de cumplimiento de sentencia Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/pachecotineo_17_04_15.pdf>. Acesso em: 26 set, 2016.

105 C/INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of the Pacheco Tineo Family v. Plurinational State of Bolivia, judgment of November 25, 2013*: Preliminary objections, merits, reparations and costs. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_ing.pdf>. Acesso em: 21 set, 2016.

das circunstâncias do caso concreto, denegou o pedido de refúgio da Família Pacheco Tineo.

No dia 23/02/2001, o Serviço de Imigração da Bolívia, em face de solicitação do Ministério Público, decidiu determinar a deportação da família Pacheco Tineo, por violação à legislação imigratória. Nesta mesma data, o Cônsul Geral do Chile em La Paz informou ao Serviço de Imigração da Bolívia a concessão de autorização do Ministro de Interiores do Chile para o ingresso da família no território chileno, solicitou a devolução dos passaportes da família e comunicou a possibilidade de a família viajar ao Chile pela via terrestre. No dia 24 de fevereiro de 2001, no entanto, foi cumprida a ordem de deportação da família Pacheco Tineo para o Peru.¹⁰⁶

As vitimas relataram ainda que elas foram detidas na cidade de Puno, na fronteira do Peru, até o dia 03/03/2011, quando os pais foram separados dos filhos menores e transferidos para Lima, onde permaneceram até dia 3 de julho de 2001, somente conseguindo o Sr. Rumaldo e Sra. Fredesvinda, respectivamente, retornar ao território chileno em 1º e 7 de agosto de 2001.

Por força desses fatos, o caso foi submetido à CIDH, a qual fundamentou a responsabilização do Estado nos seguintes fundamentos:

- a) a necessidade de se observar, nos procedimentos migratórios capazes de resultarem na expulsão ou deportação de estrangeiros, garantias processuais mínimas¹⁰⁷ e o princípio da não devolução, em face de o art. 22.8, da CADH, vedar a expulsão ou devolução de estrangeiro a país, de sua origem ou não, mesmo que não se trate de refugiado, quando, naquele país houver risco de violação de seu direito à vida ou liberdade pessoal, por razões de raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas;
- b) considerando as garantias estabelecidas pelos arts. 8, 22.7 e 25, da CADH, as diretrizes e critérios estabelecidos pelo ACNUR, deve ser assegurado às pessoas solicitantes de refúgio o acesso a procedimentos de reconhecimento desta condição que contemplem

106 A família Pacheco Tineo foi abordada pelas autoridades do serviço de imigração da Bolívia, quando estavam prestes a embarcar no ônibus que a levaria ao Chile.

107 Na visão da Corte, os procedimentos passíveis de resultarem na expulsão ou deportação de um estrangeiro devem ser individualizados, avaliar as circunstâncias pessoais do interessado, não devem discriminá-lo em razão de nacionalidade, cor, raça, sexo, língua, religião, opinião política, origem social ou outro status, assim como observar determinadas garantias mínimas. Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório anual 2013. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/POR/por_2013.pdf>, p. 63. Acesso em: 26/09/2016.

uma análise adequada de sua solicitação, em consonância com as garantias previstas pela Convenção Americana.¹⁰⁸

- c) quando as solicitantes do refúgio são crianças (menores de 18 anos), além de garantias processuais específicas e probatórias que assegurem a justiça das decisões relativas a pedidos de refúgio, deve ser garantido a elas o direito de expressarem suas opiniões e a participarem de uma maneira efetiva dos procedimentos, que devem ser apropriados, seguros e confiáveis para as crianças, só sendo admitida a separação legal da criança de sua família, quando devidamente justificada no seu interesse superior, de maneira excepcional e, na medida do possível, temporária ¹⁰⁹

Assim, por tais razões, a CIDH imputou ao Estado Plurinacional da Bolívia responsabilidade internacional pela violação dos direitos humanos da família Pacheco Tineo de buscar e receber asilo, de não repatriação, devolução (ou *non-refoulement*), das garantias judiciais, da proteção judicial, da integridade psíquica e moral, da proteção das crianças e da família, tendo, por essas razões, determinado à Bolívia a publicação de resumo da sentença uma vez na imprensa oficial e uma vez em jornal de grande circulação, bem como a sua disponibilização integral pelo período de um ano em sítio oficial; a implementação de programas de capacitação permanente dos funcionários que têm contato com pessoas migrantes ou solicitantes de asilo; indenização por danos materiais e morais às vítimas.

4.2 Parecer consultivo oc-21/14 de 19 de agosto de 2014

no dia 07 de julho de 2011, a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai solicitaram um parecer ou opinião consultiva à Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH sobre a infância migrante com vistas à determinação com maior precisão das “obrigações dos Estados com relação às medidas passíveis de serem adotadas a respeito dos meninos e meninas, associadas à sua condição migratória, ou à de seus pais, à luz da interpretação autorizada dos artigos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7,

¹⁰⁸ Sobre o rol de garantias processuais mínimas, vide CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., p. 70.

¹⁰⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., p. 68-69

22.8, 25 e 29¹¹⁰ da CADH¹¹¹ e dos artigos 1, 6, 8, 25 e 27 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem¹¹² e do art. 13 da Convenção Interamericana de para Prevenir e Punir Tortura^{113” 114}

Em 19 de agosto de 2014, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu o Parecer Consultivo OC-21/14¹¹⁵, intitulado Direitos e Garantias de Crianças no Contexto da Migração e/ou em Necessidade de Proteção Internacional, onde definiu o sentido e alcance dos direitos humanos consultados.

Em relação à influência da Convenção sobre os Direitos da Criança no contexto da migração, a Corte entendeu que:

quando se trata da proteção das crianças e da adoção das medidas para conseguir esta proteção, quatro princípios reitores da Convenção sobre os Direitos da Criança devem inspirar de forma transversal e devem ser implementados em todo o sistema de proteção integral: *o princípio da não discriminação, o princípio do interesse superior da criança, princípio do respeito ao direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento*

110 Art. 1 Obrigação de respeitar os direitos. Art. 2: Dever de adotar medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos direitos e liberdades; Art. 4: Direito à Vida; Art. 5: Direito à Integridade Pessoal (integridade física, psíquica e moral); Art. 7 Direito à Liberdade Pessoal; Art. 8 Garantias Judiciais; Art. 11 Proteção da Honra e da Dignidade; Art. 17: Proteção da Família; Art. 19: Direitos da Criança. Art. 22 Direito de Circulação e de Residência (22.7 Direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro 22.8. Direito de não devolução ou non-refoulement a outro país, onde o direito à vida ou liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas); Art. 25 Proteção Judicial; Art. 29: Normas de interpretação

111 BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 25 set. 2016.

112 Os artigos 1, 6, 8, 25 e 27 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem asseguram os direitos à vida, liberdade e segurança (art. 1º), direito à constituição e proteção da família (art. 6º), direito de residência e de trânsito (art. 8º), direito à proteção contra a prisão arbitrária (art. 25) e direito de procurar e receber asilo (art. 27). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/americana.htm>>. Acesso em: 25 set. 2016.

113 Art. 13 Proibição de extradição ou devolução da pessoa com suspeita fundada de que corre perigo sua vida, de que será submetida à tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante. BRASIL. Decreto n 98.386, de 9 de dezembro de 1989, que promulga a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 25 set, 2016.

114 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resumo oficial emitido pela Corte Interamericana do parecer consultivo de 19 de agosto de 2014 solicitado pela República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/noticias/2014/setembro/RESUMO_OC21_PORT.pdf>. Acesso em: 25 set, 2016.

115 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Parecer Consultivo OC-21/14: Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf>. Acesso em: 25 set., 2016.

*e o princípio de respeito à opinião da criança em todo o procedimento que a afete, de modo que se garanta sua participação.*¹¹⁶ (*grifo nosso*)

Nesse parecer, a CIDH estabeleceu os seguintes parâmetros interpretativos dos diversos direitos e garantias das crianças migrantes ou em necessidade de proteção internacional.

- a) como diferentes situações podem levar crianças a se deslocarem de seus países, como, por exemplo, a busca pela proteção internacional do refúgio ou de asilo, por melhores condições de vida, pela reunificação familiar, encontra-se inserta nos compromissos internacionais dos Estados a obrigação de estabelecerem procedimentos¹¹⁷ aptos a identificarem as crianças estrangeiras que requerem proteção internacional, por meio de uma avaliação inicial, dotada de garantias de segurança e privacidade, com o objetivo de conferir a estas crianças o tratamento adequado e individualizado necessário por meio de medidas de proteção especial;¹¹⁸
- b) para se assegurar um efetivo acesso à justiça, ao devido processo e à observância do interesse superior da criança, é necessário que os Estados garantam que os processos administrativos ou judiciais que versem sobre direitos das crianças migrantes sejam adaptados à suas necessidades e acessíveis a elas;^{119 120}
- c) os Estados não podem se utilizar da privação da liberdade das crianças (estejam elas acompanhadas ou não de seus genitores) para assegurar o resultado de um processo migratório. Também não podem usar, como justificativa para esta medida,

116 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resumo oficial emitido pela Corte Interamericana do parecer consultivo de 19 de agosto de 2014 solicitado pela República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, p. 5.

117 Sobre o procedimento e as medidas de proteção especial das crianças, vide item 86 do Parecer Consultivo OC-21/14. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Parecer Consultivo OC-21/14: Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional, p. 34.

118 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resumo oficial emitido pela Corte Interamericana do parecer consultivo de 19 de agosto de 2014 solicitado pela República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, p.5-6.

119 Ibid, p.6.

120 Para verificar os aspectos que a CIDH entendeu de observância fundamental, vide CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resumo oficial emitido pela Corte Interamericana do parecer consultivo de 19 de agosto de 2014 solicitado pela República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, p.6-7

o descumprimento de requisitos para ingressar ou permanecer no país, o fato de a criança se encontrar desacompanhada dos pais, para assegurar a unidade familiar, em face da necessidade de serem adotadas medidas menos lesivas e, “ao mesmo tempo, proteger de forma prioritária e integral os direitos da criança”;¹²¹

- d) como a vulnerabilidade das crianças migrantes demandam do Estado receptor uma atuação voltada à proteção prioritária de seus direitos, definida caso a caso, os Estados devem conceber e incorporar a seu ordenamento jurídico interno medidas não privativas de liberdade (aplicáveis ao curso do processo migratório) voltadas à proteção integral dos direitos das crianças;¹²²
- e) em caso, porém, de necessidade de alojamento ou albergamento das crianças, devem as migrantes ser separadas das pessoas acusadas ou condenadas por ilícitos penais, bem como dos adultos (salvo se forem seus familiares e essa providência corresponder ao interesse superior das crianças em tela);¹²³
- f) as condições de desigualdade real e de extrema vulnerabilidade das crianças estrangeiras, em casos de detenção, obriga os Estados a adotarem instrumentos de compensação que contribuam a mitigar ou eliminar os obstáculos à defesa eficaz dos próprios interesses¹²⁴;
- g) ante o princípio principio da não devolução ou non-refoulement a possibilidade de um Estado trasladar uma pessoa a seu país de origem, ou a um terceiro país, é limitada pelas obrigações assumidas pelo Estado no âmbito do Direito Internacional, que inclui o Direito dos Refugiados, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, a proibição da tortura, do art. 22.8 da Convenção Americana, e da Convenção de Direitos sobre a Criança, normas que devem compreendidas como complementares. Decorre ainda dessa proteção complementar, em se tratando de crianças, a possibilidade de enviá-las a seu

¹²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., p.7

¹²² Ibid., p.8.

¹²³ Ibid., p.7.

¹²⁴ Ibid., p.8-9.

país de origem ou a outro a país, apenas quando coincidir com o seu interesse superior;¹²⁵

- h) os Estados devem estabelecer procedimentos justos e eficientes para determinar se a pessoa solicitante atende aos requisitos para o exercício do direito de asilo e solicitar o status de refugiado, devendo incorporar, quando se tratar de criança, dos elementos necessários à proteção integral da criança, com ênfase em seu interesse superior e participação;¹²⁶
- i) qualquer procedimento administrativo ou judicial de expulsão ou deportação de um ou ambos os genitores da criança (separação familiar), deve realizar uma ponderação de interesses diante do caso concreto, que priorize sempre o interesse superior da criança.¹²⁷

5 CONCLUSÃO

Como visto, decorre do próprio direito de liberdade e igualdade, reconhecidos pelo art. 1º e 7º da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, o direito de não sofrer discriminação de qualquer natureza, do qual também derivam os direitos de não sofrer perseguição por motivo de raça, religião, nacionalidade, participação de determinado grupo social ou opiniões políticas¹²⁸ e de procurar e gozar asilo em outros países, assegurados por diversos tratados internacionais.

Constata-se, dessa forma, uma relação inafastável entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e a proteção internacional dispensada aos refugiados por documentos internacionais como a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, que consideram refugiado a pessoa que, temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, encontra-se fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país¹²⁹

¹²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., p.9-10.

¹²⁶ Ibid., p.10.

¹²⁷ Ibid., 10-11

¹²⁸ PIOVESAN, Flávia, 2014, p.252.

¹²⁹ Para Manual de Procedimentos e Critérios Para a Determinação Da Condição De Refugiado de acordo com a Convenção De 1951 e o Protocolo de 1967 relativos Ao Estatuto Dos Refugiados, vide http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/Manual_de_procedimentos_e_critérios_para_a_determinacao_da_condicao_de_refugiado

e estabelecem, no art. 33¹³⁰, o princípio do *non-refoulement*, isto é, o direito de o refugiado não ser devolvido ou repatriado:

Uma vez reconhecidos como direitos humanos, foi necessário averiguar como os Sistemas Regionais Europeu e Interamericano de Direitos Humanos têm protegidos as pessoas que se encontram na vulnerável condição de refugiado.

No âmbito do Sistema Europeu, no caso *Hirsi Jamaa e outros contra a Itália*, a CEDH se pronunciou no sentido de que a Itália violou o princípio do *non-refoulement*, além dos princípios da vedação a tortura, a expulsões coletivas de nacionais e estrangeiros, o direito a um recurso efetivo. No caso *M.S.S contra a Bélgica e a Grécia*, a Corte Europeia também entendeu que ambos os países desrespeitaram o princípio da proibição da tortura e de tratamentos desumanos e o direito a um recurso efetivo do requerente.

No único caso concreto envolvendo o refúgio que foi levado e julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte entendeu que o Estado da Bolívia era internacionalmente responsável pela violação do direito de buscar e receber asilo, do princípio da não devolução, das garantias judiciais, da proteção judicial, da integridade psíquica e moral, da proteção das crianças e da família Pacheco Tineo.

E, no exercício da sua competência consultiva ampla, a CIDH, no *Parecer Consultivo OC-21/14 de 19 de agosto de 2014*, sobre Direitos e Garantias de Crianças no Contexto da Migração e/ou em Necessidade de Proteção Internacional, estabeleceu que:

quatro princípios reitores da Convenção sobre os Direitos da Criança devem inspirar de forma transversal e devem ser implementados em todo o sistema de proteção integral: o princípio da não discriminação, o princípio do interesse superior da criança, princípio do respeito ao direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento e o princípio de respeito à opinião da criança em todo o procedimento que a afete, de modo que se garanta sua participação.¹³¹ (*grifo nosso*)

Verifica-se, dessa forma, que, aparentemente, os sistemas europeu e interamericano não têm fugido de seu dever de assegurar o exercício dos direitos humanos dos refugiados, a reparação das violações, o pagamento de indenização às vítimas, e de estabelecer parâmetros de interpretação destinados a efetivar esses direitos humanos na prática. No entanto,

130 Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), op. cit.

131 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resumo oficial emitido pela Corte Interamericana do parecer consultivo de 19 de agosto de 2014 solicitado pela República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, p. 5.

como salientado no início desse trabalho, o poder dos órgãos judiciais dos sistemas de proteção de direitos humanos “restringe-se ao *power of shame* e ao *power of embarrassment* da comunidade internacional (...) destituída de capacidade sancionatória”.¹³² Nesse contexto, percebe-se que a efetiva prevenção e reparação das violações de direitos humanos ainda depende da materialização de tais direitos pelos Estados no âmbito de seus ordenamentos jurídicos internos.

REFERÊNCIAS

BATISTA CLARO, Carolina de Abreu. O caso Hirsi Jamaa e outros vs. Itália e a responsabilidade estatal no tratamento de estrangeiros. *Revista de Estudos Internacionais* (REI), ISSN 2236-4811, v. 1 (2), 2010, p. 164. Disponível em: <<http://www.revistadeestudosinternacionais.com/uepb/index.php/rei/article/viewFile/31/pdf>>. Acesso em: 28/09/2016.

BATROS, Bem. *Case Watch: Interamerican Court do Consider Refugee Status Determinations*. Disponível em: <<https://www.opensocietyfoundations.org/voices/case-watch-inter-american-court-to-consider-refugee-status-determinations>>. Acesso em: 20 set, 2016.

BRASIL. *Decreto n 98.386, de 9 de dezembro de 1989, que promulga a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm> Acesso em: 25 set. 2016.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 25 set. 2016.

_____. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 25 set. 2016.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *A importância dos Direitos Regionais na proteção dos Direitos Humanos e a implementação das decisões de responsabilização internacional do Estado: Breve análise do caso brasileiro*. Lex Magister. São Paulo. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_24098176_A_

132 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos: fundamentos, proteção e implementação*. Curitiba: Juruá. 2007, p. 309.

IMPORTANCIA_DOS_SISTEMAS_REGIONAIS_DE_PROTECAO_DOS_DIREITOS_HUMANOS_E_A_IMPLEMENTACAO_DAS_DECISOES_DE_RESPONSABILIZACAO_INTERNACIONAL_DO_ESTADO_BREVE_ANALISE_DO_CASO_BRASILEIRO.aspx>. Acesso em: 25 set. 2016.

CARMO NETO. Manuel Bonfim do. O papel dos sistemas regionais na proteção dos direitos fundamentais. *Revista Mestrado em Direito*. Osasco, ano 8, n 1, 2008. Disponível em: <<http://132.248.9.34/hevila/Revistamestradoemdireito/2008/vol8/no1/16.pdf>> Acesso em: 25 set. 2016.

COMISSÃO EUROPEIA. Recomendação da Comissão Europeia de 10.2.2016 dirigida à República Helénica sobre as medidas que a Grécia deve adotar com urgência para permitir a retoma das transferências ao abrigo do Regulamento (UE) n.º 604/2013. Disponível em: <http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/commission_recommendation_addressed_to_the_hellenic_republic_20160210_pt.pdf>. Acesso em : 29/09/2016.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Convenções de Genebra*. Disponível em: < <https://www.icrc.org/pt/guerra-e-o-direito/tratados-e-direito-consuetudinario/convencoes-de-genebra>>. Acesso em: 03 out. 2016.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM COM AS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELOS PROTOCOLOS NºS 11 e 14. Disponível em <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf> Acesso em: 25 out. 2016.

CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS (1951). Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 28 set. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer Consultivo OC-21/14: Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf>. Acesso em: 25 set. 2016.

_____. *Relatório anual 2013*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/POR/por_2013.pdf>, p, 63. Acesso em: 26/09/2016.

_____. *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de abril de 2015. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Pluranacional de Bolivia. Supervision*

de cumplimiento de sentencia. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/pachecotinea_17_04_15.pdf>. Acesso em: 26 set, 2016.

_____. *Resumo oficial emitido pela Corte Interamericana do parecer consultivo de 19 de agosto de 2014 solicitado pela República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai*. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/noticias/2014/setembro/RESUMO_OC21_PORT.pdf>. Acesso em: 25 set, 2016.

DECLARAÇÃO AMERICANA DE DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/americana.htm>. Acesso em: 25 set. 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>> Acesso em 25 set. 2016.

DOTHAN, Shai. *Judicial Tactics in the European Court of Human Rights*. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1173&context=public_law_and_legal_theory>. Acesso em: 27/09/2016; MILLER, Vaughne EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS RULINGS: ARE THERE OPTIONS FOR GOVERNMENTS? Standard Note: SN/IA/5941 Last updated: 18 April 2011 Section International Affairs and Defence Section. Disponível em: [file:///C:/Users/Daniela/Downloads/SN05941%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Daniela/Downloads/SN05941%20(1).pdf). Acesso em 27/09/2016.

EUROPA DISCUTE COMO OBRIGAR PAÍSES A RESPEITAR JULGADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS. *Revista Consultor Jurídico*, 23 de março de 2015, 16h51. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-23/europa-discute-eficacia-corte-direitos-humanos>>. Acesso em: 28/09/2016.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. GRAND CHAMBER. *CASE OF HIRSI JAMAA AND OTHERS V. ITALY* . *Application n. 27765/09* . *Judgement*. Disponível em: < <http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/www.asylumlawdatabase.eu/files/aldfiles/Original%20judgment%20-%20HIRSI%20JAMAA%20AND%20OTHERS%20v.%20ITALY.pdf>>Acesso em 02/10/2016,

EUROPEAN DATABASE OF ASYLUM LAW. ECtHR - *Hirsi Jamaa and Others v Italy* [GC], *Application No.27765/09*. Disponível em: <<http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/www.asylumlawdatabase.eu/files/aldfiles/Original%20judgment%20-%20HIRSI%20JAMAA%20AND%20OTHERS%20v.%20ITALY.pdf>>Acesso em 28/09/2016

_____. ECtHR – *M.S.S v Belgium and Greece* [GC], *Application No. 30696/09*. Disponível em: < <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-mss-v-belgium-and-greece-gc-application-no-3069609> > Acesso em 29/09/2016.

GASPARETO JÚNIOR, Antonio. *Convenções de Genebra*. Disponível em: < <http://www.infoescola.com/historia/convencoes-de-genebra/> >. Acesso em: 03/10/2016.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of the Pacheco Tineo Family v. Plurinational State of Bolivia judgment of November 25, 2013: Preliminary objections, merits, reparations and costs*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_ing.pdf>. Acesso em: 21 set, 2016.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____, Flávia. *Direitos Humanos: fundamentos, proteção e implementação*. Curitiba: Juruá. 2007.

_____, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PROTOCOLO DE 1967 RELATIVO AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/pesquisar/?id=1732&L=0&q=protocolo+1967>> Acesso em: 25 set. 2016.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SENADO FEDERAL. *Decreto-Legislativo nº89, de 1998*. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=150844>>. Acesso em: 28 out. 2016.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Os Direitos Humanos e a Proteção dos Estrangeiros*. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 162, p.192, abr./jun. 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/954>> Acesso em: 25 set. 2016.

THE GUARDIAN. *European Court Of Human Rights: Which Countries Get The Most Judgments?* Disponível em: <<https://www.theguardian.com/news/datablog/2012/jan/27/european-court-human-rights-judgments>>. Acesso em: 27/09/2016.

DIREITOS HUMANOS: SOBRE O UNIVERSALISMO EUROPEU, A SHARIA E EVENTUAIS ENTRAVES AO INGRESSO OU À PERMANÊNCIA DE PAÍSES MUÇULMANOS NA CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM

*HUMAN RIGHTS: AN APPROACH ON EUROPEAN
UNIVERSALISM, SHARIA AND POSSIBLE BARRIERS TO
ADMISSION OR PERMANENCE OF MUSLIM COUNTRIES IN
THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS*

*Daniela Mendonça de Melo
Advogada da União
Mestre em Direito pela PUC-Rio*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O etnocentrismo do universalismo europeu; 2 A concepção intercultural dos direitos humanos: o universalismo universal; 3 A Sharia e os direitos humanos; 4 A congruência na participação de países muçulmanos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Tomando-se como mote o crescente fluxo de muçulmanos para a Europa e os conflitos interculturais que a convivência entre culturas radicalmente diferentes tem ocasionado, busca-se neste artigo refletir-se sobre o conceito – ocidental – de direitos humanos referenciado como universal e sua compatibilidade com a Sharia. Nesse contexto, busca-se demonstrar que não há qualquer óbice ao ingresso ou à permanência de países muçulmanos na Convenção Europeia de Direitos do Homem.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos Fundamentais. Universalismo. Islã. Sharia. Convenção Europeia de Direitos do Homem. Interculturalidade. Diálogo.

ABSTRACT: Taking as motto the increasing flow of Muslims to Europe and the intercultural conflicts that the coexistence between radically different cultures has caused, this article reflects on the Western concept of human rights referred to as universal and its compatibility with Shari'a. In this context, it seeks to demonstrate that there is no obstacle to the admission or permanence of Muslim countries in the European Convention on Human Rights.

KEYWORDS: Fundamental Human Rights. Universalism. Islam. Shari'a. European Convention on Human Rights. Interculturalism. Dialogue.

INTRODUÇÃO

A partir do período axial já se reconhecia o ser humano como sujeito dotado de liberdade e razão, devendo ser tratado em igualdade de condições, não obstante as diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais.¹

Em 1948, vinte e cinco séculos depois, a Comissão de Direitos Humanos constituída pela ONU, por seu Conselho Econômico e Social, impulsionada pelas atrocidades cometidas por ocasião da 2ª Guerra Mundial, aprovou, por 48 votos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que proclamou que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

A votação foi unânime, mas abstiveram-se URSS, Belarus, Ucrânia, Tchecoslováquia, Polônia, Iugoslávia, Arábia Saudita e África do Sul. Honduras e Iêmen estavam ausentes. Os resultado explicita que o texto aprovado é resultado da preponderância do pensamento dominante nos países liderados pelos EUA, à época em guerra fria contra a URSS, em oposição aos então países comunistas e muçulmanos².

Como recomendação e não lei, a Declaração foi pensada como um ideal comum a ser atingido por todos os povos, sob o fundamento de que existem direitos iguais e inalienáveis, cujos titulares são todos os membros da família humana.

A se considerar que à própria Declaração houve resistência dos países que se abstiveram, como tomar os direitos e garantias que enumera como universais? A existência dos direitos fundamentais é derivada da natureza humana, em uma posição jusnaturalista, ou decorre de um *consensus humani generis*?

Como assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho, não se pode confundir suas convicções com as evidências, propondo sua boa razão como medida de todas as coisas. Afinal, seriam os islamitas e marxistas desprovidos de razão ao discordarem do texto convencional? O que dizer da Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, publicada em 1981? Como conciliar a afirmação do caráter universal dos direitos humanos face à diversidade de culturas?

1 COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010. 7ª ed., rev. e atual. p. 23/24. "Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes."

2 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Declaração Universal, sua significação e alcance*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-25/declaracao-universal-direitos-homem-significacao-alcance?>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

Abdullahi A. An-Na'im, in *Cross-Cultural Perspectives – a quest for consensus*, p. 22, ensina que a UNESCO, em 1947, enviou esforços para colher uma interpretação intercultural da Declaração.

A inteligência dos direitos humanos variará, no tempo e no espaço, em função de fatores vários, históricos, políticos, sociais, culturais e econômicos, reforçando a ideia de que o universalismo afirmado na Declaração é restrito ao ocidente, na visão dos países dominantes política e economicamente.

Neste contexto, a globalização, a primavera árabe³ e o constante aumento do fluxo migratório de muçulmanos para a Europa trouxeram à tona a questão da convivência entre essas diferentes culturas e tem acirrado os debates. De fato, há, no complexo mundo islâmico, uma variedade cultural, social, histórica, linguística e antropológica que inspira dedicado estudo⁴.

O islamismo é uma das três grandes religiões da história da humanidade, estando presente em uma enorme área do planeta, que vai desde o norte do Mediterrâneo, passando pelo Oriente Médio, Sudeste Asiático, África Central, até alguns estados europeus, como os resultantes da dissolução da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Com efeito, os muçulmanos representam cerca de 20% da população do planeta, distribuídos em 57 países. Considerando-se que a ONU congloba 193 países-membros, esse número é bem relevante. Em 2014, excluindo-se a Turquia, somavam 7,6% da população da Europa (mais de 56 milhões de pessoas).

Empregando-se a divisão entre países muçulmanos árabes (22 países) e não árabes, tem-se o seguinte retrato: à exceção do Líbano, as Constituições dos demais países árabes declaram o Islã a religião do Estado, sua lei ou sua principal fonte legal, enquanto os países não árabes são, em regra, seculares⁵.

O incremento do número de muçulmanos na Europa, assim como a existência de países islâmicos no continente levam à indagação sobre a compatibilidade do ingresso e permanência desses países na Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH), a partir de uma análise crítica do conceito euro-ocidental de direitos humanos.

São países europeus de maioria muçulmana: Albânia, partes da Bósnia e Herzegovina, regiões da Rússia, parte da Sérvia e de Montenegro,

3 A partir de dezembro de 2010 o mundo assistiu a uma série de protestos que ocorreram no Oriente Médio e no Norte da África, num movimento que ficou conhecido como Primavera Árabe, em alusão à revolução ocorrida em Praga, em 1968. Esses movimentos culminaram na (re)democratização de alguns desses países, mas os conflitos também implicaram o aumento da migração de muçulmanos para a Europa, e para o Ocidente, de modo geral.

4 PAPA, Massimo e ASCANIO, Lorenzo. *Shari'a – La legge sacra dell'islam*. Bologna: Mulino, 2014. Edição para Kindle, posição 42

5 Dados extraídos de ABU-SAHLEH, Sami A. Aldeeb. *Islamic concept of law and its impact on Human rights*. Disponível em: <<http://sami-aldeeb.com/english-islamic-concept-of-law-and-its-impact-on-human-rights/>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

Turquia e Azerbaijão, todos membros da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e Kosovo e Macedônia, que ainda não são membros da CEDH. Na França, o percentual de muçulmanos era de 9,6% em 2014⁶.

Com efeito, para que um país possa aderir à CEDH, deve concordar em aceitar como seus os princípios, direitos e liberdades nela elencados, comprometendo-se a respeitá-los. Todavia, alguns desses princípios, direitos e liberdades podem ir de encontro aos ditames da Sharia, *lex divina* que rege o mundo muçulmano, gerando um impasse sobre a violação ou não à Convenção.

O artigo 57, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, todavia, admite reservas pelo Estado signatário “a propósito de qualquer disposição da Convenção, na medida em que uma lei então em vigor no seu território estiver em discordância com aquela disposição”⁷.

Não são, no entanto, admitidas reservas de caráter geral e, em razão dos Protocolos números 6 e 13, não pode haver derrogação com relação à abolição da pena de morte, nem mesmo em estado de necessidade (artigo 15).

Os países islâmicos podem, desse modo, como de fato o fizeram, ratificar a convenção, sob a reserva de não contrariedade à Sharia, sua lei maior, assim como os demais países membros procedem em relação à legislação interna.

Argumenta-se, no entanto, que as regras da Sharia seriam, por princípio, incompatíveis com os direitos humanos, em sua versão euro-ocidental, o que impossibilitaria, de antemão, qualquer adesão desses países à Convenção.

Tal alegação, eurocentrista, baseia-se na afirmação do caráter universal dos direitos humanos, tal como restaram definidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Ignora-se, por suposto, que também o mundo islã possui uma declaração de direitos humanos, a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, publicada em 1981, pelo Conselho Islâmico, órgão oficioso do mundo islâmico. Nela afirma-se que todos os direitos do homem derivam de Deus, que é o único legislador e a fonte de todos os direitos humanos, que são parte integrante de toda a ordem islâmica e se impõem sobre todos os governantes e à toda a sociedade muçulmana⁸.

Não se pode descurar, assim, que, ainda que se recuse a origem divina dos direitos humanos, por incompatibilidade com os ditames de

6 Dados extraídos de <<http://www.muslimpopulation.com/Europe/>>. Acesso em: 13 set. 2016.

7 Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n1359128122487_pointer>. Acesso em: 31 ago. 2016.

8 Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>>. Acesso em: 13 set. 2016.

uma sociedade secular e essencialmente racional, a concepção positivista atual também esbarra em entraves, já que é resultado da imposição de uma certa visão de mundo sobre os mais débeis.

Outrossim, qualquer definição unilateral será viciada por suas próprias vicissitudes, como alerta Etienne-Richard Mbaya:

Desse modo, certos Estados ocidentais privilegiarão as liberdades clássicas; os Estados socialistas darão mais importância aos direitos sociais e econômicos; os Estados do Terceiro Mundo assegurarão que o subdesenvolvimento impõe restrições à proteção dos direitos humanos, pois, segundo eles, “os direitos fundamentais do homem, quaisquer que sejam seu conteúdo e natureza, não podem ter alcance verdadeiro a não ser na medida que as condições socioeconômicas permitam”.⁹

Diante desse impasse, é de se indagar: quem define a “versão” correta do catálogo de direitos humanos? Há realmente a incompatibilidade anunciada ao ingresso de países muçulmanos na Convenção Europeia de Direitos do Homem ou em outras convenções internacionais? O que dizer sobre as restrições impostas por países como Inglaterra e França, tidos como berço dos direitos humanos, à Convenção ou mesmo sobre o descumprimento dos direitos nela enunciados por países ocidentais seculares?

A análise dessas discrepantes interpretações dos direitos humanos são o propósito da presente reflexão.

1 O ETNOCENTRISMO DO UNIVERSALISMO EUROPEU

Os detentores do poder no sistema-mundo creditam a si a faculdade de revelar e implementar os valores universais, apresentando justificativas para suas práticas, que são incorporadas ao cotidiano das pessoas a ponto de não mais serem questionadas, sendo tidas como verdades absolutas, normas do comportamento humano. Desse modo, como pondera Immanuel Wallerstein, “não há nada tão etnocêntrico, tão particularista quanto a pretensão ao universalismo.”¹⁰ E arremata:

9 MBAYA, Etienne-Richard. *Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas*. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Estudos Avançados 11 (30), 1997. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/ea/v11n30/v11n30a03.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

10 WALLERSTEIN, Immanuel Maurice. *O universalismo europeu - a retórica do poder*. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 73.

[...] O que estamos usando como critério não é o universalismo global, mas o universalismo europeu, conjunto de doutrinas e pontos de vista éticos que derivam do contexto europeu e ambicionam ser valores universais globais – aquilo que muitos de seus defensores chamam de lei natural – ou como tal são apresentados. Isso justifica, ao mesmo tempo, a defesa dos direitos humanos dos chamados inocentes e a exploração material a que os fortes se consagram. É uma doutrina moralmente ambígua. Ela ataca os crimes de alguns e passa por cima dos crimes de outros, apesar de usar os critérios de uma lei que se afirma natural.¹¹

Com efeito, mesmo identificando-se os quatro regimes internacionais atuais de aplicação dos direitos humanos, a saber, o europeu, o interamericano, o africano e o asiático, apenas a cultura ocidental tende a formular os direitos humanos como universais, com pressupostos tipicamente ocidentais: natureza humana universal, reconhecida racionalmente, natureza humana essencialmente diferente e superior, o indivíduo possui uma dignidade absoluta e irredutível a ser defendida do Estado e da sociedade, autonomia do indivíduo pressupõe uma sociedade organizada não hierarquicamente.

Como visto, esse viés ocidental pode ser verificado na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, elaborada sem a participação da maioria dos povos do mundo, com ênfase nos direitos individuais, com uma única concessão ao direito coletivo à autodeterminação, na prevalência dos direitos civis e políticos em detrimento dos direitos econômicos, sociais e culturais.¹²

Ainda segundo Immanuel Wallerstein, os líderes do mundo pan-europeu utilizaram, e vêm utilizando ao longo da história, três argumentos básicos para convencer o resto do mundo do acerto dos princípios por eles estabelecidos, justificando, assim, sua dominação: o primeiro deles foi o apelo aos direitos humanos, tidos como vetores da democracia; o segundo, a superioridade da chamada civilização ocidental, por se basear em valores universais; e o terceiro, “a afirmação da verdade científica do mercado, do conceito de que não há alternativa para os governos senão aceitar e agir de acordo com as leis da economia neoliberal”¹³.

Os direitos humanos universais foram utilizados, assim, para justificar as colonizações na América e na Ásia. A expansão da Europa pelo resto do mundo teria implicado a civilização dos povos bárbaros, aculturados,

11 WALLERSTEIN, op. cit., p. 60.

12 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar – Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 439.

13 WALLERSTEIN, op. cit., p. 26

gerando desenvolvimento econômico e progresso. Isso justificaria, aos olhos do conquistador, a exploração econômica e a violência em massa cometida contra os nativos.

Nesse contexto, ainda no século XVI, desenvolveu-se um debate entre dois pensadores espanhóis: o padre Bartolomé de Las Casas e Juan Ginés de Sepúlveda.¹⁴ Embora datem de cinco séculos atrás, os argumentos utilizados continuam a ser reproduzidos até os dias atuais e merecem uma análise cuidadosa.

Sepúlveda se valia das seguintes justificativas para a dominação colonial espanhola: “a barbárie dos outros, o fim de práticas que violam os valores universais, a defesa de inocentes em meio aos cruéis e a possibilidade de disseminar valores universais”.¹⁵

Contra esses argumentos, Las Casas ponderava:

O primeiro problema, disse ele, é que nesses debates nunca fica muito claro quem são os bárbaros. [...] Afinal, argumentava que a verdadeira barbárie é fenômeno raro e normalmente contido pelos processos sociais de cada grupo social. [...] Os países e povos que intervêm também são culpados de se envolver em atos bárbaros? Se assim for, esses atos são menos graves do que os ocorridos nos países e nos povos visados a ponto de justificar o sentimento de superioridade moral em que se baseia toda intervenção?¹⁶

Opunha-se, assim, à generalização a todo um povo de um argumento que seria aplicável, quando muito, a uma minoria, e que seria igualmente válido se aplicado ao conquistador, tido como civilizado.

Contra o segundo argumento de Sepúlveda, o dos chamados crimes contra a lei natural, ou contra a humanidade, Las Casas indagava: quem os definiu como crimes? Quem tem jurisdição para puni-los? Há alguém mais adequado que nós para impor a punição, caso ela seja necessária?¹⁷ Aplica, aqui, o argumento do relativismo moral ou legal e da jurisdição.

Com relação à defesa dos inocentes, Las Casas defendia o princípio do mal menor, ou do dano colateral. “Ainda que todas as acusações fossem absolutamente corretas, a punição não seria mais nociva do que benéfica?”.¹⁸

O último argumento de Sepúlveda é o dever de evangelizar os povos primitivos, que hoje pode ser substituído pelo dever de espalhar

14 WALLERSTEIN, op. cit., p. 32 e ss

15 Ibid., p. 35

16 Ibid., p. 53

17 Ibid., p. 53

18 WALLERSTEIN, op. cit., p. 56

a democracia. “Las Casas insistia que não havia sentido em evangelizar pela força, que a conversão ao cristianismo tinha de ocorrer por adesão voluntária vinda do íntimo do convertido e que a força era contra-indicada.”¹⁹ Defendia, assim, o livre arbítrio, a inutilidade do uso da força para converter.

Adaptando-se o argumento às guerras contemporâneas, a imposição da democracia resultará vazia, já que a verdadeira transformação deve vir da sociedade e não ser imposta por forças externas, estranhas à cultura do país no qual se intervém.

Com a descolonização em massa ocorrida na segunda metade do século XX e a perda da justificativa da evangelização cristã ou da missão civilizadora como legitimadoras da intervenção entre estados, os direitos humanos passaram a ocupar lugar de destaque nesse cenário, especialmente depois da 2ª guerra mundial, reunidos na carta de intenções constituída pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Desde então, a pretexto de impedir a violação de direitos humanos, países poderosos do ocidente invadem países que despertam seu interesse econômico²⁰, provocando violações gravíssimas aos direitos humanos dos povos subjugados.

Marilena Chaui²¹, chama atenção para o papel desempenhado pelas ciências na construção de uma hegemonia reguladora do Direito, ao invés de emancipadora (no sentido de vencedora da tirania), o que Immanuel Wallerstein chama de Universalismo Científico²²:

De fato, a predominância da racionalidade cognitivo-instrumental em relação às demais formas de racionalidade fez com que o intelecto moderno se tornasse uma razão ‘metonímica’ (toma ‘a parte’ da cultura científica e filosófica do ocidente pelo ‘todo’, concebendo-a como forma última da organização dos saberes) e ‘proléptica’ (pretende possuir o conhecimento do futuro no presente, concebido como progresso sem limites).

A concentração dos notáveis no ocidente também impulsiona a engrenagem da máquina dominadora contra o resto do mundo, sob a

19 WALLERSTEIN, op. cit., p. 58.

20 Exemplo de indignação seletiva, que expressa a opção escancarada pela intervenção em países que podem resultar em retorno econômico, é o caso do genocídio do povo maubere em Timor Leste - quase 300 mil vidas dizimadas. Nesse episódio, o silêncio do ocidente visava à manutenção do comércio com a Indonésia. Claro contraponto a essa conduta foi o tratamento dado às violações de direitos humanos no Irã e Vietnã. Vide, a esse respeito, SANTOS, 2003, p. 440. No mesmo sentido, WALLERSTEIN, op. cit., p. 47/49.

21 *Apud* SANTOS, Boaventura de Sousa. *Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2014. Edição para Kindle, posição 235.

22 WALLERSTEIN, op. cit., capítulo 3.

justificativa de que o progresso, o avanço econômico e tecnológico que o ocidente pode levar aos demais povos é apenas benéfico e deve ser tolerado, ou mesmo incentivado.

Boaventura de Sousa Santos defende, então, uma concepção intercultural dos direitos humanos, rechaçando, a um só tempo, o universalismo e o relativismo cultural²³. Argumenta que a versão hegemônica dos direitos humanos incorpora as seguintes características: universalidade, independentemente do contexto histórico, político, cultural e social; concepção individualista e superior da natureza humana; adoção de convenções, tribunais e declarações como norteadoras do que se entende por direitos humanos; duplo critério na avaliação da observância ou não dos direitos humanos – sob o ponto de vista do dominante e do dominado, sem comprometer sua universalidade; consenso de que há mais violações aos direitos humanos no Sul global do que no Norte global.²⁴

Como consequência, alerta para as cinco ilusões que conduzem à crença da universalidade do conceito ocidental de direitos humanos: a ilusão teleológica: “partir do consenso que existe hoje sobre os direitos humanos e sobre o bem incondicional que isso significa e ler a história passada como um caminhar linearmente orientado para conduzir a este resultado”, descurando-se de que a história é contada pelos vencedores que, para vencerem, usaram de dominação e opressão; a ilusão do triunfalismo: a vitória dos direitos humanos é um bem incondicional e as demais concepções perdedoras eram inferiores em termos éticos ou políticos, esquecendo-se de que a vitória foi conquistada pela força da armas; a ilusão da descontextualização: apesar de os direitos humanos serem exaltados como conquista emancipatória das revoluções francesa e americana, foram desde então utilizados como discurso e como arma política opressores; a ilusão do monolitismo: “consiste em negar ou minimizar as tensões e até mesmo as contradições internas das teorias dos direitos humanos” (vide declaração da revolução francesa, que afirma enunciar os direitos do homem e do *cidadão*, em um movimento de restrição aos direitos humanos a apenas àqueles pertencentes a um determinado Estado); a última ilusão é a do antiestatismo: noção de que a concretização dos direitos humanos apenas exige uma prestação negativa – direitos civis e políticos – por parte do Estado e não uma obrigação de fazer positiva – direitos sociais e econômicos²⁵.

23 A esse respeito, ver mais adiante, no tópico seguinte.

24 SANTOS, 2014, posição 553. FERREIRA FILHO, op. cit., também enumera as seguintes características comumente atribuídas aos direitos humanos: ser um direito universal, moral, preferencial, fundamental e abstrato - suscetível de restrição.

25 SANTOS, 2014, posições 427, 457, 492 e 522.

Uma concepção intercultural construída através do diálogo, da hermenêutica diatópica entre as diferentes culturas teria o condão de desfazer essas ilusões, segundo Boaventura. Trata-se dela a seguir.

2 A CONCEPÇÃO INTERCULTURAL DE DIREITOS HUMANOS: O UNIVERSALISMO UNIVERSAL

Se não provêm de uma fonte divina, nem são definidos pelos países dominantes do ocidente, qual seria, então, o fundamento dos direitos humanos? O universalismo deve ser rechaçado, por implicar a imposição da visão dos vencedores aos vencidos? Então o relativismo seria a via a ser seguida?

Como reivindicações morais, afirma Flávia Piovesan²⁶, os direitos humanos nascem quando devem e quando podem nascer. Citando Bobbio, lembra que os direitos humanos não nascem todos de uma vez nem de uma vez por todas.

Nesse contexto, há que se consignar que os valores universais globais são construídos e não descobertos, naturais ou revelados, mas defini-los não é tarefa das mais fáceis, sendo, todavia, “o maior empreendimento moral da humanidade”.²⁷

Como afirma Boaventura de Sousa Santos, a luta pelos direitos humanos não é mero exercício intelectual, mas decorre de uma entrega moral, afetiva e emocional, fundada no permanente inconformismo e na exigência de ação²⁸. Mas como chegar a um conceito intercultural de direitos humanos? Ou, como prefere Immanuel Wallerstein²⁹, como é possível ser não-orientalista? Como se chegar ao universalismo universal?

Para tanto, é preciso avançar rumo ao que chama de universalismo universal, genuíno, que constituiria uma alternativa real ao sistema-mundo vigente, afinal, a compreensão do mundo não coincide com a compreensão ocidental do mundo:

A luta entre o universalismo europeu e o universalismo universal é a luta ideológica central do mundo contemporâneo e o resultado será fator importantíssimo para determinar como será estruturado o sistema-mundo futuro, no qual entraremos nos próximos vinte e

26 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos: desafios e perspectivas contemporâneas*. Rev. TST, Brasília, vol. 75, nº 1, jan/mar 2009. Disponível em: <http://www.cienciassociais.unir.br/noticias_arquivos/14833_piovesan,_2009.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2016.

27 WALLERSTEIN, op. cit., p. 60

28 SANTOS, 2003. p. 444.

29 WALLERSTEIN, op. cit., p. 78.

cinco a cinquenta anos. Não podemos deixar de tomar partido. E não podemos recuar para uma posição supraparticularista na qual invocamos a validade equivalente de todas as ideias particularistas apresentadas no mundo inteiro. Afinal, o supraparticularismo não passa de uma rendição disfarçada às forças do universalismo europeu e aos poderosos do momento, que buscam manter o seu sistema-mundo não-democrático e não-igualitário.³⁰

Rechaçados o universalismo e o relativismo radical³¹, como chegar a uma concepção multicultural de direitos humanos?

A questão que hoje está diante de nós é como ultrapassar o universalismo europeu – esta última justificativa perversa da ordem mundial existente – rumo a uma coisa muito mais difícil de obter: o universalismo universal, que recusa as caracterizações essencialistas da realidade social, historiza tanto o universal quanto o particular, reunifica os lados ditos científico e humanístico em uma epistemologia e permite-nos ver com olhos extremamente clínicos e bastante céticos todas as justificativas de “intervenção” dos poderosos contra os fracos.³²

Os direitos humanos aspiram a um reconhecimento mundial, sendo um dos pilares da emergente política pós-nacional. Nessa conjuntura, surge uma nova tensão, que envolve cultura e religião, diferenças, fronteiras, particularismos, implicando o desafio de se produzir direitos humanos através de uma política ao mesmo tempo cultural e global.

Boaventura de Sousa Santos³³ aponta o caminho para a construção de uma concepção de direitos humanos fundada no diálogo intercultural e na hermenêutica diatópica:

[...] Pretendo apontar as condições que permitam conferir aos direitos humanos tanto o caráter global quanto a legitimidade local, para fundar uma política progressista de direitos humanos – direitos humanos concebidos com a energia e a linguagem de esferas públicas locais, nacionais e transnacionais atuando em rede para garantir novas e mais intensas formas de inclusão social.

30 Ibid., p. 27.

31 “[...] todos temos limites em relação ao que nos dispomos a aceitar como comportamento legítimo, senão estaríamos vivendo num mundo anárquico que poria nossa sobrevivência em risco imediato.” Ibid., p. 80.

32 Ibid., p. 118.

33 SANTOS, 2003, p. 432.

O primeiro passo, segundo ele, é que os direitos humanos sejam concebidos como multiculturais, como cosmopolitas e, assim, resultado de uma globalização contra-hegemônica. A concepção dos direitos humanos como universais nada mais é que um localismo globalizado, uma forma de globalização hegemônica³⁴, instrumento do “choque de civilizações”, “arma do Ocidente contra o resto do mundo”³⁵

Sobre essa perspectiva, Abdullahi A. An-Na'im afirma que é preferível partir-se dos *standards* ocidentais já consolidados, que servirão de base para os debates interculturais, que poderão incrementá-los a partir dos diferentes pontos de vista das diferentes culturas envolvidas:

The general thesis of my approach is that, since people are more likely to observe normative propositions if they believe them to be sanctioned by their own cultural traditions, observance of human rights standards can be improved through the enhancement of the cultural legitimacy of those standards. The claim that all the existing human rights standards already enjoy universal cultural legitimacy may be weak from a historical point of view in the sense that many cultural traditions in the world have had little say in the formulation of those standards. Nevertheless, I believe not only that cultural legitimacy is necessary, but also that it is possible to develop it retrospectively in relation to fundamental human rights through enlightened interpretations of cultural norms.³⁶

Afirma que um pouco de etnocentrismo é inevitável e até recomendável, para a aceitação e legitimidade das normas e instituições de uma dada cultura e que a apreciação da etnocentricidade de uma cultura leva ao respeito pela etnocentricidade de outra cultura. Assim, os valores morais compartilhados entre as culturas devem ser autênticos e não impostos de fora.

Em sentido oposto, Boaventura³⁷ enumera as premissas básicas para se alcançar a almejada transformação dos direitos humanos em um projeto cosmopolita. A primeira premissa é a superação do debate sobre universalismo e relativismo cultural:

34 A respeito do alcance e do significado dos termos “localismo globalizado”, “globalismo localizado”, “globalização hegemônica” e “globalização contra-hegemônica”, conferir SANTOS, 2003.

35 SANTOS, 2003, p. 438.

36 AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed, *Cross-Cultural Perspectives – a quest for consensus*. Philadelphia: University of Pennsylvania, 1991. p. 20/21

37 SANTOS, 2003, p. 441/443.

[...] Trata-se de um debate intrinsecamente falso, cujos conceitos polares são igualmente prejudiciais para uma concepção emancipatória dos direitos humanos. Todas as culturas são relativas, mas o relativismo cultural, como posição filosófica, é incorreto. Contra o universalismo, há que propor diálogos interculturais sobre preocupações isomórficas, isto é, sobre preocupações convergentes ainda que expressas em linguagens distintas e a partir de universos culturais divergentes. Contra o relativismo, há que desenvolver critérios que permitam distinguir uma política progressista de uma política conservadora de direitos humanos, uma política de capacitação de uma política de desarme, uma política emancipatória de uma política regulatória.³⁸

Com efeito, o relativismo cultural radical pode levar à consideração absoluta de uma dada cultura, impossibilitando críticas ou contestações.

A segunda premissa colocada por Boaventura é que todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, mas nem todas a concebem como direitos humanos, sendo necessário identificar as preocupações semelhantes entre as diferentes culturas.

A terceira premissa é que todas as culturas são incompletas e problemáticas, já que a incompletude deriva da pluralidade cultural, devendo essa consciência sobre a própria incompletude ser pressuposto para o início do debate intercultural.

A quarta premissa é que todas as culturas têm versões diferentes de dignidade humana, devendo ser adotada a que prevê um ciclo de reciprocidade maior. Exemplo na cultura ocidental são as concepções liberal (prioridade aos direitos civis e políticos) e social-democrática (prioridade aos direitos sócias e econômicos), sendo essa última mais abrangente.

A quinta e última premissa é que todas as culturas tendem a distribuir as pessoas e os grupos sociais entre dois princípios competitivos de vínculo hierárquico – o da igualdade e o da diferença. Explica-se:

[...] Um – o princípio da igualdade – opera por intermédio de hierarquias entre unidades homogêneas (a hierarquia de estratos socioeconômicos; a hierarquia cidadão/estrangeiro). O outro – o princípio da diferença – opera por intermédio da hierarquia entre identidades e diferenças consideradas únicas (a hierarquia entre etnias ou raças, entre sexos, entre religiões, entre orientações sexuais). Embora na prática os dois princípios frequentemente se sobreponham, uma política emancipatória de direitos humanos deve saber distinguir entre a luta pela igualdade e a luta

38 SANTOS, 2003, p. 441.

pelo reconhecimento igualitário das diferenças a fim de poder travar ambas as lutas eficazmente.³⁹

Em síntese, a hermenêutica diatópica pressupõe o conhecimento coletivamente produzido, por meio de trocas cognitivas e afetivas recíprocas, privilegiando-se o conhecimento-emancipação em detrimento do conhecimento-regulação⁴⁰. O caminho a ser percorrido, evidentemente, é bem acidentado, podendo ser identificadas diversas dificuldades para se chegar a um consenso que produza o que Boaventura chama de concepção intercultural de direitos humanos.

A primeira dificuldade que ele identifica é a advinda do passado histórico entre as diferentes culturas, o imperialismo cultural, resultante de trocas extremamente desiguais:

Que possibilidades há para um diálogo intercultural quando uma cultura foi moldada por massivas e continuadas agressões à dignidade humana perpetradas em nome da outra cultura? [...] Após séculos de trocas culturais desiguais, será justo tratar todas as culturas de forma igual? Será necessário tornar impronunciáveis algumas aspirações da cultura ocidental para dar espaço à pronunciabilidade de outras aspirações de outras culturas? Paradoxalmente – e contrariando o discurso hegemônico – é precisamente no campo dos direitos humanos que a cultura ocidental tem de aprender com o Sul para que a falsa universalidade atribuída aos direitos humanos no contexto imperial seja convertida em uma nova universalidade, construída a partir de baixo, o cosmopolitismo.⁴¹

Outro ponto de vulnerabilidade da teoria é o pressuposto da incompletude cultural. De fato, há o risco de que a cultura que se considera incompleta seja descaracterizada ou mesmo absorvida pela cultura dominante. Exemplos de resultados destrutivos verificados no encontro com a cultura ocidental são verificados nas culturas dos povos indígenas das Américas, da Austrália e da Nova Zelândia e na Índia.

Todavia, a alternativa seria o fechamento cultural ou a conquista cultural, ambos perniciosos. A solução é substituir a conquista cultural por diálogos interculturais baseados em condições preestabelecidas de comum acordo.

39 SANTOS, 2003, p. 442/443.

40 Ibid., p. 451.

41 SANTOS, 2003, p. 452.

3 A SHARIA E OS DIREITOS HUMANOS

O complexo sistema normativo designado Sharia – termo que pode ser traduzido como o caminho, a estrada que conduz à fonte da qual se deve beber – constitui um conjunto de regras que disciplinam a vida dos muçulmanos, desde o matrimônio até a tipificação de crimes e cominação de penas. Na definição de Massimo Papa e Lorenzo Ascanio:⁴²

[...] la shari'a ha infatti rappresentato per l'islam l'apice, la punta massima della sua espressione. Vera e propria *Lex divina*, scienza per eccellenza, essa ha avuto il merito, nel corso della storia, di essere elemento catalizzatore, capace di elevarsi a sistema giuridico, etico e religioso universale dell'intero mondo musulmano.

A cultura muçulmana prega a igualdade plena de todos perante Deus e sua lei e organiza-se segundo o princípio da solidariedade entre os membros da comunidade, a *umma*.

Sami A. Aldeeb Abu-Sahlieh⁴³ atesta que, das três fontes de lei, a ditatorial – aqui incluída a emanada do monarca –, a democrática e a revelada, os países islâmicos, com algumas exceções, como se verá, adotam esta última, representada pela Sharia, como lei máxima, com base no Alcorão e na Sunnah de Maomé:

Islam means submission to God's will as expressed in the Koran and the Sunnah of Mohammed, the two principal sources of Islamic law: "It is not for a believer man or woman, when God and his messenger have decided on a matter, to claim freedom of choice in their matter: whoever disobeys God and his messenger is manifestly misguided (33:36)".

Allah é, de fato, para essas comunidades, o verdadeiro legislador: a lei é a palavra de Deus, expressa por meio do profeta Maomé, que regulamenta toda a vida da comunidade, que deve observá-la piamente. A Sharia é, assim, o vínculo jurídico, ético e religioso instaurado entre Deus, o homem e a sua comunidade.⁴⁴

42 PAPA, posição 42.

43 ABU-SAHLIEH, op. cit.

44 PAPA, op. cit., posição 153.

Muito embora haja uma crescente laicização⁴⁵ de países islâmicos, verifica-se hoje, ao mesmo tempo, uma re-islamicização em outros tantos, pelo que permanece em vigor, em um grande número deles, as determinações da Sharia, ainda que restrita a assuntos mais sensíveis à tradição religiosa.

Sami A. Aldeeb Abu-Sahlieh⁴⁶ resume do seguinte modo a hierarquia legislativa do Islã:

For Muslim authors: If the question to regulate has been the subject of an authentic and clear text of the Koran or of the Sunnah, the nation has to obey to it; it could not establish a contrary rule. If the meaning can have various interpretations, the nation can try to deduce a solution starting from the comprehension of the text, by preferring an interpretation to another. In the absence of text, the nation is free to establish the norm which is appropriate to it, if this norm respects the spirit of Islamic law and its general rules and that it is not contrary to another Islamic norm.

Apesar de sua origem divina, a Sharia tornou-se efetiva pela interpretação dos chamados doutores da lei, que elaboraram, sob base científica e sistemática, um conjunto de regras que disciplinam pormenorizadamente a conduta do muçulmano, desde as regras alimentares, passando pelos atos de culto, até as questões relativas a contratos e sucessões.⁴⁷

Como já afirmado, existe uma Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos⁴⁸, proclamada pelo Conselho Islâmico, baseada no Alcorão e na Sunnah que preconiza que Deus é a fonte de todos os direitos humanos e que esses direitos, que devem ser respeitados, são parte integrante de toda a ordem islâmica.

A Declaração prevê como premissas, entre outras, a superioridade das obrigações e deveres sobre os direitos e a consideração de todos os recursos econômicos como “bênçãos divinas outorgadas à humanidade, para usufruto de todos, de acordo com as normas e os valores estabelecidos no Alcorão e na Sunnah.”

Em seguida, enumera como direitos humanos fundamentais o direito à vida, à liberdade, à igualdade, proibindo-se a discriminação

45 Vide PAPA, op. cit., posição 1.774. Citam-se como exemplo de países laicizados: Turquia, países da Ásia Central - Uzbequistão, Tadjiquistão, Quirguistão, Turcomenistão, Cazaquistão - e Tunísia.

46 ABU-SAHLIEH, op. cit.

47 PAPA, op. cit., posição 1.366.

48 Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>>.

ilícita, à justiça, ao julgamento justo, à proteção contra o abuso de poder, contra tortura, proteção à honra e à reputação, direito ao asilo, direitos das minorias, direito e obrigação de participação na condução e direção da coisa pública, liberdade de crença, pensamento e expressão, liberdade de religião, direito de livre associação, à ordem econômica e aos direitos dela decorrentes; direito de proteção da propriedade; condição e dignidade dos trabalhadores; direito à seguridade social; direito de constituir família e assuntos correlatos; direitos das mulheres casadas; direito à educação; à privacidade; à liberdade de movimento e moradia.

Vê-se, assim, que o Islã não é incompatível com o respeito aos direitos humanos ou mesmo com a democracia. Pondera Sami A. Aldeeb Abu-Sahlieh⁴⁹, todavia, que os direitos reconhecidos na Declaração apenas serão respeitados na medida em que não contrariarem a Sharia e que há diversas disposições da Sharia que contrastam com os *standards* de direitos humanos ocidentais, como a desigualdade entre homens e mulheres no casamento (poligamia, repúdio e vestimentas) e com relação à permissão para o casamento com não muçulmanos, no campo sucessório, no que tange à liberdade religiosa – é permitido se converter ao Islã, mas não é permitido deixar o Islã –, e a respeito de algumas penas severas e intoleráveis aos olhos ocidentais, como o apedrejamento, a pena de morte e a amputação de membro.

Boaventura⁵⁰ cita a interpretação da Sharia dada por Abdullahi Ahmed An-Na'im como um bom exemplo de hermenêutica diatópica entre a cultura ocidental e a cultura islâmica. A interpretação diz respeito à noção islâmica de direitos humanos. Afirma-se que existem, basicamente, duas posições, a respeito da interpretação da Sharia, uma absolutista ou fundamentalista e outra secular ou modernista.

Para a primeira corrente de pensamento, a Sharia deve ser integralmente aplicada como direito dos Estados islâmicos, havendo, assim, incompatibilidades não solucionáveis entre a concepção ocidental de direitos humanos e a Sharia, devendo essa prevalecer. A título exemplificativo, a Sharia determina a criação de um Estado para muçulmanos, não reconhecendo quaisquer direitos políticos aos não muçulmanos, que sequer são considerados cidadãos. Com relação às mulheres, a segregação é tolerada e, em algumas interpretações mais estritas, elas são excluídas por completo da vida pública.

A outra posição, chamada de secularista ou modernista, entende que os muçulmanos devem organizar-se em Estados seculares, sendo o Islã um movimento religioso e não político. Desse modo, as sociedades

49 ABU-SAHLIEH, op. cit.

50 SANTOS, 2003, p. 448.

muçulmanas modernas podem organizar seus governos livremente. Como exemplo de país muçulmano secular, a Tunísia proibiu a poligamia em 1956, sob a alegação de esta ter deixado de ser aceitável, além do fato de a exigência do Alcorão de tratamento igualitário das esposas ser impossível de aplicar-se na prática.

An-Na'im critica essas duas posições, propondo um caminho do meio, por meio do qual pretende encontrar os fundamentos interculturais para a defesa da dignidade humana, através de uma reconciliação ou relação positiva entre os dois sistemas normativos de direitos humanos, ocidental e muçulmano. Para ele, o problema maior da Sharia consiste na exclusão das mulheres e dos não-muçulmanos do princípio da reciprocidade. Propõe, então, uma "Reforma islâmica", tendo por base uma

revisão evolucionista das fontes islâmicas que relativiza o contexto histórico específico em que a Sharia foi criada pelos juristas dos séculos VIII e IX. Nesse contexto histórico específico, uma construção restritiva do "Outro" e, portanto, uma aplicação igualmente restritiva do princípio da reciprocidade, foi provavelmente justificada. No contexto atual, há todas as condições para uma concepção mais ampla da igualdade e da reciprocidade a partir das fontes corânicas.⁵¹

Ainda segundo An-Na'im, uma análise atenta do Alorão e da Sunnah revela dois níveis ou fases da mensagem do Islã, uma do período da Meca Antiga e outra do período subsequente, de Medina. A mensagem de Meca seria a mensagem eterna e fundamental do Islã, que exalta a dignidade inerente a todos os seres humanos, sem discriminação de sexo, raça ou religião, mas era avançada demais para a época – século VII, a fase da Medina. Assim, sua aplicação foi suspensa até que as circunstâncias tornassem possível sua aplicação. Esse tempo, afirma An-Na'im, é agora.

Boaventura critica essa concepção, todavia, apenas pelo fato de ser unilateral e não fruto de uma hermenêutica diatópica. Tal trabalho interpretativo, assevera, não pode ser realizado por uma cultura ou uma única pessoa. Ele afirma que An-Na'im aceita muito facilmente e de forma acrítica o universalismo europeu: "[...] Este autor, ao mesmo tempo que propõe uma abordagem evolucionista crítica e contextual da tradição islâmica, faz uma interpretação da Declaração Universal dos Direitos Humanos surpreendentemente a-histórica e ingenuamente universalista. [...]"⁵²

Demonstrada a preocupação islâmica com os direitos humanos e a viabilidade de se construir um conceito universal de direitos humanos,

51 SANTOS, 2003, p. 449.

52 SANTOS, 2003, p. 451.

que provenha e permita a participação de todas as culturas, mister analisar a compatibilidade do ingresso e permanência dos países muçulmanos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

4 A CONGRUÊNCIA NA PARTICIPAÇÃO DE PAÍSES MUÇULMANOS NA CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM

Como dito, a Convenção Europeia de Direitos do Homem admite que os países que a ratificam façam reservas com relação à legislação interna. A maioria dos países signatários usa dessa prerrogativa, muitos deles invocando o respeito às cláusulas pétreas constitucionais, os “supremos e inalienáveis direitos humanos”, que seriam os direitos hierarquicamente superiores e imutáveis, previstos em sua legislação. A Itália nomeia como tais, por exemplo, os direitos da pessoa e de defesa (artigos 2º e 24 da Constituição italiana).

A Convenção não está autorizada a se sobrepor aos direitos nacionais, entendidos como tradição, cultura e valores religiosos, devendo dialogar para se chegar a um acordo em temas polêmicos como o aborto, a ofensa religiosa, a liberdade de expressão, entre outros. Estabelece-se, assim, um nível mínimo de proteção, a partir do qual os estados podem agir livremente (*better protection clause*).

Com base nessa ótica, a Convenção Europeia de Direitos do Homem só protege direitos civis e políticos, que devem ser o mais uniformes possível, deixando descobertos os direitos sociais e econômicos, que ficam ao alvedrio das constituições dos países membros.

A Inglaterra, por exemplo, não reconhece o efeito direto das decisões da Corte no direito interno e se recusa, reiteradamente, a cumprir determinadas decisões que vão de encontro a sua tradição, como se dá com relação ao direito de os presos votarem em qualquer ocasião, cuja violação restou assentada em *Hirst v. the United Kingdom*, em 2005, permanecendo até os dias atuais. No caso *Tyrer v. the United Kingdom*, o país também foi condenado por não proteger um menor de um castigo desmedido aplicado na escola, segundo os costumes locais. Todavia, em *Handyside v. the United Kingdom*, diante da proibição de circulação de livro sobre educação sexual para crianças, a Corte recuou, sob a alegação de que o Estado está em melhor posição para avaliar a questão (margem de apreciação).

Desse modo, a reserva dos países muçulmanos com relação à Sharia não deveria ser vista com assombro pelo ocidente.

Não obstante, o choque cultural entre a cultura ocidental e o islamismo é inevitável e parte das próprias premissas desta cultura, como exemplificado por Abdullahi Ahmed An-Na'im:

[...] From the religious point of view, human life does not end at death, but extends beyond that to the next life. In fact, religious sources strongly emphasize that the next life is the true and ultimate reality, to which this life is merely a prelude. In the next *eternal* life, every human being will stand judgment and suffer the consequences of his or her actions in this life. A religiously sanctioned punishment, however, will absolve an offender from punishment in the next life because God does not punish twice for the same offense. Accordingly, a thief who suffers the religiously sanctioned punishment of amputation of the right hand in this life will not be liable to the much harsher punishment in the next life. To people who hold this belief, however, severe the Qur'anic punishment may appear to be, it is in fact extremely lenient and merciful in comparison to what the offender will suffer in the next life should the religious punishment not be enforced in this life.⁵³

Sob o ponto de vista do Islã, a pena de amputação da mão direita, por exemplo, pode ser menos cruel, desumana ou degradante do que a que será aplicada na outra vida, a vida eterna, que, para o fiel, é a que realmente importa. Além disso, a pena também é “boa”, na medida em que serve, ao mesmo tempo, para reabilitar o infrator e salvaguardar a sociedade de potenciais crimes futuros.

Comparando-se a cultura ocidental dos direitos humanos com a *umma* da cultura islâmica (entendida como referente à comunidade étnica, linguística ou religiosa de pessoas que são objeto do plano divino de salvação), Boaventura observa incompletudes mútuas.

Vistos sob a ótica da *umma*, os direitos humanos fundamentais ocidentais são incompletos, na medida em que, com base neles, é impossível fundar-se laços de solidariedade coletiva indispensáveis à sobrevivência e à prosperidade de dada comunidade. Exemplo disso reside na dificuldade de a concepção ocidental de direitos humanos aceitar direitos coletivos de grupos sociais ou povos – minorias étnicas, mulheres, crianças, índios.

Na direção oposta, analisando-se a *umma* a partir da concepção ocidental de direitos humanos, tem-se a prevalência de deveres sobre os direitos, o que pode levar a que se perdoem desigualdades inadmissíveis, como entre homens e mulheres, muçulmanos e não muçulmanos.

Com efeito, sintetiza Boaventura:

[...] A hermenêutica diatópica mostra-nos que a fraqueza fundamental da cultura ocidental consiste em estabelecer dicotomias demasiado rígidas entre o indivíduo e a sociedade, tornando-se assim vulnerável

53 AN-NA'IM, op. cit., p.35.

ao individualismo possessivo, ao narcisismo, à alienação e à anomia. De igual modo, a fraqueza fundamental das culturas hindu e islâmica deve-se ao fato de nenhuma delas reconhecer que o sofrimento humano tem uma dimensão individual irredutível, que só pode ser adequadamente considerada em uma sociedade não hierarquicamente organizada.⁵⁴

Abdullahi Ahmed An-Na'im cita como exemplo dessa divergência cultural a dificuldade de interpretar-se a cláusula aberta contida na Declaração Universal dos Direitos do Homem de proibição de tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante (artigo V) sob a ótica do Islã, fundado na Sharia, que prevê punições como a amputação de membro e o apedrejamento.

Pondera que, embora os requisitos para aplicação dessas penas sejam tão rígidos a ponto de quase inviabilizá-las na prática, elas não seriam abolidas, mesmo pelos países que ratificaram a Declaração, pois que derivam da lei islâmica: "However, to the vast majority of Muslims, the matter is settled by categorical will of God as expressed in the Qur'an and, as such, is not open to question by human beings."⁵⁵

Os juristas, líderes políticos e religiosos podem, no entanto, restringir ainda mais o alcance dessas punições, estabelecendo, por exemplo, que condições sociais e econômicas justifiquem impedir a pena de amputação da mão direita daquele que furta (já existe a escusante com relação ao que furta para sobreviver), dificultar ainda mais o procedimento para a imposição da pena, incluir a desordem psicológica, como a cleptomania, como causa de inimputabilidade. Esses desdobramentos, argumenta, podem surgir de um diálogo intercultural.

Por outro lado, observa-se da Declaração Islâmica que alguns direitos nela reconhecidos são repudiados pelo ocidente, não por serem degradantes, mas por contrariarem interesses econômicos dos mais poderosos, como os relacionados à ordem econômica:

XV – A Ordem Econômica e os Direitos Dela Decorrentes a. Na sua busca econômica, todas as pessoas têm direito a todos os benefícios da natureza e de seus recursos. Eles são bênçãos concedidas por Deus para o bem da humanidade como um todo. [...] d. O pobre tem direito a uma parte prescrita na fortuna do rico, conforme estabelecido pelo Zakah⁵⁶, cobrado e arrecadado de acordo com a Lei. e. Todos os meios de produção serão utilizados no interesse da comunidade (umma) como um todo e não devem

54 SANTOS, 2003, p. 447.

55 AN-NA'IM, op. cit., p.34/35.

56 Imposto purificador sobre a riqueza, um dos cinco pilares do Islã e que é compulsório aos muçulmanos.

ser descuidados ou malversados. f. A fim de promover o desenvolvimento de uma economia equilibrada e proteger a sociedade da exploração, a Lei islâmica proíbe monopólios, práticas comerciais restritivas, usura, o uso da força para fazer contratos e a publicação de propaganda enganosa. [...]

Como pontua Boaventura de Sousa Santos⁵⁷, vista a partir de outras culturas, como a hindu ou a muçulmana, a concepção ocidental de direitos humanos tem por premissa uma simetria simplista e mecanicista entre direitos e deveres: garante direitos tão somente àqueles de quem se podem exigir deveres. Nessa concepção, a natureza, o meio ambiente, as futuras gerações não têm direitos, simplesmente por que não se pode impor deveres a eles.

Nesse sentido, Abdullahi Ahmed An-Na'im: "For exemple, while fully supportive of civil and political rights, adherents of the Western liberal tradition may find it difficult to accept certain collective or communal rights, such as a right to development, as human rights."⁵⁸

Pode-se dizer, assim, que, além do fato de não haver obstáculo considerável ao ingresso e à permanência de países muçulmanos na Convenção Europeia de Direitos do Homem, a cultura e os valores do Islã devem servir de inspiração para o aperfeiçoamento do sistema protetivo convencional. Através de um diálogo intercultural, com influências mutuas, a rede de proteção aos direitos humanos tende a se fortalecer, possibilitando a ruptura de barreiras culturais que impedem que se assegurem direitos essenciais à humanidade.

5 CONCLUSÃO

O tema dos direitos humanos é fonte inesgotável de pesquisa e debate, visando ao seu aprimoramento, já que estão em constante transformação, construção e reconstrução. Como objeto cultural, devem provir de uma definição dialética, que envolva a participação efetiva e igualitária de todas as culturas.

A pretensão de universalidade das declarações ocidentais esbarra em uma desconcertante história de dominação, violência e exploração, na qual os direitos humanos foram e são usados como justificativa para o cometimento das maiores atrocidades com relação aos dominados, em regra com escopo econômico.

Com efeito, não se pode descurar da falácia da afirmação da universalidade dos direitos humanos diante das flagrantes violações a esses direitos verificadas diuturnamente inclusive nos países tidos como

⁵⁷ SANTOS, 2003, p. 446.

⁵⁸ AN-NA'IM, op. cit., p. 4.

seu nascedouro. O fato é que, hoje, a “grande maioria da população mundial não é sujeito de direitos. É objeto de discursos de direitos humanos.”⁵⁹

Como indaga Boaventura: “Por que há tanto sofrimento humano injusto que não é considerado uma violação dos direitos humanos?”⁶⁰ Citem-se neocolonialismo, racismo, xenofobia, sexismo, estado de exceção – permanente – em virtude de ameaça terrorista, situação dos imigrantes e refugiados, dentre tantos outros exemplos de violação aos direitos humanos tão comumente verificada.

A construção do conceito verdadeiramente universal de direitos humanos deve partir da desconfiança das definições e concepções convencionais, de matriz ocidental⁶¹. Deve surgir de baixo, das partes excluídas e dominadas, por meio da articulação e troca de experiência entre os vários movimentos sociais e suas lutas, na busca de um cosmopolitismo subalterno⁶².

A procura pela realização do princípio da igualdade não pode partir apenas de um conceito jurídico-político de igualdade perante a lei, mas deve ser uma igualdade sócio-econômico-cultural, que acolha as diferenças sexuais, étnico-culturais, sociais, sintetizada com maestria por Boaventura: “temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza e temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos trivializa.”⁶³

A abertura para o diálogo intercultural deve fazer com que se reconheçam como direitos humanos universais direitos que sempre estiveram à parte das convenções ocidentais, como o direito à terra como condição de vida digna, direito à água, direitos da natureza, direito à soberania alimentar, à biodiversidade cultural, direito à saúde coletiva, à autodeterminação.⁶⁴

Dessa troca de experiência deve resultar o reconhecimento de que os direitos econômicos, sociais e culturais são tão importantes quanto os direitos civis e políticos, e não mera caridade ou generosidade estatal ou da comunidade internacional.

Como lembra Flávia Piovesan, “tão importante quanto a liberdade de expressão é o acesso à saúde, educação e ao trabalho. Tão grave quanto

59 SANTOS, 2014, posição 414.

60 Ibid., posição 427

61 Neste sentido, SANTOS, 2014, posição 427. Opinião discordante é encontrada em AN-NA'IM, op. cit., p. 5: “This approach, however, does not seek to repudiate the existing international standards of human rights. On the contrary, it maintains that there are compelling reasons for accepting and working with these standards. Despite problems with the cultural legitimacy and practical efficacy of existing standards, we may never regain the ground gained by the international human rights movement thus far if these standards are repudiated today.”

62 SANTOS, 2014, posição 608.

63 Ibid., posição 796.

64 SANTOS, 2014, posições 1.192 e 1.226.

morror sob tortura é morrer de fome.”⁶⁵ A pobreza, aliás, segundo a Organização Mundial de Saúde, mata mais do que todas as guerras no mundo.

A esse respeito, importante ponderação feita por Boaventura sobre o hodierno poder das agências financeiras internacionais na regulação dos Estados e, por conseguinte, sua interferência direta nos direitos humanos:

[...] Num contexto em que a distinção entre o poder político e o poder econômico se dilui, a centralidade do Estado na discussão dos direitos humanos não permite estabelecer o nexo de causalidade entre poderosos atores não estatais e algumas das mais massivas violações de direitos humanos, como sejam as que hoje atingem milhões de trabalhadores, imigrantes, pensionistas e estudantes no sul da Europa em resultado da crise causada em boa parte pela desregulação do capital financeiro, a especulação financeira, a evasão fiscal, os paraísos financeiros, a corrupção generalizada e os parlamentos transformados em balcões de negócio. [...] ⁶⁶

Os direitos humanos foram usados durante muito tempo para justificar a dominação ocidental. Hoje, a tónica incide também sobre a democracia. Se um país é uma ditadura, não merece o respeito da comunidade internacional, podendo ser invadido, para o resgate dos “valores ocidentais universais”. O que se ignora, propositadamente, são os governos que, embora contem com forte apoio popular, também infringem direitos humanos.

Ruanda foi um exemplo emblemático, mas podem-se citar diversos outros, como os Estados Unidos da América, em Guantánamo ou mesmo no Iraque e no Afeganistão, os países do ocidente europeu que se recusam a assegurar aos refugiados o mínimo de dignidade, os países da América latina, como o Brasil, nos quais a violência, muitas vezes restrita a minorias, chega a níveis alarmantes, sem contar as deficiências com relação à saúde e higiene básica.

Importante reconhecer, primeiro, que eleições periódicas não significam democracia (para a ONU, apenas 57% da população mundial vive em países considerados democráticos de fato) e, em segundo lugar, que democracia não é suficiente, por si só, para assegurar os direitos humanos, sem que se assegure justiça social (a riqueza do planeta está concentrada nas mãos de um quinto de sua população). Nesse sentido a afirmação de Etienne-Richard Mbaya:

65 PIOVESAN, op. cit., p. 108.

66 SANTOS, 2014, posição 522.

[...] Do mesmo modo, a qualidade da democracia fica em perigo nas sociedades que mantêm desigualdades gritantes em detrimento dos pobres, desfavorecidos e marginalizados. A democracia política sem a social ignora os laços entre democracia, solidariedade e direitos humanos.⁶⁷

Reconhecendo-se as deficiências na proteção aos direitos humanos tanto pelo ocidente quanto pelo oriente, nele compreendidos os países muçulmanos espalhados pelo mundo, ao tempo em que se permite uma maior abertura para o diálogo intercultural, o produto será uma sociedade mais igualitária e solidária, que se preocupa não só com seus nacionais, mas com toda a humanidade, sejam as gerações atuais sejam as futuras gerações, assim como o ambiente que as sustenta.

Por possibilitar o convívio, no mesmo círculo convencional, de culturas tão distintas, a Convenção Europeia de Direitos do Homem deve servir de palco para que esse diálogo intercultural se intensifique e produza frutos que alimentarão todas as comunidades, entendidas como compostas por membros de uma única nação, a nação humana.

REFERÊNCIAS

ABU-SAHLIEH, Sami A. Aldeeb. *Islamic concept of law and its impact on Human rights*. Disponível em: <<http://sami-aldeeb.com/english-islamic-concept-of-law-and-its-impact-on-human-rights/>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. *Cross-Cultural Perspectives – a quest for consensus*. Philadelphia: University of Pennsylvania, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010. 7ª ed., rev. e atual.

Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>> Acesso em: 13 set. 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Declaração Universal, sua significação e alcance*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-25/declaracao-universal-direitos-homem-significacao-alcance?>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

67 MBAYA, op. cit., p. 32.

MBAYA, Etienne-Richard. *Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas*. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Estudos Avançados 11 (30), 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v11n30/v11n30a03.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

PAPA, Massimo e ASCANIO, Lorenzo. *Shari'a – La legge sacra dell'islam*. Bologna: Mulino, 2014. Edição para Kindle.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos: desafios e perspectivas contemporâneas*. Rev. TST, Brasília, vol. 75, nº 1, jan/mar 2009. Disponível em: <http://www.cienciassociais.unir.br/noticias_arquivos/14833_piovesan,_2009.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar – Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. *Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2014. Edição para Kindle.

WALLERSTEIN, Immanuel Maurice. *O universalismo europeu – a retórica do poder*. São Paulo: Boitempo, 2007.

<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n1359128122487_pointer>. Acesso em: 31 ago. 2016.

<<http://www.muslimpopulation.com/Europe/>>. Acesso em: 13 set. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS: DIFERENÇAS, ESTRUTURAS E FUNÇÕES PRECÍPUAS

COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION AND EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: DIFFERENCES, STRUCTURES AND ESSENTIAL FUNCTIONS

Danuta Rafaela Nogueira de Souza Calazans¹

*Graduada pela AESO – Faculdades Integradas Barros Melo. Especialista em Direito
Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina*

Renata Maria Periquito Pontes Cunha²

*Graduada em Direito pela UNICAP - Universidade Católica de Pernambuco.
Especialista em Direito Público pela Faculdade Maurício de Nassau, Recife-PE*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Tribunal de Justiça da União Europeia; 1.1 Reenvio prejudicial; 1.2 Ações por descumprimento; 1.3 Recursos de Anulação; 1.4 Ação por Omissão; 1.5 Recurso de Decisão do Tribunal Geral; 1.6 Acesso aos Cidadãos; 2 O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos; 2.1 Acesso aos cidadãos; 3 Conclusão; Referências.

1 Procuradora Federal. Atualmente ocupa o cargo de Procuradora-Chefe Substituta do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE. Participou do Curso de Alta Formação em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais, Curso de Aperfeiçoamento promovido pela Universidade de Pisa - Itália.

2 Procuradora Federal. Atualmente ocupa o cargo de Coordenadora de Assuntos Judiciais do Ministério das Cidades. Participou do Curso de Alta Formação em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais, Curso de Aperfeiçoamento promovido pela Universidade de Pisa - Itália. Atualmente cursa Mestrado em Direito Público no UNICEUB - Centro de Ensino Unificado de Brasília.

RESUMO: O presente artigo busca dirimir as dúvidas constantemente existentes entre aqueles que decidem iniciar o estudo dos principais Tribunais Europeus: o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Através de uma abordagem comparativa, pretende-se explicar as principais características de cada um destes Tribunais, suas missões, suas competências e em especial como o cidadão pode ter acesso a estes órgãos tão complexos e repletos de particularidades que os tornam extremamente relevantes no cenário jurídico não só europeu, mas também mundial.

PALAVRAS CHAVES: Cortes Europeias. Tribunal de Justiça. União Europeia. Direitos Humanos.

ABSTRACT: This article seeks to resolve constantly doubts among those who decide to look into the study of the major European courts: the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights. Through a comparative approach, we intend to explain the main features of each of these courts, its missions, its powers and in particular how citizens can have access to these agencies so complex and full of characteristics that make them extremely relevant in the legal scenario not only European but also worldwide.

KEYWORDS: European Courts. Court of Justice. European Union. Human Rights.

INTRODUÇÃO

O Tribunal de Justiça da União Europeia, fixado em Luxemburgo, é frequentemente confundido com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, com sede em Estrasburgo. Embora inicialmente pareçam similares, cada um deles desempenha atribuições específicas e extremamente complexas que os diferenciam por completo.

A *Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948*, é considerada o maior instrumento de garantia coletiva de direitos humanos. Tem por ideal atingir todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade se esforcem pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universal e efetiva tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição.

Sendo certa a sua relevância, a Declaração precisava ter seu conteúdo ser assegurado. Neste intuito, em 1950, a *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais* (A Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950) foi elaborada no seio do Conselho da Europa e aberta à assinatura em Roma, em 4 de Novembro de 1950, entrando em vigor em Setembro de 1953.

A Convenção consagrava, de um lado, uma série de direitos e liberdades civis e políticos e estabelecia, de outra ponta, um sistema que visava garantir o respeito das obrigações assumidas pelos Estados Contratantes. Três instituições partilhavam a responsabilidade deste controle: a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, o *Tribunal Europeu dos Direitos do Homem* e o Comité de Ministros do Conselho da Europa, composto pelos ministros dos Negócios Estrangeiros dos Estados Membros ou pelos seus representantes.

É neste contexto que surge em 1959 o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, também conhecido como Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, cuja missão é assegurar o respeito dos compromissos que decorrem para as altas partes contratantes da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e dos seus protocolos.

O Tribunal de Justiça da União Europeia, como o próprio nome explica, tem abrangência mais restrita e sua criação está intimamente ligada ao surgimento e evolução da União Europeia.

A União Europeia pode ser definida como um bloco econômico, político e social de 28 países europeus que participam de um projeto de integração política e econômica. Estes países são tidos como politicamente democráticos, sendo regidos por um Estado de Direito.

Além de promover a unidade política e econômica da Europa, a União Europeia tem como objetivo melhorar as condições de vida de trabalho dos cidadãos europeus, reduzir as desigualdades sociais e econômicas entre as regiões, fomentar o desenvolvimento econômico dos países em fase de desenvolvimento e proporcionar um ambiente de paz, harmonia e equilíbrio na Europa.

Para chegar a este bloco econômico e social, alguns Estados Europeus celebraram Tratados que instituíram Comunidades Europeias, tais como a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço - CECA e a Comunidade Econômica Europeia - CEE que, mais tarde, evoluíram para formar a atual União Europeia.

O Tribunal de Justiça da União Europeia foi criado no seio dessas transformações históricas, que viriam a resultar na criação da União Europeia, tendo sido implementado no ano de 1952 pelo Tratado da CECA - Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço com a missão de garantir “o respeito do direito na interpretação e aplicação” dos Tratados.

Assim, o Tribunal de Justiça da União Europeia tendo como missão assegurar o respeito do direito na interpretação e na aplicação do direito da União Europeia.

1 O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

“Em vós saúdo não apenas o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, mas também a perspectiva de um Tribunal Federal Europeu Supremo”.

Jean Monet, excerto do discurso proferido quando da inauguração do Tribunal de Justiça da CECA - Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, Luxemburgo, 10 de Dezembro de 1952.

O Tribunal de Justiça da União Europeia, após a revisão do Tratado de Lisboa, restou consagrado como o órgão jurisdicional da União Europeia, velando, em colaboração com os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros, pela aplicação e interpretação uniformes do direito da União, tendo como funções: fiscalizar a legalidade dos atos das instituições da União Europeia; assegurar o respeito, pelos Estados-Membros, das obrigações decorrentes dos Tratados, e interpretar o direito da União a pedido dos juízes nacionais.

Com base nas funções acima descritas, conclui-se que a função precípua do aludido tribunal é a de interpretar o direito da União Europeia, a fim de garantir a sua aplicação uniforme em todos os Estados-Membros.

Além disso, tem a função de resolver os litígios entre os governos nacionais e as instituições europeias e, ainda, de permitir que particulares, empresas e organizações a ele recorram se considerarem que os seus direitos foram infringidos por qualquer instituição europeia.

Historicamente, passou por diversas evoluções: surgiu em 1952 como o Tribunal da Comunidade Europeia do Carvão e Aço (CECA), depois transformado, em 1957, no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Em 1989 foi criado o Tribunal de Primeira Instância e em 2004 surge o Tribunal da Função Pública. Somente em 2009 o TJCE passa a ser o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), composto pelo Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Geral e pelo Tribunal da Função Pública.

O Tribunal de Justiça da União Europeia tem sede em Luxemburgo, local onde se reúnem seus membros para a realização das sessões de julgamento. Atualmente é composto por duas jurisdições: o Tribunal de Justiça e o Tribunal Geral (criado em 1988). O Tribunal da Função Pública, criado em 2004, cessou as suas atividades em 01 de setembro de 2016 depois de ter transferido ao Tribunal Geral as suas competências no contexto da reforma da arquitetura jurisdicional da União Europeia.

A composição do Tribunal consiste em um juiz por cada país membro da União Europeia e oito advogados-gerais, designados em comum acordo pelos governos dos Estados-Membros, após consulta de um comitê com incumbência para a análise da adequação dos candidatos ao exercício das funções propostas.

Todas as línguas oficiais da União Europeia podem ser utilizadas como línguas de processo. Em princípio, a língua do processo é a do demandante ou recorrente. Nos processos prejudiciais, a língua é a do órgão jurisdicional nacional que apresenta questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça. Nas ações por incumprimento, a língua é a do Estado contra a qual a ação é intentada, enquanto que nos recursos de decisões do Tribunal Geral, a língua do processo é, em princípio, aquela em que foi proferida a decisão originária.

Tanto os juízes como os advogados-gerais são nomeados por um período de seis anos, renovável, sendo escolhidos dentre juristas que ofereçam todas as garantias de independência e que reúnam as condições exigidas, nos respectivos países, para o exercício das mais altas funções jurisdicionais ou que sejam de reconhecida competência.

O Presidente do Tribunal de Justiça da União Europeia dirige os trabalhos e os serviços do Tribunal, além de presidir as audiências, sessões de julgamento e deliberações, devendo ser eleito dentre os membros, para um período renovável de três anos.

Os advogados-gerais funcionam como uma espécie de assistentes do Tribunal, cabendo-lhes apresentar, com imparcialidade e independência, pareceres jurídicos, denominados “conclusões”, nos processos para os quais tenham sido designados. Há, ainda, na estrutura do Tribunal, um Secretário, que assume as funções de secretário-geral da instituição, dirigindo os serviços sob a autoridade do Presidente do Tribunal.

O Tribunal pronuncia-se sobre os processos que são submetidos à sua apreciação, sendo os mais comuns os seguintes:

1.1 Reenvio prejudicial

O Tribunal de Justiça da União Europeia trabalha em colaboração com todos os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros. Nesse ínterim, com o objetivo de garantir uma aplicação efetiva e homogênea da legislação da União, evitando-se qualquer interpretação divergente, os juízes nacionais podem, e por vezes devem, demandar o Tribunal de Justiça da União Europeia, a fim de lhe pedir que esclareça um ponto de interpretação do direito da União, para que seja viabilizada, por exemplo, a análise da conformidade da respectiva legislação nacional com este direito. O pedido de decisão prejudicial pode, também, ter como finalidade a fiscalização da legalidade de um ato adotado por uma das instituições da União Europeia.

O Tribunal de Justiça, por sua vez, responde não mediante a elaboração de um simples parecer, mas através de acórdão ou despacho fundamentado, acórdão este que vincula o tribunal nacional destinatário, além dos demais órgãos jurisdicionais nacionais a que seja submetido um problema idêntico.

Registre-se que é, ainda, no âmbito do processo de reenvio prejudicial que qualquer cidadão europeu pode solicitar que sejam esclarecidas as regras da União que lhe dizem respeito. Nesse contexto, mister esclarecer que, embora o processo de reenvio prejudicial só possa ser desencadeado por um órgão jurisdicional nacional, as partes já presentes nos órgãos jurisdicionais nacionais, os Estados-Membros e as instituições da União Europeia podem participar no processo perante o Tribunal de Justiça. Foi deste modo que alguns grandes princípios do direito da União Europeia foram enunciados. Ou seja, a partir de questões prejudiciais, muitas vezes submetidas por órgãos jurisdicionais de primeira instância.

1.2 Ações por descumprimento

As ações por descumprimento viabilizam ao Tribunal de Justiça a fiscalização do cumprimento pelos Estados-Membros, das obrigações que lhes incumbem por força do direito da União Europeia.

Há uma fase administrativa, um procedimento prévio desencadeado pela Comissão, que consiste em dar ao respectivo Estado-Membro a oportunidade de responder às imputações que lhe são feitas. Assim, se tal procedimento não levar o Estado-Membro a pôr termo ao descumprimento, pode ser intentada no Tribunal de Justiça uma ação por violação do direito da União.

Essa ação pode ser intentada pela Comissão (na prática, o caso mais frequente) ou por um Estado-Membro. Se o Tribunal de Justiça reconhecer, declarando expressamente o descumprimento, o Estado em questão será obrigado a lhe pôr termo imediatamente. Se, ainda, após a propositura de nova ação pela Comissão, o Tribunal de Justiça declarar que o Estado-Membro em questão não adotou as providências necessárias ao cumprimento de seu acórdão, este órgão jurisdicional poderá condená-lo ao pagamento de um montante fixo ou de uma sanção pecuniária compulsória. Todavia, na hipótese de se constatar a inércia por parte do Estado, ou seja, a falta de comprovação de que medidas foram adotadas, o Tribunal de Justiça pode, a requerimento da Comissão, aplicar uma sanção pecuniária ao Estado Membro já na fase do primeiro acórdão de descumprimento.

1.3 Recursos de Anulação

Tal espécie de recurso permite ao recorrente que requeira a anulação de um ato de uma instituição, de um órgão ou de um organismo da União Europeia (designadamente um regulamento, uma diretiva, uma decisão). São da competência do Tribunal de Justiça os recursos interpostos por um Estado-Membro contra o Parlamento Europeu e/ou o Conselho (exceto dos atos deste último em matéria de auxílios de Estado, de dumping e de competências de execução) ou por uma instituição da União, questionando um ato de outra instituição. O Tribunal Geral é competente para conhecer, em primeira instância, todos os outros recursos deste tipo, especialmente os recursos interpostos pelos particulares e os recursos interpostos pelo Estado-Membro em face da Comissão.

1.4 Ação por Omissão

A ação por omissão é o instrumento processual que permite fiscalizar a legalidade da inércia das instituições, de um órgão ou de um organismo da União Europeia. Este tipo de ação só pode ser intentado depois de a instituição em questão ter sido instada a agir. Nesse ínterim, quando a ilegalidade da omissão for declarada, compete à instituição processada pôr termo ao descumprimento através da

adoção de medidas adequadas para tanto. A competência para as ações por omissão é compartilhada entre o Tribunal de Justiça e o Tribunal Geral segundo os critérios aplicáveis aos recursos de anulação.

1.5 RECURSO DE DECISÃO DO TRIBUNAL GERAL

É cabível a interposição, perante o Tribunal de Justiça da União Europeia, de recurso destinado a atacar, exclusivamente, as questões de direito constantes dos acórdãos e despachos do Tribunal Geral.

Se o mencionado recurso for admissível e, posteriormente, julgado procedente, o Tribunal de Justiça anulará a decisão do Tribunal Geral. Nesse contexto, caso o processo esteja em condições de ser julgado, o Tribunal de Justiça pode decidir definitivamente o litígio. Caso contrário, deve remeter o processo ao Tribunal Geral, que fica vinculado à decisão proferida sobre o recurso.

No que concerne ao procedimento da tramitação processual no Tribunal de Justiça da União Europeia, importante registrar que, seja qual for a natureza do litígio, o processo compreenderá uma fase escrita e, eventualmente, uma fase oral, que é pública.

1.6 Acesso aos Cidadãos

Uma pessoa singular ou coletiva pode interpor recurso no Tribunal Geral: contra um ato de uma instituição, de um órgão ou de um organismo da União Europeia de que seja destinatária ou que lhe diga direta e individualmente respeito; e contra um ato regulamentar que lhe diga diretamente respeito e que não contenha medidas de execução.

Isto é, no Tribunal de Justiça da União Europeia qualquer cidadão ou empresa que se considere lesado na sequência de uma ação ou de inação de uma instituição da União Europeia ou do seu pessoal, pode recorrer para o TJUE, de duas formas: indiretamente através dos tribunais nacionais, os quais podem decidir remeter o caso para o Tribunal ou diretamente para o Tribunal Geral, quando uma decisão de uma instituição da União Europeia o afetou direta e individualmente.

Além disso, os cidadãos da União Europeia têm também a possibilidade de apresentar observações no Tribunal de Justiça, quando o juiz nacional, chamado a decidir um litígio que lhes diga respeito, decida submeter questões prejudiciais a este.

2 O TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

Em 04 de Novembro de 1950, os ministros de quinze países europeus, reunidos em Roma, assinaram a Convenção Europeia dos Direitos do Homem que, com um alcance sem precedentes, constitui um marco na evolução do Direito Internacional. Tal Convenção entrou em vigor em 03 de Setembro de 1953.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem - Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, como foi intitulada, foi elaborada pelo Conselho da Europa, enunciando uma serie de direitos civis e políticos, assistidos por um sistema que garantia o respeito das suas disposições por parte dos Estados signatários. Tal documento visava, sobretudo, tomar as medidas que pudessem assegurar a garantia coletiva de alguns dos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

A Convenção, como dito, além de consagrar uma série de direitos e liberdades civis e políticos, também previa um sistema que visava garantir o respeito das obrigações assumidas pelos Estados Contratantes.

Nesse contexto, três instituições dividiam as responsabilidades pelo controle do aludido sistema: a Comissão Europeia dos Direitos Humanos (criada em 1954), o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (instituído em 1959) e o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, composto pelos ministros dos Negócios Estrangeiros dos Estados Membros, ou pelos seus representantes.

Diversos protocolos adicionais foram firmados após a entrada em vigor da Convenção, vários deles acrescentando direitos e liberdades, além daqueles inicialmente previstos. Após a entrada em vigor destes protocolos, houve um crescente aumento dos casos levados aos órgãos da Convenção, tornando cada vez maior a duração dos processos, problema agravado com a adesão de novos Estados a partir de 1990.

Desta forma, visando simplificar e diminuir a duração dos processos, optou-se pela criação de um Tribunal único, funcionando de modo permanente, momento em que foi criado o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que tem como função principal a de garantir o respeito das obrigações resultantes da Convenção pelos Estados Contratantes.

O novo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem começou a funcionar no dia 01 de Novembro de 1998, data da entrada em vigor do Protocolo nº 11 (adicional à Convenção Europeia dos Direitos Humanos), tendo substituído a Comissão Europeia dos Direitos Humanos (1954) e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (1959).

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem sede em Estrasburgo, na França. É composto por um número de juízes igual ao de Estados membros, eleitos pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa para um mandato não renovável de nove anos. O direito aplicável ao Tribunal é a Convenção Europeia para a proteção dos Direitos do Homem (1950) e seus protocolos adicionais.

As línguas utilizadas no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos são o inglês e o francês. Antes da notificação da petição ao Governo demandado, o demandante pode utilizar uma das línguas oficiais das altas partes contratantes. As observações devem, normalmente, ser feitas e redigidas numa das línguas oficiais do Tribunal, salvo se o presidente da seção autorizar o demandante a continuar a utilizar a língua oficial de uma das partes contratantes.

Os juízes são eleitos pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, a partir de listas de três candidatos, indicados por cada Estado. Embora os juízes sejam eleitos em relação por indicação de um Estado, eles exercem suas funções como indivíduos e não representantes desses Estados. Eles são totalmente independentes e não pode se envolver em qualquer atividade que seja incompatível com o seu dever de independência e imparcialidade.

Em reunião de assembleia plenária, o Tribunal elege o seu presidente, dois vice-presidentes e dois presidentes de câmara para um período de três anos.

O Tribunal tem assento em formações de juízes singulares, em comités de três juízes, em seções de sete juízes, e numa grande câmara de dezessete juízes. A pedido da Assembleia Plenária do Tribunal, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa pode reduzir o número de juízes das seções de sete para cinco.

Qualquer Estado contratante, através de queixa Estadual ou qualquer particular que se considere vítima de uma violação da Convenção, por apresentação de queixa individual, pode dirigir diretamente ao Tribunal de Estrasburgo uma queixa alegando a violação por um Estado contratante de um dos direitos humanos garantidos pela Convenção.

O processo no Tribunal é contraditório e público, sendo também públicos os documentos e as alegações depositadas na secretaria do Tribunal, bem como as audiências, salvo, quanto a estas últimas, se o tribunal decidir de maneira diferente em virtude de circunstâncias excepcionais.

Após o juízo de admissibilidade, a seção pode convidar as partes a apresentar provas suplementares e observações por escrito, incluindo, no que diz respeito ao queixoso, um eventual pedido de “reparação razoável” e a participar numa audiência pública sobre o mérito do caso.

Ao presidente da seção é facultado, no interesse da boa administração da justiça, convidar ou autorizar qualquer Estado contratante, desde que este não seja parte no processo, ou qualquer outra pessoa interessada, que não o queixoso, a apresentar observações escritas ou, em circunstâncias excepcionais, a participar de audiência. Registre-se que o Estado contratante do qual o queixoso seja nacional tem o direito a intervir no processo.

Durante a análise do mérito, podem existir negociações confidenciais, conduzidas por intermédio de secretário, com o objetivo de alcançar a conciliação das partes.

As seções do tribunal decidem por maioria. No prazo de três meses, a contar da data de prolação do acórdão de uma seção, as partes podem pedir que o caso seja enviado ao tribunal pleno, caso esteja em discussão questões graves relativas à interpretação ou à aplicação da Convenção ou dos seus Protocolos, ou uma questão grave de carácter geral.

Tais pedidos de submissão ao Pleno são examinados por um órgão colegiado, composto por cinco juízes do tribunal pleno, do qual participarão o presidente do Tribunal, os presidentes de câmara, com exceção do presidente da câmara a qual pertence a seção que proferiu o acórdão, e por um outro juiz, escolhido através de um sistema de alternância, dentre os juízes que não participaram nas deliberações da seção que proferiu o acórdão.

O acórdão da seção torna-se definitivo no prazo de três meses a contar da data da sua prolação, ou antes disso, se as partes declararem não ser sua intenção solicitar a devolução do caso ao tribunal pleno ou, enfim, se o coletivo de cinco juízes rejeita o pedido de devolução.

Se o coletivo aceita o pedido de devolução, incumbe ao tribunal pleno decidir o caso, por maioria, mediante um acórdão definitivo.

Os acórdãos definitivos do Tribunal são vinculativos para os Estados requeridos em causa.

O Comitê de Ministros do Conselho da Europa é responsável pela garantia da execução dos acórdãos. Incumbe-lhe, assim, verificar se os Estados, relativamente ao que foi dito pelo Tribunal acerca da violação à Convenção, tomaram as medidas necessárias para se conformarem às obrigações específicas ou gerais que resultam dos acórdãos do Tribunal.

É atribuição do Tribunal, ainda, desde que provocado pelo Comitê de Ministros (a decisão sobre a formulação do pleito será tomada por maioria), emitir pareceres sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e dos seus Protocolos.

Os aludidos pedidos de pareceres são examinados pelo tribunal pleno, sendo a decisão tomada por maioria. Qualquer juiz pode fazer acostar ao parecer uma opinião apartada - concordante ou dissidente - ou uma simples declaração de desacordo.

Vale registrar que no Tribunal Pleno uma seção pode, a qualquer momento, em certas condições, remeter a decisão do litígio ao Tribunal Pleno, salvo de uma das partes a isto se opuser.

Além disso, no prazo de três meses a contar da data do acórdão de uma seção, qualquer das partes pode solicitar a remessa do processo ao Tribunal Pleno. Um colegiado de cinco juízes poderá deferir o pedido de remessa, mas apenas em casos excepcionais.

2.1 Acesso aos cidadãos

O grande destaque do Tribunal diz respeito à possibilidade de apresentação direta de recurso individual por qualquer particular, diante de ofensa a direitos humanos, sem que haja a necessidade de aceitação pelo seu Estado de origem. Trata-se de uma nova possibilidade aberta àqueles que, tendo esgotado todos os meios judiciais e outros previstos na lei interna para reparar uma situação de violação dos seus direitos, não conseguiram obter reparação suficiente por parte das autoridades do seu país.

Assim, o Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de uma violação, por uma das partes contratantes, dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos.

O Tribunal só pode ser chamado a intervir depois de esgotadas todas as vias de recurso internas e no prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva. O Tribunal julgará inadmissível uma petição individual se esta for anônima ou idêntica em seu conteúdo a outra já examinada pelo Tribunal ou já submetida a outra instância internacional de inquérito ou de decisão. Também não a admitirá quando considerar a petição incompatível com as disposições da Convenção ou dos seus protocolos, ou abusiva ou ainda manifestamente mal fundamentada.

Só é exigida a assistência de um advogado a partir da comunicação do processo ao Governo demandado. Nos termos do regimento interno do Tribunal, pode ser concedida assistência judiciária ao requerente, a partir da comunicação, desde que a concessão dessa assistência seja indispensável ao bom andamento processual e que o requerente não possua meios financeiros suficientes para fazer frente, no todo ou em parte, às despesas necessárias para assegurar a defesa dos seus interesses.

3 CONCLUSÃO

O presente artigo visou esclarecer as evidentes distinções existentes entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

É certo que diversos outros aspectos ligados aos Tribunais ora analisados não foram aqui tratados, por ser incompatível com o presente artigo um maior aprofundamento quanto ao tema.

No entanto, de forma objetiva, através do estudo aqui apresentado, visamos esclarecer a importância dos Tribunais, suas competências, estruturas, atribuições e funções precípuas.

O Tribunal de Justiça da União Europeia, cuja missão é a de assegurar o respeito do direito na interpretação e na aplicação do direito da União Europeia, tem sua existência atrelada a este bloco econômico e social. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, por sua vez, tem como missão assegurar o respeito dos compromissos que decorrem para as altas partes contratantes da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e dos seus protocolos. É certo que sua competência fica restrita à Europa, mas não apenas aos 28 Estados-Membros da União Europeia, abrangendo todos os 47 Estados Europeus que ratificaram a Convenção acima mencionada.

Em ambas as cortes, há a possibilidade de o cidadão ter acesso ao Tribunal. No Tribunal Europeu dos Direitos Humanos é possível a apresentação direta de recurso individual por qualquer particular, diante de ofensa a direitos humanos, sem que haja a necessidade de aceitação pelo seu Estado de origem. Já no Tribunal de Justiça da União Europeia qualquer cidadão ou empresa que se considere lesado na sequência de uma ação ou de inação de uma instituição da União Europeia ou do seu pessoal, pode recorrer para o Tribunal, seja indiretamente através dos tribunais nacionais ou diretamente para o Tribunal Geral, quando uma decisão de uma instituição da União Europeia o afetou direta e individualmente.

REFERÊNCIAS

ROMBOLI, Roberto; PASSAGLIA, Paolo; PERTICI, Andrea. *Manuale di Diritto Costituzionale*. v I. Torino: G. Giappichelli, 2013.

ROMBOLI, Roberto; PASSAGLIA, Paolo; PERTICI, Andrea. *Manuale di Diritto Costituzionale*. v. III. Torino: G. Giappichelli, 2013.

TREMPS, Pabro Peres. *Jornadas Españolas De Derecho Constitucional*. Madrid: Regional Extremadura, 2001.

GARCIA, Maria; AMORIM, Jose Roberto Neves. *Estudos de Direito Constitucional Comparado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

PORTELA, Paulo Henrique Goncalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MAZZUOLI, Valério Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/cons-europa-tedh.html>>. Acesso em: 01 out. 2016.

Disponível em: <http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_pt.htm>. Acesso em: 29 set. 2016.

Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Uni%C3%A3o_Europeia>. Acesso em: 28 set. 2016.

Disponível em: <http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo1/cesdh.html>. Acesso em: 01 out. 2016.

Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>>. Acesso em: 01 out. 2016.

Disponível em: <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/pt/>. Acesso em: 01 out. 2016.

ESTRANGEIRIZAÇÃO DE TERRAS E DIREITOS HUMANOS: CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

*LAND FOREIGNIZATION AND HUMAN RIGHTS:
CONSIDERATIONS ABOUT BRAZILIAN LEGISLATION*

Dayseanne Moreira Santos

Procuradora Federal na Procuradoria Federal Especializada do Incra-sede

SUMÁRIO: Introdução: uma corrida pela terra?; 1 Da apropriação das terras sob a perspectiva dos direitos humanos; 1.1 Direito à terra como direitos humanos; 1.2 *Land grabbing* e direitos humanos; 1.3. Análise sob perspectiva do direito europeu. Recomendações à União Europeia; 2 Aquisição de imóveis rurais por estrangeiros no Brasil; 2.1 Regulamentação legal; 2.2 Dos desafios enfrentados pela legislação brasileira ao controle das aquisições de terra por estrangeiros; 3 Conclusões: dos desafios a serem tratados pela legislação brasileira de aquisição de imóveis por estrangeiros; Referências.

RESUMO: O presente artigo busca relacionar a legislação brasileira sobre aquisição de terras por estrangeiros aos debates jurídicos em âmbito internacional, especialmente do direito europeu, acerca da repercussão de operações de apropriação de terras em larga escala sobre direitos humanos nos países-alvo de investimentos estrangeiro. Revisa-se o enquadramento do direito à terra à luz do rol de direitos humanos já reconhecidos no direito internacional, levantando questionamento sobre a pertinência de também ser o direito à terra formalmente reconhecido como direito fundamental. Em correlação, examina-se a conceituação de apropriação de terras – *land grabbing* – com foco em estudos propositivos para minimização dos impactos em direitos humanos conduzidos no âmbito da União Europeia. Por fim, após levantamento dos questionamentos jurídicos sobre o tema da aquisição de terras por estrangeiros no Brasil, indica-se, em conclusão, a insuficiência da legislação para tratamento da questão sob a ótica de proteção dos direitos humanos.

PALAVRAS CHAVE: Direitos Humanos. Direito à Terra. *Land Grabbing*. Estrangeirização. Lei n. 5.709/1971.

ABSTRACT: This article aims to examine the Brazilian legislation regarding the acquisition of Brazilian land by foreigners in light of international and, in particular, European debates concerning the impact on human rights of the acquisition of large areas due to foreign investment. For this purpose, the understanding of the right to land as a human right is examined, bringing attention to its possible consideration as a fundamental right. Then, the measures adopted by the European Union aimed at reducing the negative impact of land grabbing on human rights are considered. In light of the understanding of the right to land as a human right and its legal treatment by European Union, the article argues that the Brazilian legislation does not offer an adequate framework to regulate the acquisition of large areas of Brazilian land by foreigners.

KEYWORDS: Human Rights. The right to Land. Land grabbing. Foreignization. Brazilian Law 5.709/1971.

INTRODUÇÃO: UMA CORRIDA PELA TERRA?

Estudos conduzidos pelo Banco Mundial, publicados em 2010, a partir da crise nos preços dos alimentos entre 2007/2008 e sob a perspectiva de vulnerabilidade alimentar crescente, desafio da crise energética e das mudanças climáticas, buscaram justificar a “redescoberta” do setor agrícola pelos investidores e a expansão dessas fronteiras, focada em aquisições de extensões de terra, para países em desenvolvimento. Dois valores, desde esses estudos, ficam contrapostos: a oportunidade que tais investimentos gerariam em tecnologia e emprego, propiciando o desenvolvimento desses Estados, inclusive para os mais pobres no campo, mas sob o questionamento, por outro lado, que em Estados onde a governabilidade é fraca, e a regulamentação sobre questões de propriedade é débil, tais investimentos restam sujeitos ao fracasso e podem resultar em conflitos, danos ambientais, e mesmo promoção de desigualdades.

Os estudos centram-se na comparação entre áreas agricultáveis e áreas disponíveis, e nas *commodities* agrícolas de interesse do mercado propondo estabelecimento de princípio para o agroinvestimento responsável (RAI, sigla em inglês para Princípios para Investimentos Agrícolas Responsáveis)¹.

Por outro lado, crises nacionais internas nesses mesmos países em desenvolvimentos vêm demandando o enfrentamento de questões como a segurança no acesso à terra, dos mecanismos legais de proteção e distribuição das terras e quanto à possibilidade de atração desses investimentos internacionais. Note-se que os chamados “países em desenvolvimento”, em regra, são países já com histórico de problemas fundiários, herdados dos regimes coloniais a que foram submetidos, e que, em maior ou menos grau ainda repercutem nos ordenamentos jurídicos locais.

A discussão sobre a construção de um direito à terra pelas populações locais põe-se em embate com as propostas dos referidos investimentos agrícolas em nível global.

Para além da perspectiva econômica, de sucesso de tais propostas de investimentos em países em desenvolvimento, questões jurídicas quanto à possibilidade de aquisição de vastas áreas de terras num país por empresas ou mesmo governos estrangeiros entram no contexto.

O debate sobre a aquisição de áreas rurais em grande escala, com o reconhecimento de um mercado de terras sem fronteiras em disputa de diversos atores, nacionais ou estrangeiros, a partir da identificação de

1 Cf SAUER, Sérgio. Reflexões esparsas sobre a questão agrária e a demanda por terra no século XXI in A questão agrária no Brasil: Debate sobre a situação e perspectivas da reforma agrária na década de 2000. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2013. p. 170-174 e 'LAND GRABBING' E 'GREEN GRABBING': Uma leitura da 'corrida na produção acadêmica' sobre a apropriação global de terras. CAMPO-TERRITÓRIO: revista de geografia agrária. Edição especial, jun., 2016. p. 8-9.

uma corrida pela terra o tema da apropriação de terras, especialmente por entidades estrangeiras, a *estrangeirização* de terras, ganha destaque. Os conceitos internacionalmente utilizados de *land grabbing* em inglês, ou *acaparamiento*, em espanhol, buscam delimitar o fenômeno.

Se por um lado admitir-se a propriedade privada de terras por Estado, entidade ou banco estrangeiro pode parecer atentar contra conceitos como de soberania do Estado, outras repercussões são mais diretas, como no direito dos das populações localmente atingidas, também são colocadas em xeque.

Em âmbito internacional, o tema perpassa a análise sob o enfoque da concretização de direitos de acesso à terra e de proteção de direitos humanos de populações e comunidades atingidas. Estudos que vem sendo conduzidos no âmbito da União Europeia, com foco nos produzidos no âmbito do Parlamento Europeu, analisam a relação entre apropriação de terras em larga escala e potenciais violações de direitos humanos.

A situação do Brasil merece exame, especialmente sob a ótica de ser um país com vasto território e potencial agrário patente, convivendo com conflitos agrários históricos e dificuldades na implementação de políticas de governança fundiária.

A legislação brasileira que trata da aquisição de imóveis rurais por estrangeiros – sob a hoje vigente Lei n. 5.709/1971 – é frequentemente contestada como impeditiva ao desenvolvimento nacional, por vedar investimentos estrangeiros², sendo proposta sua alteração.

Sob tal perspectiva, a experiência internacional no trato da questão da estrangeirização das terras sob a ótica da proteção de direitos humanos traz contribuições importantes à análise da legislação local e perspectivas de sua alteração.

1 DA APROPRIAÇÃO DAS TERRAS SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

1.1 Direito à terra como direitos humanos

O direito à terra, compreendido como direito à posse, uso, controle e transferência de um área de terras rural, não é usualmente compreendido

2 “Debatedores divergem sobre projeto que regula compra de terras por estrangeiros”. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/AGROPECUARIA/512537-DEBATEDORES-DIVERGEM-SOBRE-PROJETO-QUE-REGULA-COMPRAS-DE-TERRAS-POR-ESTRANGEIROS.html>>. “Temer sinaliza liberação de compra de terras por estrangeiros. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/4632087/temer-sinaliza-liberacao-de-compra-de-terras-por-estrangeiros>>; “Mudança em regras atrairá avalanche de estrangeiros para comprar terras no Brasil” em: <<http://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2016/07/mudanca-em-regras-atraira-avalanche-de-estrangeiros-para-comprar-terras-no-brasil.html>>.

no rol de direitos humanos³, não constando expressamente dos tratados e convenções de direitos humanos como um “direito à terra” a ser considerado, em si mesmo, como fundamental. O direito à terra é associado à identificação de pessoas, físicas ou jurídicas, ou grupos coletivos a quem se reconhece pelos ordenamentos jurídicos locais, formais ou consuetudinários, sistemas de proteção de posse ou propriedade de terras. Já os direitos humanos protegem valores fundamentais inerentes à dignidade humana, reconhecidos a todas as pessoas pelo direito internacional e constituições nacionais.⁴

No entanto, os frequentes conflitos sobre propriedade de terras e sua repercussão na vida de milhões, bilhões de pessoas, moradores das áreas rurais por todo o mundo, acendem o debate sobre sua interface com os direitos humanos hoje positivados e mesmo sobre a pertinência histórico-social de sua direta elevação à categoria de direito fundamental.

Como levantado por Gilbert⁵, no bojo dos nove tratados internacionais centrais de direitos humanos o direito à terra é mencionado apenas uma vez, marginalmente, no que se refere ao direito das mulheres em áreas rurais (artigo 14 da Convenção sobre eliminação de todas as Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW/ONU).

O direito à terra, no entanto, é identificado em correlação direta com pelo menos cinco direitos reconhecidos como direitos humanos: direito à propriedade, direitos à proteção cultural relacionados a povos indígenas, direitos de igualdade de gênero, direito à moradia e direito à alimentação.

Sob o aspecto do direito de propriedade de terra, o histórico na construção desse direito como direito fundamental, mesmo na sua incorporação no artigo 17 da Declaração Universal de Direitos Humanos, deu-se na perspectiva individual e negativa, de não-violação da propriedade privada. Assim, o direito à propriedade da terra se dá sob um enfoque essencialmente patrimonialista, em proteção *dos que já tenham propriedade*. Já a questão do acesso à terra e o resguardo desse direito acaba por vezes prejudicado àquelas populações e comunidade que ainda não tenham, nos ordenamentos jurídicos locais, proteção ao *direito de ter propriedade*.

Gilbert⁶ identifica, na Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (ICERD) e na Convenção para a Eliminação

3 Cf. GILBERT, Jeremie. Land Rights as Human Rights: The Case for a Specific Right to Land. *SUR International Journal on Human Rights*, v. 10, n. 18, jun. 2013, p. 115-116 e COTULA, Lorenzo. Addressing the Human Rights Impacts of ‘Land Grabbing’. Study for the European Parliament, Directorate-General for External Policies of the Union. Dezembro, 2014 17.

4 COTULA, Lorenzo. Addressing the Human Rights Impacts of ‘Land Grabbing’. *Study for the European Parliament, Directorate-General for External Policies of the Union*. Dezembro, 2014, p. 17.

5 GILBERT, Jeremie. Land Rights as Human Rights: The Case for a Specific Right to Land. *SUR International Journal on Human Rights*, v. 10, n. 18, jun. 2013, p. 117.

6 Ibid., p. 118.

de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) que a proteção do direito de propriedade sob o aspecto de direitos humanos dá-se tão somente sob o contexto de não discriminação.

Já sob o aspecto de proteção de direitos culturais, especialmente na proteção da integridade cultural de povos indígenas e tribais, o direito à terra resta intrinsecamente correlacionado. O reconhecimento de um direito à integridade cultural de tais povos liga-se ao acesso a territórios ancestrais e aos recursos naturais neles contidos como forma de proteção cultural.

Nesse contexto, a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho reconhece expressamente a relação da cultura e valores espirituais dos povos indígenas e tribais com suas terras e territórios, na perspectiva coletiva (artigo 13), buscando a efetivação do acesso à terra pela garantia do direito de propriedade e posse sobre as terras tradicionalmente ocupadas, diretamente, ou para acesso das atividades tradicionais e de subsistência (artigo 14).

O direito à terra também guarda relação direta com a questão da igualdade de gênero, no que os artigos 14 e 16 da Convenção CEDAW vem sendo interpretados pelos organismos internacionais sob o enfoque da proteção do direito das mulheres no acesso e uso da terra, inclusive nos casos de programas de reforma agrária e redistribuição de terras.⁷ A proteção, nesses casos, volta-se contra práticas discriminatórias nas relações familiares, ainda que decorrentes de práticas e costumes na aquisição e transmissão da propriedade da terra e no reconhecimento da igualdade de direitos e proteção à posse da terra para acesso a meios de subsistência como comida e água.

O tema do direito à moradia, em especial da moradia adequada, também é examinado sob o viés do direito à terra na interpretação do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 11, parágrafo 1), da Convenção sobre os Direitos da Criança (artigo 27, parágrafo 3), da Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (artigo 14, parágrafo 2,h) e da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (artigo 5,c).⁸ A questão, aqui, foca-se tanto na proteção legal da posse ou propriedade dessas terras utilizadas para moradia, quanto no estabelecimento de mecanismos de proteção aos que não possuem terras.

Os direitos à moradia e a terras ligam-se ainda à proibição de despejos forçados ou involuntários. Os despejos forçados são considerados pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas incompatíveis com os requerimentos do Pacto Internacional de Direitos

7 GILBERT, op. cit., p. 122.

8 GILBERT, op. cit., p. 124.

Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e por vezes se relacionam à falta de instrumentos legais internos de proteção da posse exercida sobre a terra.

Enfim, é de se identificar uma dupla correlação entre esses direitos: sob aspecto positivo, da integração do direito à terra como elemento essencial do direito à moradia adequada, e sob aspecto negativo, no reconhecimento que a despossessão da terra enquadrada como despejo força é uma violação ao direito à moradia adequada⁹.

A associação entre direito à terra e direito à alimentação é, por vezes, a mais diretamente realizada na perspectiva da proteção de direitos humanos e acesso a áreas de produção agrária.

O artigo 11 do PIDESC, em complemento do art. 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos, estabelece o direito à alimentação adequada, sob desdobramentos da eliminação da fome, da adoção de métodos de produção, conservação e distribuição de alimentos e de reforma dos sistemas agrários para garantia do uso eficiente de recursos naturais.

A garantia de direito à terra, que seja o mais universal possível, exercitável sem discriminações, é, assim, entendido como elemento-chave para a realização do direito à alimentação e erradicação da fome.

Por outro lado, a privação do acesso à terra às populações locais, em razão da destinação das terras apenas para cultivos para exportação, ou a desconsideração da produção local de pequenos agricultores são potenciais violações ao direito à alimentação adequada.

Nesse sentido, Relatório do Relator Especial sobre Direito à Alimentação da ONU¹⁰ correlaciona o tema da segurança alimentar e da apropriação de terras em larga escala e propôs a adoção de princípios mínimos direcionados aos atores envolvidos – investidores, Estados e sociedade civil.

Também a Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO) em suas Diretrizes Voluntárias para a Governança Responsável da Terra, dos Recursos Pesqueiros e Florestais no Contexto da Segurança Alimentar Nacional¹¹, correlaciona a questão dos direitos relacionados ao acesso e exploração da terra à garantia de alimentos.

Sem embargo da importância de alçar ou não o direito à terra no rol de direitos humanos fundamentais, como defendido por Gilbert¹², o

9 GILBERT. op. cit., p. 125-126.

10 DE SCHUTTER, Olivier. Guiding principles on human rights impact assessments of trade and investment agreements. *Relatório apresentado na 19ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU*, ONU, 2011.

11 FAO - Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação. *Diretrizes Voluntárias para a Governança Responsável da Terra, dos Recursos Pesqueiros e Florestais no Contexto da Segurança Alimentar Nacional*.

12 op. cit., p. 129.

reconhecimento de que restringir-se o direito à terra apenas sob o aspecto de bem comercial pode contrariar todo um rol de direitos humanos já protegidos pelas convenções e tratados internacionais.

Apesar da consolidação das interpretações das convenções internacionais sob o foco da proteção de direitos indígenas e de gênero e da proteção do direito à terra, a interface com outros direitos humanos e a necessidade de regulação dos conflitos surgidos sobre as questões de distribuição e acesso à terra acendem demanda pela regulação, em âmbito de proteção internacional, do reconhecimento de um direito fundamental à terra.

1.2 *Land grabbing* e direitos humanos

A terra considerada em si como fonte de riqueza, cultura e palco da vida social enceta uma disputa sob os aspectos econômicos e jurídicos. Na ausência de uma regulação em âmbito de direitos humanos específica sobre o direito à terra, a questão jurídica da concentração fundiária e, em especial, da estrangeirização das transações de aquisição de terras em larga escala, fizeram acender nos estudos comparados a preocupação sobre a repercussão na proteção de direitos humanos.

A questão de concentração fundiária, especialmente em países como o Brasil e América Latina com histórico de colonização e de elites economicamente dominantes, o tema de concentração de terras está longe de ser novo. Assim, o foco ora proposto, sem descurar das implicações históricas, são nos estudos internacionais que correlacionam fenômenos de investimentos globais em recursos fundiários em larga escala e suas repercussões jurídicas.

A característica diferenciadora desse processo de apropriação de terras vivenciado globalmente na última década estaria na participação de novos atores, não mais restritos a tradicionais proprietários de terras associados a elites históricas em países colonizados, mas da atração ao mercado fundiário de investidores financeiros, como bancos e fundos de investimento, fundos de pensão, em regra “avessos a imobilizar capital especialmente na compra de terra que seria, segundo essa visão, um mercado caracterizado pela baixa liquidez”¹³. Consoante levantado, seriam os “novos” adquirentes nesse mercado de terras global de modo que:

a apropriação de terras vem sendo feita por: a) capitais do próprio setor do agronegócio; b) capitais de setores sinérgicos e convergentes no agronegócio; c) capitais não tradicionais no agronegócio como empresas de petroquímica, automobilística, logística e construção; d) capital imobiliário

13 SAUER, 2016, p. 18.

em resposta à valorização das terras; e) Estados ricos em capital, mas pobres em recursos naturais; f) fundos de investimento (ganhos com preços das *commodities* e da terra); g) investimentos em serviços ambientais e, h) empresas de mineração e prospecção de petróleo¹⁴

Num primeiro momento, identificou-se preocupação com o fluxo de tais capitais estrangeiros em ingresso em países-alvo, o que levou ao tratamento do fenômeno como *estrangeirização* da terra, a partir do uso de expressões, como equivalentes, entre *foreignization* e *extranjeirización* e os termos *land grabbing*, *farmland grab* e *land rush* como expressão de “apropriação de grandes áreas terras de lavoura por estrangeiros”¹⁵.

A terminologia *land grabbing* não é uníssona, pois nem todas aquisições de terras nela se enquadram. A expressão proposta na Declaração de Tirana define *land grabbing* como:

aquisições ou concessões que se enquadrem em uma ou mais das situações: (i) em violação de direitos humanos, especialmente dos direitos de igualdade das mulheres; (iii) não baseadas no consentimento livre, prévio e informado dos usuários das terras afetadas; (iii) não baseadas numa avaliação completa ou em desconsideração de impactos social, econômicos e ambientais, inclusive de gênero. (iv) não baseada em contratos transparentes, que contenham claros e obrigatórios compromissos acerca das atividades, empregos e distribuição de benefícios, e; (v) não baseados num planejamento democrático efetivo, sob supervisão independente e participação efetiva.¹⁶

As dificuldades, no entanto, estão no estabelecimento de parâmetros da extensão de terras a ser considerada¹⁷, dos fins a que se propõe a aquisição, se para cultivo de insumos agrícolas, produção de *commodities* ou para extração industrial. E ainda que o foco dos estudos, no mais das vezes, sejam na identificação dos aspectos positivos ou negativos, as

14 Cf WILKINSON, John; REYDON, Bastiaan; Di SABBATO, Alberto. Concentration and foreign ownership of land in Brazil in the context of global land grabbing, *Canadian Journal of Development Studies/Revue canadienne d'études du développement*. v. 33, n. 4, 2012, p. 417-438, apud SAUER op. cit. p. 19.

15 SAUER, 2016, p. 11

16 Tradução livre. A Declaração de Tirana foi aprovada em 27 de maio de 2011 pela Assembleia dos membros da Internacional Land Coalition, organização global composta por representantes da sociedade, governos e instituições multilaterais, criada em 1995 como Coalizão Popular para a Erradicação da Fome e da Pobreza, renomeada em 2003.

17 A Land Matrix, projeto internacional independente de monitoramento das transações de terras rurais e construção de banco de dados adota a extensão de 200 ha (www.ladmatrix.org).

transações de terra não são necessariamente ilegais (por vezes até mesmo incentivadas pelos Estados recebedores).

Outras definições, diante da carga negativa da expressão *land grabbing*, restringem-se à delimitação como *aquisições de terra em larga escala*, para estudar tais situações¹⁸.

A apropriação desse conceito no Brasil primeiramente propôs uma tradução pela expressão *estrangeirização*¹⁹. Outras traduções possíveis seriam por *arresto de terras* ou *grilagem de terras*. No entanto, considerando que:

Diante das dificuldades conceituais – que não se reduzem a problemas linguísticos –, a melhor opção (certamente com baixo apelo midiático) é traduzir ‘*land grabbing*’ como *apropriação de terras*. Em primeiro lugar, *apropriação* descreve o fenômeno porque “[...] implica na transferência de propriedade, de direitos de uso e do controle” sobre terras que “eram propriedades pública ou privada” (FAIRHEAD; LEACH e SCOONES, 2012, p. 238). A transferência pode se dar via diferentes tipos de transações – legais, ilegais ou mesmo não legítimas –, o que não necessariamente implica em compra, pois há muitos casos de *leasing* ou arrendamentos, mas sim no controle sobre terras e sobre recursos.²⁰

Tal enquadramento afasta a questão do controle por estrangeiro de terras da essência do conceito. A própria Declaração de Tirana referida indica que tal fenômeno pode ocorrer sob apropriação nacional ou estrangeira.

Mesmo na ausência precisa de indicadores quantitativos de tais transações de aquisição de terras em escala global, justificada por dados oficiais governamentais deficientes, metodologias diversas e diferentes instrumentos jurídicos (compra direta, arrendamento)²¹ impõe que a avaliação desse fenômeno contraponha os resultados esperado e os hoje já verificados. Se por um lado reconhece-se a promessa de resultados positivos, que pela natureza dos investimentos somente poderá ser avaliada a longo prazo, por outro se coloca em debate já hoje os resultados negativos mais imediatamente apurados, ou passíveis de apuração.

Os conflitos potenciais entre investidores internacionais e populações afetadas decorrem especialmente da insegurança jurídica no reconhecimento e consolidação legal de direitos à terra das populações residentes nas

18 Anseeuw, W., L. Alden Wily, L. Cotula, and M. Taylor. “Land Rights and the Rush for Land: Findings of the Global Commercial Pressures on Land Research Project”. ILC, Rome. p.11, 2012.

19 SAUER, 2012.

20 SAUER, 2016, p. 13.

21 COTULA, op. cit., p. 9-15.

áreas rurais afetadas, em não serem levadas em consideração demandas locais, gerando contestações sobre a legitimidade de tais aquisições²². A contraposição entre vencedores e perdedores locais (aqueles que perdem a terra e aqueles a que conseguem emprego nos novos investimentos agrícolas podem não ser as mesmas pessoas) impõe, desde logo, a avaliação dos resultados.

A estrangeirização da aquisição de terras é usualmente justificada pela demanda na busca de alimentos e pelo direito à alimentação dos países investidores frente à crise alimentar decorrente das crises populacional, energética e ambiental. Contesta-se²³, no entanto, a justificativa adotada, porque a produção buscada nessas terras volta-se, no mais das vezes, apenas à produção de produtos (*commodities*) por vezes não relacionados à alimentação direta da população. Destaca-se dos dados dos estudos conduzidos pelo Banco Mundial a concentração da produção em tais áreas sob as *commodities*: milho, soja, cana-de-açúcar, dendê (óleo), arroz, canola, girassol e floresta plantada, além da vinculação das terras a outras produções não agrícolas, como minérios e produção energética. Tal constatação parece afastar a defesa, sob a perspectiva do direito à alimentação dos países investidores. Ademais, é contestada a efetiva produção agrária nas terras objeto de investimento²⁴.

Resta, assim, a análise sob o impacto de direitos humanos sobre os países-alvo desse investimento, especialmente estrangeiro, num contexto de aumento do preço das terras e desalojamento das populações locais das áreas adquiridas. E, na esteira da análise precedente, diferentes vertentes de direitos humanos podem vir a ser impactadas por procedimentos de estrangeirização da propriedade da terra.

Quanto ao direito de propriedade coletivo garantido para a proteção cultural de povos indígenas e tribais, a jurisprudência sobre direitos humanos²⁵ tem reconhecido a necessidade de compatibilização dessa proteção em análise de concessões de terras ou recursos naturais. Nesse contexto, a ausência de medidas compensatórias adequadas, ou adoção de medidas discriminatórias para tais povos, diretamente implica violação de direitos humanos.²⁶

²² COTULA, op. cit. p. 14

²³ SAUER, 2012

²⁴ COTULA, op. cit. p. 15

²⁵ COTULA, op. cit. p. 18, menciona casos relacionados à Corte Interamericana de Direitos Humanos e Comissão Africana de Direitos Humanos.

²⁶ COTULA, op. cit., p. 18.

Gilbert²⁷ associa o processo de acumulação de terras identificado a partir dos anos 2008 à disputa pela segurança alimentar dos países e, desse modo, como capaz de colocar em xeque o próprio direito à alimentação de países cujas terras são objeto dessa acumulação, especialmente estrangeira.

O reconhecimento de relações de dependência da terra e dos recursos naturais para produção de alimentos por populações locais, ainda que não sejam enquadradas como tribal ou tradicional, tem repercussão na segurança alimentar, principalmente quando não se assegura aos desalojados da terá mecanismos alternativos de subsistência. Sob enfoque similar, também o direito à moradia resta ameaçado.

O já mencionado Relatório do Relator Especial sobre Direito à Alimentação da ONU em 2009²⁸ buscou delinear princípios mínimos a serem observados na implementação de transações de áreas rurais em larga escala. Conforme alerta do próprio relatório, tais princípios, mínimos, não são justificativas para toda e qualquer aquisição em larga escala, ainda que atendam aos seus ditames²⁹

Os princípios, em verdade, diretivas para a avaliação dos atores envolvidos, compreendem, em síntese:³⁰

- avaliação cuidadosa dos governos sobre os custos de oportunidade envolvidos na cessão de áreas a investidores (Princípio 1);
- consentimento livre, prévio e informado das comunidades afetadas (Princípio 2);
- proteção dos direitos à terra das comunidades afetadas, inclusive na garantia da titulação individual e coletiva a viabilizar proteção judicial, em atenção do direito à moradia e evitando despejos forçados (Princípio 3);
- exame de alternativas de impacto na posse/propriedade da terra existentes, como a opção por contratos de parcerias ao invés de concessões a longo prazo ou compra de terras (Princípio 4);
- promoção do emprego como garantia à subsistência e ao direito À alimentação (Princípio 5);

²⁷ Op. cit., p. 126-128..

²⁸ DE SCHUTTER, op. cit.

²⁹ DE SCHUTTER, op. cit. p. 5.

³⁰ DE SCHUTTER, Op. cit. p. 55.

- respeito ao meio ambiente (Princípio 6);
- definição clara das condições das transações, não restritas a pagamento e que abranjam compromissos de sustentabilidade e atenção aos direitos humanos, com fixação de penalidades pelo descumprimento (Princípio 7);
- garantia alimentar local, inclusive de competitividade dos produtores locais (Princípio 8);
- avaliação participativa do impacto dos investimentos (Princípio 9);
- proteção dos direitos dos povos indígenas (Princípio 10)
- proteção dos direitos trabalhistas dos agricultores (Princípio 11).

Gilbert³¹ e Cotula³² destacam, especialmente, os Princípios 2, 3 e 4, no que concerne aos direito à terra.

Além desses da correlação com tais direitos humanos das populações locais atingidas pelas aquisições de terras em larga escala, identifica-se ainda o impacto sobre outros direitos protegidos como direitos humanos³³. A intrínseca relação terra/meio ambiente e a produção agrícola em larga escala põe em risco a proteção do direito à água e potencial poluente da atividade ameaça meio ambiente saudável, e mesmo o direito à vida familiar³⁴.

Nas relações de emprego, embora sejam propagados os potenciais benefícios na geração de emprego com investimentos agrários em larga escala, é crescente a preocupação com as condições desses empregos a serem gerados, como sua duração instável e salários pagos. Também a proteção a garantias de associação dos trabalhadores e as repercussões em direitos trabalhistas dos contratos de parceria rural firmados merecem atenção sob a ótica dos direitos humanos.

Em outro plano, talvez pouco visualizado, as aquisições de terras em larga escala e sua estrangeirização constituem latentes ameaças a direitos políticos. Direitos como liberdade de expressão, de assembleia e de associação não raras vezes são postos em risco em contextos de Estados de baixa governança ou sob regimes autoritários alvos de investimentos

³¹ op. cit., p. 127.

³² op. cit., p. 19.

³³ COTULA, op. cit., p. 20-22.

³⁴ COTULA usa o exemplo de casos decididos sob o artigo 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

internacionais. A ausência de participação popular local ou o baixo nível de informação interferem na possibilidade de expressar livremente a opinião sobre tais processos de aquisição de terras. A ameaça se faz ainda mais presente em contextos em que os mecanismos democráticos de controle da população local são limitados ou, ainda que se afirme existência de consultas prévias, as opiniões locais não são levadas em consideração ou não há mecanismos de cobrança efetiva dos compromissos de benefícios prometidos³⁵.

Os direitos políticos de ativistas das causas rurais, em episódios de repressão, intimidação e criminalização, também restam ameaçados, pelos Estados, pelos investidores conforme avaliações de organizações de monitoramento de direitos humanos³⁶.

Outro desafio enfrentado, diante das ameaças a tão extenso rol de direito humanos, é na implementação de mecanismos de reparação em âmbito da proteção internacional de direitos humanos, seja pelas dificuldades de acesso às cortes internacionais e especialmente pela ainda baixa efetividade no cumprimento das determinações das cortes pelos governos. O acesso a mecanismos imparciais de reparação, especialmente quando os investimentos são mal sucedidos ou falham, ou quando já ocorridas outras violações de direitos humanos demandam aplicam na escala global de proteção de direitos humanos.

Análise sob perspectiva do direito europeu. Recomendações à União Europeia.

Os estudos que interrelacionam direito à terra, aquisições de terra em larga escala por estrangeiros e direitos humanos, precedentemente examinados, foram conduzidos no âmbito da União Europeia - UE, especialmente do Parlamento Europeu, focados nas questões globais de direitos humanos e nas aquisições de terras em países em desenvolvimento.

Mas mesmo no contexto da União Europeia, de livre mercado e de livre circulação de capitais interna, reconhece-se que a preocupação com a aquisição de terras em larga escala também se dá dentro da Europa, incluindo tanto nacionais quanto estrangeiros, estatais ou não, pessoas físicas e coletivas, em que se destacam os investidores financeiros que não faziam parte do setor agrícola, tais como grupos bancários, fundos de investimento, sociedades de investimento em ações. Tal situação implica quebra do modelo europeu de agricultura familiar. Estudo conduzido no âmbito da União Europeia também sob este aspecto das aquisições em solo europeu identificam os mesmos riscos sobre segurança alimentar,

35 BORRAS, Saturnino Jr. et al. *Land grabbing and human rights: The involvement of European corporate and financial entities in land grabbing outside the European Union*. Study for the European Parliament, Directorate-General for External Policies of the Union. Maio, 2016. p. 38.

36 FIDH. *Land and environmental rights defenders in danger: an overview of recent cases*. 2013.

emprego, bem-estar e diversidade identificados nos estudos focados nas realidades da América Latina, África e Ásia. Propõe, ao fim, na esteira das análises precedentes mas com foco interno na União Europeia³⁷:

- possibilitar aos Estados membros a adoção de restrições justificáveis ao princípio da livre circulação de capitais, com vistas a maior controle na aquisição de terras internamente;
- fortalecimento do pequenos agricultores, com revisão das ferramentas de investimentos previstas na Política Agrícola Comum³⁸;
- reconhecimento do patrimônio fundiário enquanto recurso ambiental;
- promoção de estratégias de desenvolvimento territorial equilibrado entre funções econômicas, sociais, ambientais e culturais e entre espaços urbanos e rurais;
- estudos pela implementação das Diretrizes Voluntárias para a Governança Responsável da Terra, dos Recursos Pesqueiros e Florestais no Contexto da Segurança Alimentar Nacional da FAO.

No entanto, até mesmo em conta de que as ocorrências de ameaças a direitos humanos no processo de aquisição de terras em larga escala dá-se principalmente fora de território da União Europeia, as conclusões dos estudos focados são propositivas de uma atuação mais efetiva das instituições da EU tanto sob o reconhecimento de obrigações extraterritoriais de proteção de direitos humanos quanto na adoção das políticas internas de direitos humanos³⁹.

Tanto sob o direito europeu⁴⁰ quanto sob as leis internacionais, reconhece a EU e seus Estados membros submetem-se a obrigações de proteção dos direitos humanos, tanto internamente quanto extraterritorialmente. O Tratado da União Europeia⁴¹ impõe obrigações de respeito, proteção e promoção dos direitos humanos nas relações internacionais e no estabelecimento de

37 KAY, Sylvia Kay; PEUCH, Jonathan; FRANCO, Jennifer. Dimensão da apropriação de terras agrícolas na EU, 2015.

38 Em inglês *Common Agricultural Policy são as diretrizes para a política agrária definidas no âmbito da União Europeia*.

39 BORRAS, op. cit., p. 40-45.

40 Destaca-se especialmente a recepção da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia como princípio geral da União Europeia pelo Tratado de Lisboa e sua incorporação ao Tratado da União Europeia.

41 Artigo 3(5).

cooperação para tais proteções. Resguarda, ainda, que a atuação das instituições europeias e seus países membros, mesmo as que produzem efeitos externos ao território europeu, devem se dar em consonância com a proteção dos direitos humanos, sendo expressamente prevista que a atuação internacional deva se dar sob os princípios gerais, dentre os quais os referentes aos direitos humanos.⁴²

Nesse contexto, dentre outras, são identificadas medidas e recomendações que se dirigem à EU e Estados membros nas suas relações internas e com outros países no contexto da aquisição de terras em larga escala⁴³:

- proibição de causar danos: no sentido de que as ações tomadas devem prevenir políticas domésticas ou internacionais que direta (bancos de investimentos europeus propriamente ditos, fundos de pensão ou parcerias público-privadas) ou indiretamente (investimentos privados ou tratados firmados) contribuam para a aquisição de terras em larga escala em prejuízo da realização de direitos humanos;
- garantias de compromisso com a realização da proteção de direitos humanos e desenvolvimento de uma agenda proativa e responsável no tema da aquisição de terras, inclusive no tema de governança fundiária, garantindo proteção do direito à terra, mecanismos decisórios participativos, controle de resultados e mecanismos de reparação;
- estabelecimento de interpretação das políticas e instrumentos contratuais consistente com a proteção de direitos humanos;
- regulação da atuação das corporações e atores financeiros europeus, a evitar que sua atuação malfira direitos humanos em outros países, inclusive prevendo a promoção de processos de diálogo junto às comunidades locais atingidas pelas aquisições de terras;
- desenvolvimento de medidas de promoção de direitos humanos em organização internacional ou multilaterais, como ONU;
- promoção da proteção e suporte dos defensores de direitos humanos em locais afetados pela aquisição de terras em larga escala.

⁴² Artigos 21, parágrafo 3 e 205.

⁴³ BORRAS, op. cit., p. 41-44 e 58-66 e COTULA, op. cit., p. 34-37.

Tais diretrizes, ora sinteticamente compiladas no que se focam à análise aqui proposta, relacionam-se, ainda, ao estabelecimento de monitoramentos efetivos pelas instituições europeias da promoção de direitos humanos tanto em território europeu quanto em âmbito global.

2 AQUISIÇÃO DE IMÓVEIS RURAIS POR ESTRANGEIROS NO BRASIL

2.1 Regulamentação legal

A análise jurídica usualmente feita sob o tema do controle de aquisições de áreas terras no Brasil no contexto da globalização dos mercados de terras dá-se sob a perspectiva de admitir, restringir ou vedar a aquisição de propriedades rurais por estrangeiros. Daí a tradução mais comum nos estudos de *land grabbing* por *estrangeirização* de terras no Brasil.

Historicamente⁴⁴, a limitação à aquisição de terras brasileiras por estrangeiros deu-se apenas nas áreas de faixa de fronteira, compreendida como proteção à segurança nacional⁴⁵.

As restrições inicialmente postas no Ato Complementar n. 45/1969 e sua regulamentação pelo Decreto-lei n. 494/1969 foram alçadas à matéria constitucional pela Emenda Constitucional n. 01/1969 com expressa limitação ao reconhecimento da proteção à propriedade apenas ao brasileiro e ao estrangeiro residente no país, bem como prevendo legislação própria a estabelecer “condições, restrições, limitações” e outras exigências para aquisição da propriedade rural por essas pessoas (art. 153 e § 34). A vedação à propriedade de estrangeiro não residente no país passou, assim, a ser clara. Tais disposições se deram em nome da integridade do território, da segurança do Estado e da distribuição justa da propriedade.

A regulação no plano infraconstitucional foi dada pela Lei n. 5.709/1971, regulamentada pelo Decreto n. 74.965/1974, que reafirmou limitações de quantitativo de áreas e percentuais de aquisição por municípios, bem como estabelecendo exigência de atos autorizativos estatais para aquisição e imposição de controles sobre áreas rurais adquiridas por estrangeiros.

Quanto aos destinatários das restrições Lei n. 5.709/1971, conforme artigo 1º e seu § 1º, voltou-se ao estrangeiro pessoa física residente no país, à pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil e também à

⁴⁴ Sobre histórico legislativo quanto ao tema de aquisição de terras por estrangeiros no Brasil v. JORDÃO, Luciana Ramos. Da questão agrária e da compra de terras por Estrangeiros. Dissertação (Mestrado) Goiânia: Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito, 2012.

⁴⁵ Decreto n. 1.318/1854. Constituições Federais Brasileiras de 1934 e 1937. Decreto Federal n. 23.873/1934. Decreto n. 4.783/1942.

“pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no Exterior”, tratadas, portanto, como *empresas estrangeiras por equiparação*.

A Constituição Federal brasileira de 1988 reprisou a possibilidade de estabelecimento de restrições legais à propriedade de estrangeiro (art. 190, incluindo restrições também ao arrendamento rural). A Lei n. 8.629/1993 limitou-se a estender as restrições da Lei n. 5.709/1971 ao arrendamento rural, indicando a recepção da legislação anterior sobre o tema da aquisição de terra por estrangeiro.

No entanto, considerando a previsão do art. 171 da Constituição, em sua redação original, pela distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, sem tratar de empresa brasileira de capital estrangeiro, instaurou-se debate sobre a recepção constitucional do art. 1º, § 1º da Lei n. 5.709/1971 e a validade de distinção entre controle nacional ou estrangeiro sobre empresa brasileira para fins de limitação à aquisição de propriedade rural. O tema foi tratado no Parecer/AGU n. GQ-22/1994, pelo qual a Advocacia-Geral da União – AGU considerou que o dispositivo não fora recepcionado pela Constituição de 1988 e, por conseguinte, não deveria ser aplicado. Fundamentou-se que em não tendo o art. 171 trazido distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de controle estrangeiro, o conceito de empresa estrangeira indicado no art. 190 merecia ser tomado apenas por exclusão: é estrangeira aquela empresa que não é brasileira, entendendo que outras distinções seriam inconstitucionais.

A revogação do art. 171 pela Emenda Constitucional n. 06/1995 pôs em análise a revigoração da distinção posta no art. 1º, § 1º da Lei n. 5.709/1971, refutada pelo Parecer/AGU n. GQ-181/1998 sob a ótica da proibição de repristinação. No entanto, o r. Parecer/AGU n. GQ-181/1998 admitia possibilidade de lei ordinária futura disciplinar o tema à luz da Constituição reformada.

No contexto de debates sobre a expansão das fronteiras agrárias aos mercados internacionais, o entendimento da AGU foi, mais uma vez, revisto pelo Parecer/AGU n. LA-01/2010⁴⁶, aprovado pela Presidência da República e com efeitos vinculantes à Administração Federal⁴⁷.

O Parecer/AGU n. LA-01/2010 parte da interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais para reconhecer que, mesmo antes ou depois da revogação do art. 171, consideradas outras restrições à fruição

46 O Parecer/AGU n. LA-01/2010 aprova Parecer CGU/AGU n. 01/2008, que embora date de 03/09/2008 somente veio a ser aprovado em 19/08/2010.

47 Conforme previsão do art. 40 da LC n. 73/1993.

de direitos de empresas constituídas e regidas por leis brasileira mas controladas por capital estrangeiro à luz da soberania nacional, o art. 1º, § 1º da Lei n. 5.709/1971 nunca deixou de ser recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

O Parecer estende a interpretação⁴⁸ sobre a questão da maioria do capital social ao reconhecimento de controle estrangeiro:

229. Demonstrou-se que a citada equiparação somente poderá ocorrer se, e, somente, se:

a) o estrangeiro, pessoa física, seja não-residente ou pessoa jurídica não-sediada no país; e

b) participe a qualquer título da composição acionária de pessoa jurídica brasileira; e

c) essa participação assegure a seus detentores o poder de conduzir as deliberações da assembléia geral, de eleger a maioria dos administradores da companhia e de dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

230. Apenas o implemento cumulativo desses três requisitos permitirá a equiparação.

O próprio Parecer/AGU reconhece sua aplicação no tempo a partir de sua aprovação o que levou à edição da Portaria interministerial AGU/MDA n. 04/2014 a reafirmar a preservação das situações jurídicas consolidadas entre 1994 e 2010, período de vigência dos entendimentos dos Pareceres/AGU anteriores.

Propostas legislativas hoje em debate – como o Projeto de Lei n. 4.059/2012 e o Projeto de Lei n. 2.289/2007, em curso na Câmara dos Deputados – ao invés de trazerem maiores mecanismos de controle efetivo para aquisições de terras por empresas controladas por capital estrangeiro afastam de quaisquer restrições à aquisição tais entidades ou empresas. Pretende-se voltar ao conceito de que estrangeira seria somente a sociedade com sede no exterior (“constituídas e estabelecidas fora do território nacional”), possibilitando que qualquer instituição sob leis brasileiras elimine restrições à aquisição.

No entanto os projetos de lei em curso trazem limitações à aquisição de imóveis rurais para: organização não governamental estabelecida no Brasil com sede no exterior ou cujo orçamento anual seja proveniente, na sua maior parte, estrangeiro, fundação particular quando os seus instituidores forem estrangeiros, fundos soberanos constituídos por estados estrangeiros. Os projetos de lei preveem a vedação de aquisição de terras por

48 Em interpretação do art. 116 da Lei n. 6.404, de 1976.

tais entidades ainda que sob a forma indireta, mediante a aquisição direta ou indireta de controle societário, constituição de fundo de investimento imobiliário ou contratação de consórcios, no entanto a proposta do PL n. 4.059/2012 excepciona da restrição companhias com capital aberto com negociação em bolsa de valores.

2.2 DOS DESAFIOS ENFRENTADOS PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA AO CONTROLE DAS AQUISIÇÕES DE TERRA POR ESTRANGEIROS

A Lei n. 5.709/1971, hoje vigente plenamente por força do Parecer/AGU n. LA-01/2010, trata das limitações à aquisição por limites gerais de área – até 50 módulos de exploração indefinida – MEI para pessoas físicas e até 100 MEIs para pessoas jurídicas⁴⁹. Estabelece dependência de um ato autorizativo – atribuído ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA por força do Decreto n. 74.965/1974, para as aquisições acima de 3 MEIs por pessoas físicas e para todas aquisições por pessoas jurídicas, exigindo para essas, ainda, apresentação de “projetos agrícolas, pecuários, industriais, ou de colonização, vinculados aos seus objetivos estatutários” a serem aprovados.

Vários são os problemas práticos são enfrentados na aplicação estrita dos mecanismos de controle para aquisição de terras por estrangeiros no Brasil.

A definição do módulo de exploração indefinida também é de atribuição do INCRA, mas se trata de um dimensionamento que não encontra repercussão em outras legislações, que se utilizam, em regra, da definição de módulo fiscal (Lei n. 8.629/1993) para conceituação de pequena, média ou grande propriedade.

A variedade de formas de organização societária e de controle de capital, como das sociedades por ações e fundos de investimento, não tem previsão diretamente compatível na Lei n. 5.709/1971, que se limita a uma referência ao enquadramento da “maioria do capital social”, mas sem cogitar da transitoriedade desse controle no mercado de ações aberto, ou dos rearranjos societários por incorporações, fusões e desmembramentos, dificultando o estabelecimento de um efetivo banco de dados, inclusive quanto à própria definição da *nacionalidade* dessas empresas.

À previsão de aprovação de projeto de exploração no âmbito governamental não é correlacionada qualquer medida de controle ou fiscalização na sua implementação. Ademais, não há diretrizes administrativas claras quanto a tais aprovações, sendo a Instrução Normativa Conjunta MDA/MAPA/MDIC/INCRA n. 01 de 27/09/2012 omissa em

49 Quanto a pessoas jurídicas estrangeiras a limitação de área consta do art. 23 da Lei n. 8.629/1993.

prever qualquer acompanhamento da execução do projeto aprovado ou sanções claras pelo descumprimento sob o aspecto da propriedade cuja aquisição foi autorizada. As indicações sobre o projeto de exploração a ser apresentado são genéricas (art. 3º “justificativa de proporcionalidade entre o quantitativo de terras visado e a dimensão do projeto; cronograma físico e financeiro do investimento e implementação; eventual utilização de crédito oficial no financiamento parcial ou total do empreendimento; viabilidade logística de sua execução, e, no caso de projeto industrial, demonstração da compatibilidade entre o(s) local(is) da(s) planta(s) industrial(is) e a localização geográfica das terras; demonstração de compatibilidade com os critérios para o Zoneamento Ecológico Econômico do Brasil – ZEE).

Embora seja previsto um intercâmbio de informações entre cartórios de registro de imóveis e INCRA, para estabelecimento de um registro efetivo de imóveis adquiridos por estrangeiros, a menção sancionatória na Lei n. 5.709/1971 à “nulidade de plena direito”⁵⁰ é insuficiente ao desconsiderar a geração de efeitos práticos decorrentes das matrículas imobiliárias, inclusive à segurança jurídica das relações e diversas impossibilidades fáticas de desfazimento do negócio jurídico.

Ademais a legislação centra-se tão somente na aquisição e ao arrendamento⁵¹ de modo que por aquisição, nos termos da legislação civil, equivale tão somente à aquisição de efetiva propriedade, não abarcando outros direitos reais de uso e gozo do imóvel rural, como o direito de superfície, de usufruto, de uso e do promitente comprador, ou outras situações jurídicas de posse da terra.

Nem mesmo a questão da aplicação do art. 1º, § 1º da Lei n. 5.709/1971 é uníssona.

Muito embora o do Parecer/AGU n. LA-01/2010 tenha sido aprovado com efeito vinculante tal extensão é limitada à Administração Federal⁵², e a aplicação no âmbito dos serviços notariais e de registro resta controversa diante da natureza peculiar, de serviço público exercida em caráter privado, por delegação, mas com a fiscalização exercida pelo Poder Judiciário, não do Executivo.

50 “A aquisição de imóvel rural, que viole as prescrições desta Lei, é nula de pleno direito. O tabelião que lavrar a escritura e o oficial de registro que a transcrever responderão civilmente pelos danos que causarem aos contratantes, sem prejuízo da responsabilidade criminal por prevaricação ou falsidade ideológica. O alienante está obrigado a restituir ao adquirente o preço do imóvel.”

51 Art. 190 da Constituição e também Lei n. 8.629/1993

52 De se ver a distinção entre os efeitos vinculantes atribuídos à Súmula do Supremo Tribunal Federal prevista no art. 103-A que “terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” e a previsão do art. 40 da LC n. 73/1993 de vinculação dos pareceres aprovados pelo AGU e Presidente e publicados para “a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento”.

De se ver que o Conselho Nacional de Justiça expediu recomendação⁵³ às Corregedorias e Tribunais de Justiça pela adoção da interpretação do Parecer/AGU n. LA-01/2010 pela plena aplicação da Lei n. 5.709/1971 “quando se apresentarem ou tiverem de lavrar atos de aquisição de terras rurais por empresas brasileiras com participação majoritária de estrangeiros, pessoas físicas ou jurídicas”. No entanto nem mesmo tal orientação, até hoje, foi estritamente seguida. O Parecer 461/12-E da Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo dispensou os Cartórios sob sua fiscalização a observância do disposto na Lei n. 5.709/1971. Apenas decisão bastante recente do Supremo Tribunal Federal – Medida cautelar na Ação cível originária n. 2.463 – suspendeu em caráter liminar tal Parecer, ainda sem apreciação no Plenário da Corte⁵⁴. Os fundamentos da decisão alicerçaram-se em interpretação do art. 190 da Constituição à luz dos “princípios da isonomia e da livre iniciativa, reservou ao legislador ferramentas aptas a assegurar a soberania, pressuposto da própria preservação da ordem constitucional”.

Confere-se, seja da Lei n. 5.709/1971 ou mesmo das propostas legislativas de alteração, que a questão debatida centra-se, tão-somente, em saber quais sujeitos poderiam ou não ser equiparados a estrangeiros para fins de limitação à aquisição de quantidade de terras no Brasil, e o tema, em regra, é analisado apenas sob o prisma de proteção de soberania nacional e limites de interpretação do art. 190 da Constituição.

3 CONCLUSÕES: DOS DESAFIOS A SEREM TRATADOS PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DE AQUISIÇÃO DE IMÓVEIS POR ESTRANGEIROS

As análises internacionais precedentes, que sob a realidade econômica de expansão das fronteiras agrícolas discutem a repercussão sobre uma temática mais ampla de impactos em direitos humanos no tema da apropriação de terras possibilitam propor um reposicionamento da discussão sobre a legislação local de aquisição de terras por estrangeiros.

Com efeito, Lei n. 5.709/1971 centra-se em atores – estrangeiro e figuras equiparadas – e quantidade de terras passível de passar à propriedade desse estrangeiro – genericamente, até um quarto da área do município, limitado a 40% de mesma nacionalidade. O tema do controle sobre a destinação das terras é vago, sendo a previsão da aprovação de

53 Despacho no PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS - CORREGEDORIA 0002981-80.2010.2.00.0000 em 13/07/2010.

54 Decisão monocrática na ACO 2.463 - DJE nº 188, divulgado em 02/09/2016. A ACO 2.463 foi apensada à ADPF 342, proposta pela Sociedade Rural Brasileira com questionamento sobre o § 1º do art. 1º da Lei n. 5.709/1971.

projeto de exploração prévio em caso desprovida de qualquer análise que correlacione o quantitativo de terra aos impactos locais.

Anote-se, ainda, que se discute até mesmo se a preocupação central no Brasil deva ser sobre a *estrangeirização* da terra.

Oliveira⁵⁵ contesta o debate sob o prisma da estrangeirização das terras no Brasil, justamente pela insuficiência dos números e percentuais apresentados nas estatísticas oficiais e foca a problemática da questão fundiária nacional no tema da concentração fundiária, compreensão também discutida por outros estudiosos⁵⁶.

Assim, partindo-se da análise de que as repercussões jurídicas sobre o tema da apropriação de terras (*land grabbing*) não estão atrelados à questão de a apropriação da terra se dar somente por capital estrangeiro, tem-se que as discussões centradas na Lei n. 5.709/1971 (ou propostas em curso para substituí-la) aplicar-se ou não a empresas constituídas sob legislação nacional mas que tenham controle estrangeiro é apenas uma das vertentes da questão.

Falta a apreensão de outras discussões quanto à efetiva análise da repercussão da apropriação de terras, nas diversas modalidades que não apenas a propriedade e o arrendamento sobre a gestão fundiária e, mais, que dimensione os impactos dessa apropriação sobre a ótica de direitos humanos, especialmente sob a questão das propriedades locais, direitos culturais, de gênero e proteção de moradia e alimentação da população nacional, com foco nos setores mais vulneráveis do campo, como comunidades indígenas e pequenos trabalhadores rurais.

O tema de consulta e participação daqueles que tenham direitos violados ou ameaçados, considerado pelos estudos e recomendações em âmbito internacional⁵⁷ como importante direcionamento também não é tratado na legislação brasileira sob a ótica da apropriação de terras.

Como bem destacado na tradução ao texto das Diretrizes Voluntárias para a Governança Responsável da Terra, dos Recursos Pesqueiros e Florestais no Contexto da Segurança Alimentar Nacional, empreendida pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário - MDA⁵⁸, sem embargo das distinções na legislação interna brasileira entre posse e propriedade, os conceitos se aproximam na discussão prática sobre modelos de governança fundiária em âmbito internacional. Tal aproximação de conceitos, no

55 Cf OLIVEIRA, Ariovaldo U. *A questão da aquisição de terras por estrangeiros no Brasil: um retorno aos dossiês. Agrária*, n.º. 12, São Paulo, USP, 2010 [2012], p. 3-113.

56 Cf SAUER, 2016, op. cit., p. 22-25 e JORDA, op. cit., p. 97.

57 Cf COTULA, Op. cit., BORRAS, Op. cit. e DE SCHUTTER, Op. cit.

58 FAO, op. cit., p. 11-12.

entanto, não está abrangida nem na Lei n. 5.709/1971 nem nas propostas de sua alteração.

Assim, não é a eliminação ou não de restrições de quantitativos de áreas a serem compradas por estrangeiros, ou se empresas sob leis brasileiras mas de controle estrangeiro podem ser proprietárias de quaisquer extensões de terras que afasta a preocupação e os desafios de um reconhecimento de que as apropriações de terra em larga escala são potencialmente impactantes para o exercício de direitos fundamentais.

A implementação de um modelo de efetiva governança fundiária no Brasil ainda enfrenta muitos desafios e o enfoque sob o tema apenas da estrangeirização, à luz da legislação hoje vigente, não autoriza afastar a necessária visão concernente à promoção de direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ANSEEUW, Ward et al. *Land Rights and the Rush for Land: Findings of the Global Commercial Pressures on Land Research Project*. ILC, Rome., 2012. Disponível em: <<http://www.landcoalition.org/sites/default/files/documents/resources/tiranadeclaration.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2016.

BANCO Mundial. *Rising global interest in farmland: Can it yield sustainable and equitable benefits?* Washington D.C., 2010. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/DEC/Resources/Rising-Global-Interest-in-Farmland.pdf>>.

BORRAS, Saturnino Jr. et al. *Land grabbing and human rights: The involvement of European corporate and financial entities in land grabbing outside the European Union*. Study for the European Parliament, Directorate-General for External Policies of the Union. Maio, 2016. Disponível em: <<http://bookshop.europa.eu/en/land-grabbing-and-human-rights-pbQA0116502/>>. Acesso em: 21 set. 2016.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer n. GQ-181*, de 17 de dezembro de 1998. Brasília: DOU 21 jan. 1999.

_____. Advocacia-Geral da União. *Parecer n. LA-01*, de 19 de agosto de 2010. Brasília: DOU 23 ago. 2010.

COTULA, Lorenzo. *Addressing the Human Rights Impacts of 'Land Grabbing'*. Study for the European Parliament, Directorate-General for External Policies of the Union. Dezembro, 2014. Disponível em: <<http://bookshop.europa.eu/en/addressing-the-human-rights-impacts-of-land-grabbing--pbQA0514123/>>. Acesso em: 21 set. 2016.

DE SCHUTTER, Olivier. *Guiding principles on human rights impact assessments of trade and investment agreements*. Relatório apresentado na 19ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, ONU, 2011. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-59-Add5_en.pdf>.f

FAO - Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação. *Diretrizes Voluntárias para a Governança Responsável da Terra, dos Recursos Pesqueiros e Florestais no Contexto da Segurança Alimentar Nacional*. Brasil: MDA – Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2015

FIDH. *Land and environmental rights defenders in danger: an overview of recent cases*. 2013. Disponível em: <<https://www.fidh.org/en/issues/human-rights-defenders/14326-land-and-environmental-rights-defenders-in-danger-a-compilation-of-recent>>.

GILBERT, Jeremie. Land Rights as Human Rights: The Case for a Specific Right to Land. *SUR International Journal on Human Rights*, v. 10, n. 18, Jun. 2013, p. 115-136.

JORDÃO, Luciana Ramos. *Da questão agrária e da compra de terras por Estrangeiros*. Dissertação (Mestrado) Goiânia: Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito, 2012. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/tede/3573?locale=pt_BR>. Acesso em: 21 set. 2016.

KAY, Sylvia Kay; PEUCH, Jonathan; FRANCO, Jennifer. *Dimensão da apropriação de terras agrícolas na EU, Estudo para o Parlamento Europeu*, Direção Geral de Políticas Internas. Maio, 2015. Disponível em <http://bookshop.europa.eu/en/extent-of-farmland-grabbing-in-the-eu-pbQA0115384/> (acesso em 21 de setembro de 2016)

OLIVEIRA, Ariovaldo U. A questão da aquisição de terras por estrangeiros no Brasil: um retorno aos dossiês. *Agrária*, nº. 12, São Paulo, USP, 2010 [2012], p. 3-113. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/agraria/article/viewFile/702/711>>. Acesso em: 21 set. 2016.

SAUER, Sérgio. *Investimentos estrangeiros na compra de terras: oportunidade de negócios ou maior concentração da propriedade fundiária no Brasil*, 2012. Disponível em: <<http://www.proega.com.br/publica%C3%A7%C3%B5es/investimentos-estrangeiros-na-compra-de-terras-oportunidade-de-neg%C3%B3cios-ou-maior-concentra%C3%A7%C3%B5es-da-propriedade-fundi%C3%A1ria-no-brasil>>.

_____. Reflexões esparsas sobre a questão agrária e a demanda por terra no século XXI in *A questão agrária no Brasil: Debate sobre a situação e perspectivas da reforma agrária na década de 2000*. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

_____. *'LAND GRABBING' E 'GREEN GRABBING': uma leitura da 'corrida na produção acadêmica' sobre a apropriação global de terras*. CAMPO-TERRITÓRIO, *Revista de geografia agrária*, edição especial, p. 6-42, jun., 2016.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR À LUZ DA CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS E DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: CASOS JULGADOS

*HUMAN DIGNITY AND THE RIGHT TO FAMILY LIFE
UNDER THE LIGHT OF THE EUROPEAN CONVENTION OF
HUMAN RIGHTS AND THE BRAZILIAN CONSTITUTION: A
CASE LAW STUDY*

Debora Vasti da Silva do Bomfim Denys

*Procuradora Federal lotada na Divisão de Assuntos Disciplinares da PGF
Mestre em Direito - UniCEUB*

Isabella Maria de Lemos

*Procuradora Federal, Coordenadora-Geral de Pessoal da PGF
Especialista em Direito Agrário – UFG
Especialista em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável – UnB*

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 A conexão entre a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos; 2 A dignidade da pessoa humana e a proteção familiar; 3 A Convenção Europeia de Direitos Humanos e o respeito à vida privada e familiar; 3.1 Caso de Souza Ribeiro *v.* França; 3.2 Caso Rodrigues da Silva *v.* Holanda;

- 4 A Constituição Federal brasileira: a dignidade da pessoa humana e o direito à convivência familiar;
- 5 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo aborda o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à convivência familiar no texto da Convenção Europeia de Direitos Humanos e na Constituição Federal do Brasil. Os direitos da pessoa humana ganharam relevância no pós-guerra e, como consequência as relações dos Estados com seus nacionais saíram da esfera de interesse doméstico e passaram a ser de interesse internacional. A Convenção proclama o respeito à vida privada e familiar a qualquer pessoa sob a jurisdição dos Estados Partes que sofra violação concreta de direitos humanos. A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos consagra a prevalência da convivência familiar sobre os interesses estatais e aponta o caminho para a correção de falhas nos sistemas normativos internos desses Estados. Na Carta Constitucional brasileira e na jurisprudência dos Tribunais o direito à convivência familiar possui caráter de direito fundamental, embora não absoluto, objeto de “especial proteção do Estado” à família, base de toda sociedade. Daí decorre o dever imposto ao Estado brasileiro de preservar a unidade familiar. As decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos e das Cortes Superiores brasileiras – o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça – fornecem uma visão jurisprudencial sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e sua aplicação na proteção da instituição considerada, em muitos sistemas democráticos, um dos pilares do Estado moderno: a família.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Dignidade da Pessoa Humana. Direito à Convivência Familiar. Corte Europeia de Direitos Humanos. Supremo Tribunal Federal. Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT: This article discusses the principle of human dignity and the right to family life within the legal parameters of both the European Convention on Human Rights and the Brazilian Federal Constitution. Human rights emerged stronger during the post-war era and, as a result, the relationship between states and their nationals became an international matter, not a mere domestic subject. The European Convention on Human Rights declares respect for private and family life of any person who suffer specific violations of human rights under the jurisdiction of States Parties. The precedents of the

European Court of Human Rights enshrines the prevalence of family life over state interests and points out ways to adjust legal flaws of internal legal systems of those States. On the other hand, the Brazilian Constitution and Brazilian judicial precedents ensure and tanks the right to family life as a fundamental right. Although not classified as an absolute right, family life is subject of a “special state protection”. Therefore emerges the duty (and principle) imposed on the Brazilian government to preserve the family unit. The decisions of the European Court of Human Rights and the Brazilian Superior Courts - the Supreme Federal Court and the Superior Court of Justice - provide a framework that embraces the principle of human dignity and its application alongside with the previously mentioned fundamental right. Indeed, it is one of the social and legal pillars in many democracies and modern States: the family.

KEYWORDS: Human rights. Dignity of human person. Right to family life. European Court of Human Rights. Supreme Federal Court of Brazil. Superior Court of Justice of Brazil.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A partir de 1948, quando foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), na Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), teve início a luta universal contra a opressão e a discriminação, a defesa da igualdade e a dignidade das pessoas e o reconhecimento de que os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser aplicados a cada cidadão do planeta.¹

Por direitos humanos entende-se os direitos essenciais a todos os seres humanos, sem que haja discriminação por raça, cor, gênero, idioma, nacionalidade ou por qualquer outro motivo (como religião e opinião política). Alcançam também os direitos civis ou políticos, como o direito à vida, à igualdade perante a lei e à liberdade de expressão. Podem, ainda, ser econômicos, sociais e culturais, como o direito ao trabalho e à educação e coletivos, como o direito ao desenvolvimento². Os direitos humanos universais são garantidos por tratados e leis nacionais.

A Declaração de Viena de 1993 reafirmou a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos em seu §5º, ao afirmar que “Todos

1 PORTAL BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos do Homem garante igualdade social*. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2009/11/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-garante-igualdade-social>, acesso em: 10 set. 2016.

2 Ibidem

os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase”, ao tempo em que reiterou a competência dos Estados, independentemente dos respectivos sistemas políticos, econômicos e culturais, para promover e proteger os Direitos Humanos e liberdades fundamentais³.

Nesse cenário, os tribunais internacionais de direitos humanos favorecem o acesso direto aos indivíduos a suas respectivas jurisdições, como a verdadeira parte demandante. A jurisdição obrigatória desses tribunais tornou-se complemento indispensável do direito de petição individual internacional.⁴

A interação entre o ordenamento jurídico internacional e o nacional decorre tanto do princípio da jurisdição universal quanto o da complementaridade. Os Estados deixam de deter o velho monopólio do acesso à justiça internacional, que passa a ser estendido aos indivíduos. Nesse contexto, a realização da justiça torna-se uma meta comum, convergente, dos ordenamentos jurídicos interno e internacional, e em conjunto testemunham a unidade do direito na realização dessa justiça⁵.

O ponto convergente entre a Carta Constitucional brasileira e o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) é a dignidade humana, que além da própria previsão normativa insculpida no art. 5º, §2º, que abriu uma porta normativa para uma leitura diferenciada dos tratados de direitos humanos, reconheceu em vários outros artigos e incisos do texto constitucional esse recurso à vida digna, que quando considerados na perspectiva da comunidade, são chamados valores.⁶

E, dentre esses valores, a consideração do ser humano como pessoa e seu direito à convivência familiar, como interesse a ser protegido e não combatido pelo Estado, vem a ser o objeto do presente estudo.

As decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos e das Cortes Superiores brasileiras – o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça – fornecem uma visão jurisprudencial sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e sua aplicação prática na proteção da

3 Declaração e Programa de Ação de Viena. Conferência Mundial de Direitos Humanos. Portal de Direito Internacional. Disponível em: www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%BAncia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf. Acesso em 10/09/2016.

4 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos*. Fundação Alexandre de Gusmão: Brasília 2013. p. 23, 27.

5 Ibidem, p. 80-81.

6 MOREIRA, Nelson Camata. *Direitos e Garantias Constitucionais e Tratados Internacionais de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 174-175.

instituição, que vem a ser um dos pilares do Estado moderno, em muitos sistemas democráticos: a família.

1 A CONEXÃO ENTRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS HUMANOS

O século XX foi marcado pelas trágicas consequências para a humanidade advindas de grandes conflitos mundiais. As barbaridades praticadas na Segunda Guerra configuraram uma violação de direitos humanos sem precedentes e um marco de afronta à dignidade da pessoa humana. No pós-guerra os direitos da pessoa humana ganharam relevância e consagração internacional, como uma resposta às atrocidades cometidas nos campos de concentração da Alemanha nazista.⁷

O aviltamento à dignidade humana chegou a níveis inimagináveis e alçou a sua análise ao âmbito internacional, consolidando a ideia de limitação da soberania nacional e reconhecendo a necessidade de proteção aos direitos inerentes à existência de cada pessoa. Como afirma Guerra, nesse período, “a pessoa humana passou a ser o foco da atenção internacional e a dignidade estabeleceu-se, até certo ponto, como princípio universal e absoluto”.⁸

A Carta da Organização das Nações Unidas, assinada em 26 de junho de 1945, foi uma resposta dos países representados na Conferência das Nações Unidas aos sofrimentos e flagelos sofridos pela humanidade, advindos da guerra, e ao passo em que tem entre seus propósitos a manutenção da paz e da segurança internacionais (artigo 1), reafirma em seu Preâmbulo a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano⁹.

Não muito tempo depois foi adotada e proclamada a Declaração Universal de Direitos Humanos, pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, assinada pelo Brasil na mesma data. Em seu Preâmbulo reconhece, entre outros princípios, a dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.¹⁰

7 GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 36.

8 Ibidem, p. 38.

9 BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Carta das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em 20/09/2016.

10 Universidade de São Paulo-USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 20/09/2016.

O mais fundamental dos direitos da humanidade encontra-se no inciso XVIII da Declaração de 1948¹¹ que tem a finalidade de estabelecer uma ordem internacional que valorize a dignidade humana, ao tempo em que consolida o movimento de internacionalização dos direitos humanos. As relações dos Estados com seus nacionais saem da esfera de interesse doméstico e passam a ser de interesse internacional. Não se fala mais em diálogos entre Estados no âmbito internacional, mas da relação do Estado com seu nacional.¹²

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 consagrou a ideia de uma ética universal e proclamou a indivisibilidade dos direitos humanos. Tanto a universalidade quanto a indivisibilidade dos direitos humanos tornam-se tema global e a partir de então a dignidade da pessoa humana reflete-se como fundamento de muitas Constituições e entra em definitivo na agenda internacional. Para Guerra, “Inaugura-se, portanto, o momento cuja essência dos direitos humanos, parafraseando Hannah Arendt, consiste no “direito a ter direitos””.¹³

Por direitos fundamentais entendem-se aqueles direitos subjetivos, que dizem respeito universalmente a *todos* os seres humanos, dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão, ou de pessoa capaz de agir. Tal definição teórica prescinde de qualquer circunstância de fato de que nesse ou naquele ordenamento jurídico tais direitos sejam ou não formulados em cartas constitucionais ou leis fundamentais do Estado¹⁴.

Assim, a previsão de um direito num determinado ordenamento jurídico é condição de sua existência ou vigor naquele ordenamento, mas não incide sobre o significado do conceito de direitos fundamentais. O fato de constar num texto constitucional garante a sua observância pelo legislador ordinário, e de igual forma não afeta o caráter universal de sua imputação, a qual tem sentido puramente lógico e avalorativo da qualificação (universal) da classe de sujeitos que deles são titulares. Desta forma são tutelados como universais, ou fundamentais, a liberdade pessoal, a liberdade de pensamento, os direitos políticos, os direitos sociais e similares.¹⁵

A dignidade humana, para Barroso, é um valor universal que foi convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por positivação em norma expressa, seja por aceitação como mandamento

11 Todo homem tem direito a uma ordem social e internacional, em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

12 GUERRA, op. cit., p. 40.

13 Ibidem, p. 40.

14 FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos Direitos e Bens Fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 9.

15 Ibidem, p. 10.

jurídico extraído do sistema, que serve tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais¹⁶.

E finaliza ao afirmar, com maestria, que:

O tratamento contemporâneo da dignidade da pessoa humana incorporou e refinou boa parte das ideias expostas acima que, condensadas em uma única proposição, podem ser assim enunciadas: a conduta ética consiste em agir inspirado por uma máxima que possa ser convertida em lei universal; todo homem é um fim em si mesmo, não devendo ser funcionalizado a projetos alheios; as pessoas humanas não têm preço nem podem ser substituídas, possuindo um valor absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade.¹⁷

Há uma conexão estreita entre a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos (ou fundamentais), pois são, em verdade, as duas faces da mesma moeda ou as duas faces de Jano¹⁸: uma, voltada para a filosofia, expressa os valores morais que singularizam todas as pessoas, tornando-as merecedoras de igual respeito e consideração; a outra, voltada para o Direito, consubstancia-se nas posições jurídicas titularizadas pelos indivíduos e tuteladas por normas coercitivas e pela atuação judicial. Em resumo: a moral sob a forma de Direito¹⁹.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A PROTEÇÃO FAMILIAR

A dignidade humana possui uma dupla dimensão: uma interna, expressa no valor próprio de cada indivíduo, e outra externa, representando seus direitos, aspirações e responsabilidades, bem como seus deveres com terceiros. A primeira dimensão é inviolável, uma vez que esse valor próprio, intrínseco do indivíduo, não se perde sob nenhuma circunstância. A segunda pode sofrer ofensas e violações.²⁰

16 BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 11 set. 2016, p. 11.

17 Ibidem, p. 18.

18 Jano, do latim Janus ou Ianus, era o deus romano das portas, ou dos começos e fins. Segurava uma chave em sua mão direita e figurava em muitas moedas romanas. Uma das versões sobre sua origem o apontam como filho do deus Apolo com a mortal Creusa. Representava a transição. O mês de janeiro (o décimo primeiro do mês romano) tem seu nome derivado de Jano. Disponível em: <<http://portal-dos-mitos.blogspot.com.br/2014/05/jano.html>>. Acesso em: 20 out. 2016.

19 BARROSO, op. cit., p. 21.

20 BARROSO, Luiz Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 62.

Há consenso razoável de que a dignidade humana constitui um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de um modo em geral, ainda que não expressamente prevista em seus textos constitucionais. Em alguns sistemas, como o alemão, a dignidade assume um valor absoluto, prevalecente em qualquer circunstância. Essa posição tem sido questionada, pois, regra geral, no direito não há espaços para absolutos. Assim, normalmente, a dignidade humana deve prevalecer, sem se olvidar de que há circunstâncias inevitáveis em que ela terá que ceder, ao menos parcialmente²¹.

É, portanto, um valor fundamental que não deve ser tomado como absoluto. Os valores, quaisquer que sejam – políticos, morais – assumem a forma de princípios ao adentrar no mundo do direito, melhor classificados como um princípio jurídico com *status* constitucional.²²

O sistema europeu de proteção aos direitos humanos remonta à criação do Conselho da Europa de 1949, com sede em Estrasburgo, como alternativa para desenvolver a cooperação entre os Estados e aumentar a unidade entre os Membros, prevenindo novos conflitos. Em 4 de novembro de 1950 foi assinada, sob a égide desse Conselho, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais – CEDH, com entrada em vigor em 1953²³.

O texto da Convenção reflete a filosofia do Conselho da Europa, com ênfase na proteção dos direitos humanos, de forma a afastar de vez as atrocidades cometidas no continente europeu por meio da consolidação de democracias políticas pluralistas, ao mesmo tempo em que acolhe os direitos, liberdades e garantias coletivas, como os direitos civis e políticos, necessários ao combate a governos totalitários na Europa²⁴.

Assim, a CEDH proclama no seu artigo 8º e 12 o respeito à vida privada e familiar e os protocolos adicionais expandiram e complementaram a proteção originariamente conferida. Como o artigo 1º da Convenção Europeia dispõe que os direitos e liberdades ali estabelecidos são garantidos a qualquer pessoa sob a jurisdição dos Estados-Partes, a Convenção aplica-se, a princípio, a nacionais e estrangeiros que se encontram dentro dos limites territoriais do Estado contratante²⁵.

A estrutura de organização e funcionamento da Corte Europeia de Direitos Humanos, estabelecida na Convenção, pode ser apontada como

21 BARROSO, op. cit., p. 63-64.

22 Ibidem, p. 64.

23 GODINHO, Fabiana de Oliveira. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.46-47.

24 Ibidem, p. 48.

25 Ibidem, op. cit., p. 52.

modelo na salvaguarda efetiva de direitos e liberdades individuais por um órgão jurisdicional internacional, com intensa atuação na análise e solução de inúmeras violações concretas aos diversos aspectos dos direitos humanos²⁶.

A Corte Europeia de Direitos Humanos caracteriza-se como verdadeiro “tribunal constitucional” ao estabelecer uma “ordem pública europeia” que exige dos estados europeus o respeito a uma gama de direitos e liberdades fundamentais comuns. Assim, além de permitir a reparação individual, ainda que moral, àqueles que sofreram algum desrespeito à sua dignidade humana em seus Estados, a Corte desempenha também o papel de apontar o caminho para a correção de falhas nos sistemas normativos internos desses Estados e a sua adequação aos dispositivos obrigatórios da Convenção Europeia²⁷.

Importante ressaltar que, qualquer conflito entre a CEDH e Tribunais nacionais ou entre a CEDH e governos dos Estados-membros é eminentemente transconstitucional, uma vez que não há hierarquia entre os órgãos envolvidos, embora os governos nacionais se submetam à jurisdição do Tribunal, vinculado ao Conselho da Europa. Dessa forma, não é lícito a CEDH desfazer ordem judicial emitida por uma Corte nacional, ainda que possa condenar o respectivo governo a pagar indenização ou compensação pecuniárias aos prejudicados por eventual violação do direito comunitário.²⁸

As demandas individuais tornaram-se um dos mecanismos mais efetivos de garantia e de controle dos direitos e liberdades proclamados pela Convenção Europeia, facultada a pessoas físicas e jurídicas que se considerem vítimas de violações pelo Estado contratante. O Protocolo nº 9, de 1990, que entrou em vigor em outubro de 1994, possibilitou o acesso direto dos indivíduos à Corte das vítimas cujas demandas já haviam sido objeto de análise e de relatórios por parte da Comissão Europeia de Direitos Humanos. Entretanto, somente com a entrada em vigor do Protocolo nº 11, de 1998 e a extinção da Comissão, foi que as reclamações individuais passaram a ser apresentadas diretamente ao Tribunal, consagrando-se o *jus standi* dos indivíduos²⁹.

A jurisprudência da CEDH que se segue fornece uma visão geral da Corte sobre a convivência familiar, cuja jurisprudência mostra-se favorável à proteção desse direito convencional, com a análise específica de dois casos julgados pelo Tribunal envolvendo brasileiros.

26 GODINHO, op. cit., p. 57-58.

27 Ibidem, p. 58.

28 NETO, João Costa. *Dignidade Humana*. Visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 161-162.

29 GODINHO, op. cit., p. 77-78.

3 A CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS E O RESPEITO À VIDA PRIVADA E FAMILIAR

A Convenção da Corte Europeia de Direitos Humanos prevê, no seu art. 8³⁰, a proteção de quatro domínios da autonomia da pessoa: sua vida privada, sua vida familiar, seu domicílio e sua correspondência. Não há exclusão mútua entre esses domínios, pelo contrário: uma medida pode constituir, ao mesmo tempo, uma ingerência na vida privada e na vida familiar³¹.

A noção de vida familiar é um conceito autónomo³² e sua existência ou não depende da existência real, na prática, de vínculos pessoais estreitos. Não existindo reconhecimento legal de vida familiar o Tribunal examinará as ligações familiares de fato, como a vida em comum dos requerentes³³. Outros elementos podem ser examinados para se determinar a esfera da vida familiar, como: i) o direito à maternidade e à paternidade; ii) direito das crianças; iii) direitos dos casais; iv) outras relações e v) interesses materiais³⁴.

O direito à maternidade e à paternidade envolve as decisões de ser pai ou mãe biológicos³⁵. O direito de um casal de recorrer à procriação medicamente assistida entra no campo de aplicação do artigo 8º, enquanto expressão da vida privada e familiar³⁶. Ressalve-se que as disposições do art. 8º não garantem, por si só, o direito de fundar uma família, nem o direito de adotar³⁷.

O direito das crianças diz respeito ao vínculo constitutivo de vida familiar que existe desde o seu nascimento e que não pode ser quebrado por eventos posteriores, a não ser em circunstâncias excepcionais³⁸. Há o reconhecimento de vida familiar também no caso de criança adotada, entre a família de acolhimento e a criança acolhida, levando-se em consideração

30 Artigo 8º - Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde e da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

31 Corte Europeia de Direitos Humanos. Guia Prático sobre a Admissibilidade. Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7B7e12c345-df43-41aa-b3d3-a7b3d9c43b98%7D.pdf>. Acesso em: 20/09/2016, p. 86.

32 Marckx c. Bélgica, acórdão do Tribunal, § 31 e Marckx c. Bélgica, relatório da Comissão, § 69

33 Johnston e outros c. Irlanda, § 56.

34 Corte Europeia de Direitos Humanos. Guia Prático sobre a Admissibilidade, *op. cit.*, p. 86-89.

35 Dickson c. Reino-Unido [GC], § 66.

36 S.H. e outros c. Áustria*, § 60.

37 E.B. c. França [GC].

38 Ahmut c. Países-Baixos, § 60; Gül c. Suíça, § 32; Berrehab c. Países-Baixos, § 21; Hokkanen c. Finlândia, § 54.

o tempo vivido em conjunto, as qualidades das relações, bem como o papel assumido pelo adulto relativamente à criança³⁹. Para o pai natural e a criança nascida fora do casamento os elementos relevantes podem compreender a coabitação, a natureza da relação entre os pais e o interesse pela criança⁴⁰. Via de regra a coabitação não é condição *sine qua non* a uma vida familiar entre pais e filhos⁴¹.

A vida familiar não termina quando a guarda da criança é transferida⁴² ou se os pais se divorciam⁴³. Consideram-se relevantes também os laços entre a criança e parentes próximos, como os avós e netos, que podem desempenhar um papel significativo na vida familiar⁴⁴. Nos casos de imigração há necessidade de se provar os elementos suplementares de dependência, além dos vínculos afetivos normais⁴⁵, embora o Tribunal considere que essas ligações podem ser consideradas como no domínio da “vida privada”⁴⁶. O Tribunal admitiu, em alguns casos relativos a jovens adultos, que as suas ligações com seus pais e outros membros de sua família próxima constituíam “vida familiar” porque aqueles jovens ainda não haviam constituído sua própria família⁴⁷.

Quanto a casais, a noção de “família” prevista pelo artigo 8º não se limita apenas às relações assentes no casamento, mas pode englobar outros “vínculos familiares” de fato, quando as partes coabitam fora de uma relação matrimonial⁴⁸. Os laços para constituição de vida familiar podem ser suficientes mesmo na ausência de coabitação⁴⁹ e a existência de vida familiar não depende de conformidade com o direito interno⁵⁰. Um casal que celebrou apenas o casamento religioso, não reconhecido pela lei nacional, pode se valer da noção de “vida familiar”, no sentido expresso no artigo 8º, mas não pode interpretar essa disposição no sentido de impor ao Estado a obrigação de reconhecer o casamento religioso, nomeadamente

39 Moretti e Benedetti c. Itália, §§ 48-52.

40 Keegan c. Irlanda, §§ 42-45; M.B. c. Reino-Unido (dec.); Nylund c. Finlândia (dec.); L. c. Países-Baixos, §§37 a 40; Chavdarov c. Bulgária, §40.

41 Berrehab c. Países-Baixos, § 21.

42 Johansen c. Noruega, § 52.

43 Mustafa e Armagan Akin c. Turquia*, § 19.

44 Price c. Reino Unido(dec.); Bronda c. Itália, § 51.

45 Slivenko c. Letónia [GC], § 97; Kwakye-Nti e Duffie c. Países-Baixos (dec.).

46 Slivenko c. Letónia [GC], § 97.

47 Maslov c. Áustria [GC], § 62.

48 Johnston e outros c. Irlanda, § 56.

49 Kroon e outros c. Países-Baixos, § 30.

50 Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Reino Unido, § 63.

em matéria de direitos sucessórios e de pensões⁵¹. O Tribunal já decidiu também que o compromisso por si só não cria uma vida familiar⁵² e que um casal de homossexuais que vive uma relação estável pode se valer da noção de “vida familiar”, da mesma forma que a relação de um casal de sexo oposto⁵³.

No que se refere a outras relações, o Tribunal reconhece que a vida familiar pode também existir entre irmãos e irmãs⁵⁴, entre tios/tias, e sobrinhos/sobrinhas⁵⁵, todavia a abordagem tradicional é que as relações estreitas fora da “vida familiar” entram geralmente na esfera da “vida privada”⁵⁶.

Por fim, os interesses materiais abrangem aqueles de ordem material, como mostram, nomeadamente, as obrigações alimentares e o lugar atribuído à reserva hereditária na ordem jurídica interna da maior parte dos Estados contratantes, uma vez que a “vida familiar” não compreende unicamente relações de carácter social, moral ou cultural, mas compreende também interesses de ordem material. O Tribunal admitiu, assim, que os direitos de sucessão entre filhos e pais, bem como entre netos e avós, estão tão estritamente ligados à vida familiar que caem no âmbito do artigo 8^o⁵⁷.

Entretanto, o artigo 8^o não exige que uma criança tenha o direito a ser reconhecida, para fins sucessórios, como o herdeiro de uma pessoa falecida⁵⁸. O Tribunal já decidiu que a atribuição de uma prestação familiar permite que o Estado “manifeste o seu respeito pela vida familiar” no sentido do artigo 8^o e entra por isso no âmbito de aplicação deste último⁵⁹.

O Tribunal apreciou também um caso de exclusão da noção de “vida familiar”, no sentido de que não se aplica a ação de indenização contra terceiro em decorrência da morte de namorada do requerente⁶⁰.

Os casos selecionados e analisados a seguir foram julgados pelo Tribunal Pleno (*Grand Chambre*) da Corte Europeia de Direitos Humanos e envolveram brasileiros, em território de Estado Parte, que tiveram seus direitos humanos violados, à luz da Convenção.

51 Serife Yigit c. Turquia [GC], §§ 97-98 e 102.

52 Wakefield c. Reino-Unido (dec.).

53 Schalk e Kopf c. Áustria, §§ 92-94; P.B. e J.S. c. Áustria*, § 30.

54 S.c. Bélgica, § 36; Mustafa e Armagan Akin c. Turquia*, § 19.

55 Boyle c. Reino-Unido*, §§ 41-47.

56 Znamenskaia c. Rússia*, § 27, e as referências que aí constam.

57 Marckx c. Bélgica, § 52; Pla e Puncernau c. Andorra, § 26.

58 Haas c. Países-Baixos, § 43.

59 Fawsie c. Grécia, § 28.

60 Hofmann c. Alemanha* (dec.).

3.1 Caso De Souza Ribeiro v. França

Nesse caso⁶¹, julgado pelo Tribunal Pleno da CEDH, o requerente, brasileiro e residindo desde os quatro anos de idade com sua família brasileira, membro dependente de uma família migrante legalizada, possuía o direito legal para residir na Guiana Francesa, o que só foi reconhecido depois que ele havia sido removido para o Brasil. Embora condenado criminalmente, sua pena de prisão foi suspensa, condicionada a certos direitos e obrigações durante um período experimental de dois anos. Este período de liberdade condicional ainda estava em vigor quando ocorreu o fato da expulsão.

Seguiu-se então a abordagem na rua e a expulsão do país, sendo o requerente enviado à Belém-PA, para um país onde não mais tinha qualquer vínculo, deixando todo seu núcleo familiar e afetivo para trás, com a perspectiva de nunca mais voltar. O procedimento foi considerado psicologicamente muito estressante e que potencialmente poderia ter causado danos irreversíveis, uma vez que ele foi parado na rua e expulso de um momento para o outro. A ruptura abrupta de todos os laços com o seu núcleo familiar é, reconhecidamente, uma das causas mais nocivas do estresse psicológico a que se pode submeter uma criança ou jovem.

O mero fato de o recorrente já ter 18 anos no momento de sua remoção não afetou a conclusão alcançada pela Corte. Para os fins de direito internacional, a infância inclui o período de tempo até a idade de 18 anos. Embora o recorrente não possa ser considerado uma criança no momento da sua remoção, o fato de que ele mal tinha chegado àquela idade e de viver ininterruptamente com seu núcleo familiar durante os últimos sete anos não foi ignorado.

O requerente alegou violação ao artigo 8º da Convenção, isoladamente, e depois em conjunto com o artigo 13, uma vez que não teve oportunidade de impugnar a legalidade de uma medida de afastamento antes de sua execução.

Nada na Convenção legitima a entrada e presença ilegais de um migrante num Estado-membro, ou restringe o direito de qualquer Estado de promulgar leis e regulamentos relativos à entrada de migrantes e os termos e condições de sua estada, ou para estabelecer diferenças de não discriminação entre nacionais e migrantes. No entanto, essas leis e regulamentações não devem ser incompatíveis com as obrigações legais internacionais desse Estado, incluindo aqueles no campo dos direitos humanos.

61 De Souza Ribeiro v. France [GC] - 22689/07 - Judgment 13.12.2012 [GC]. Disponível em: <[>
Acesso em: 05 out. 2016.](http://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{)

Atualmente, o direito internacional dos direitos humanos prevalece sobre uma compreensão rígida do Estado-nação e de soberania absoluta sobre o seu território. À luz do exposto, os Estados-membros devem fornecer às massas de migrantes – compostas em sua maioria de pessoas cansadas, pobres e amontoadas – que estão na *porta de ouro* da Europa, um remédio suspensivo automático contra a expulsão, deportação, remoção ou qualquer outra medida análoga ao que seria considerado colocar o migrante em perigo de danos irreversíveis ao seu direito à vida familiar.

Tendo em vista a falta de um remédio eficaz na Guiana Francesa para evitar tal perigo, o Tribunal Pleno entendeu que o Estado demandado violou o artigo 13 da Convenção tomada em conjunto com o artigo 8º.

Assim, à luz de dois princípios fundamentais da interpretação da Convenção – o princípio de uma interpretação sistemática e consistente do princípio da subsidiariedade – concluiu-se que o artigo 13, conjugado com o artigo 8º impõe a necessidade de um remédio suspensivo automático contra a expulsão, deportação, remoção ou qualquer outra medida semelhante e que supostamente poderia colocar os migrantes em perigo de danos irreversíveis para as suas vidas familiares. Só esta conclusão dá o direito à vida familiar o lugar que merece no sistema europeu de proteção dos direitos humanos

3.2 Caso Rodrigues da Silva v. Holanda

Outro caso⁶² submetido ao Tribunal Pleno, teve como requerente a brasileira Solange Rodrigues da Silva e sua filha Rachael Hoogkamer de nacionalidade holandesa, juntamente com pai holandês. A requerente chegou à Holanda em Junho de 1994 e passou a residir com o seu companheiro, o Sr. Hoogkamer. Sua filha, Rachael nasceu em Fevereiro de 1996 e foi reconhecida pelo Sr. Hoogkamer, obtendo, assim, a nacionalidade holandesa. O casal se separou em 1997 e Rachael ficou com o pai, que, após uma série de processos judiciais, conseguiu a guarda parental. Os tribunais basearam a sua decisão em um relatório pericial que afirmou que seria uma experiência traumática para a criança sair da Holanda e ser separada de seu pai e avós paternos.

Enquanto isso, Solange Rodrigues da Silva, sem sucesso, solicitou uma autorização de residência no país. Ao justificar a recusa, o vice-ministro de Justiça observou, em particular, que a recorrente, que trabalhava ilegalmente, não pagava impostos ou contribuições para a segurança social e considerou que os interesses do bem-estar econômico

62 Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands, no. 50435/99, ECHR 2006-I. Case Law. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-1572577-1649026>>. Acesso em: 05 set 2016.

do país superavam o direito da requerente residir na Holanda. Solange Rodrigues da Silva recorreu ao Tribunal Regional da Haia, que confirmou a decisão anterior.

Apesar da obrigação de deixar o país, a requerente continuou a residir e trabalhar na Holanda. Rachael ficava com ela no fim de semana e durante a semana com os avós paternos, arranjo que deixou a todos satisfeitos. A expulsão da mãe de uma criança de apenas três anos de idade, no momento da decisão, tornaria impossível a manutenção de um contato regular com a família, o que acarretaria um sério problema para a criança, em razão também de sua necessidade de permanecer em contato com a mãe, na Holanda.

O Tribunal Pleno da CEDH apreciou o caso levado à Corte, com base no artigo 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar), de que a recusa de concessão de autorização de residência à Solange Ms Rodrigues da Silva, poderia entre outras coisas, levar Rachael a estar separada de sua mãe.

O Tribunal observou, detidamente, os laços familiares que uniam Rachael à sua mãe e aos avós paternos. Considerou, ainda, que a expulsão de Solange Rodrigues da Silva teria consequências de longo alcance em sua vida familiar com sua filha e que era claramente de maior interesse para Rachael que sua mãe ficasse na Holanda.

Assim, o Tribunal considerou que o bem-estar econômico do país não superava os direitos dos recorrentes nos termos do artigo 8º, apesar do fato da primeira requerente residir ilegalmente na Holanda quando Rachael nasceu. Além disso, verificou-se também que as autoridades, ao darem tal importância a este último elemento, fez desse fato um verdadeiro espectáculo, revelador de um formalismo excessivo.

O Tribunal Pleno decidiu, por unanimidade, que houve uma violação do artigo 8º, e que a declaração de violação constitui, em si, a satisfação apenas suficiente para o dano moral sofrido pelos demandantes.

Em ambos os casos apreciados pelo Tribunal Pleno da CEDH houve a prevalência da convivência familiar sobre os interesses estatais. No caso da França, a ausência de remédio suspensivo automático contra a expulsão, deportação, remoção ou qualquer outra medida análoga ao que seria considerado colocar o migrante em perigo de danos irreversíveis ao seu direito à vida familiar. No caso da Holanda, os interesses econômicos do Estado não puderam se sobrepor à necessidade de garantir a uma criança a convivência simultânea com a mãe e com os avós paternos, garantindo-se o direito à vida familiar e a sua proteção no sistema europeu de direitos humanos.

4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

As transformações ocorridas no âmbito global levaram os legisladores brasileiros a inserir uma porta normativa para os tratados internacionais de direitos humanos na Constituição de 1988, no art. 5º, §2º⁶³, ampliada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que previu no §3º⁶⁴ o procedimento para a recepção dos tratados à estatura de Emendas Constitucionais⁶⁵.

A dignidade da pessoa humana foi reconhecida como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CF/88), citada em outros capítulos do Texto Constitucional, como na esfera social, em que fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 226, §7º)⁶⁶.

A Constituição de 1988 rompeu com a sistemática das constituições anteriores ao consagrar o primado do respeito aos direitos humanos como paradigma propugnado para a ordem do direito internacional e invocar a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Piovesan afirma que:

A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira. Implica, ademais, o compromisso de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados⁶⁷.

O Brasil reconhece, assim, a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal, isto é, submete-se a regras jurídicas que tem como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Isso implica num rompimento com a concepção tradicional de soberania

63 § 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.

64 § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

65 MOREIRA, op. cit, p. 102.

66 Ibidem, p.105.

67 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 102.

estatal absoluta e reforça o processo de sua flexibilização e relativização em prol da proteção dos direitos humanos.⁶⁸

A interação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional dos direitos humanos encontra-se na previsão contida no art. 5, §2º da Carta de 1988, pois ao prescrever que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais” o Texto Constitucional inclui, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil é parte e implica, também, a incorporação de tais direitos à Carta de 1988.⁶⁹

A Constituição atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada e assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte, conferindo-lhes valor jurídico de norma constitucional, pois preenchem e completam o catálogo de direitos fundamentais previstos no Texto Constitucional. Os direitos internacionais integrariam o denominado “bloco de constitucionalidade” que densifica a regra insculpida no §2º do art. 5, caracterizada como cláusula constitucional aberta.⁷⁰

Um impacto jurídico decorrente da incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo Direito interno consiste no alargamento do universo de direitos nacionalmente garantidos, e vêm aprimorar e fortalecer o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo interno, nunca restringir ou debilitar a proteção dos direitos humanos.⁷¹

O direito à convivência familiar assume caráter de direito fundamental, fulcrada no artigo 226 da Constituição Federal e está intimamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana. Os casos selecionados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça envolvem a remoção de servidor público federal e o dever estatal de velar pela proteção da unidade familiar.

Como afirma Barroso, com referência ao conjunto jurisprudencial das duas Cortes, “verifica-se que raramente a dignidade é o fundamento central do argumento e, menos ainda, tem o seu conteúdo explorado ou explicitado.”⁷²

Nos termos dos artigos 226 e seguintes da Constituição Federal, foi a família reconhecida como base da sociedade, razão pela qual deve

68 PIOVESAN, op. cit., p. 103.

69 Ibidem, p. 104 e 114.

70 Ibidem, p. 116-117.

71 Ibidem, p. 164 e 177.

72 BARROSO, op. cit., p. 122.

receber proteção do Estado, o que deve ser observado pela Administração e pelo Poder Judiciário, conforme orientação de jurisprudência pacificada. Embora esse princípio tutelado pelo ordenamento jurídico não seja absoluto, considerando o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, cabe interpretação aplicada ao caso concreto, utilizando-se das ferramentas da proporcionalidade e razoabilidade.

Na análise empírica de casos selecionados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, verifica-se que essa proteção à vida familiar encontra maior aplicação quando aplicada aos casos de remoção de servidores públicos.

No Regime Jurídico dos Servidores Públicos Federais, Lei nº 8.112/90, há três situações que permitem a remoção do Servidor, a pedido, no âmbito do mesmo quadro funcional, independentemente do interesse da Administração: (a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também Servidor Público, que foi deslocado no interesse da Administração; (b) por motivo de saúde do Servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas; e (c) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas. Excetuando-se essas hipóteses, a remoção fica a critério do interesse da Administração⁷³.

Nas hipóteses dos incisos I e II do art. 36 da Lei 8.112/90, a concessão de remoção é ato discricionário da Administração, e nos casos enquadrados no inciso III, o instituto passa a ser direito subjetivo do Servidor, pois uma vez preenchidos os requisitos, a Administração tem o dever jurídico de promover o deslocamento do Servidor dentro do mesmo quadro de pessoal⁷⁴.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a remoção de servidores públicos federais para acompanhar cônjuge ou companheiro, prevista no art. 36, III, “a”, da Lei n. 8.112/1990 deve ser interpretado em consonância com o art. 226 da Carta Magna, ponderando-se os valores que visam proteger, reforçando que o Poder Público deve velar pela proteção à unidade familiar⁷⁵.

A jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal tem apontado mais nitidamente a aplicação da proteção à unidade familiar do servidor público federal. Assim, tem-se o julgamento de Agravo Regimental

73 MS 22.283/DF, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, STJ, j. 10.08.2016, pub DJe 22.08.2016.

74 MS 22.283/DF, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, idem.

75 REsp 1511736, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma do STJ, j. 24.03.2015, pub DJe 30.03.2015.

na Suspensão de Tutela Antecipada, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski⁷⁶, em que se afirmou:

O direito constitucional de preservação da família não está condicionado à discricionariedade da Administração Pública. Ao determinar a remoção de ofício de servidor público, é dever da Administração garantir a preservação de sua unidade familiar, procedendo aos arranjos administrativos necessários para tanto.

A remoção para acompanhar cônjuge removido de ofício, independente de vagas na localidade de lotação, repousa então no art. 226, da Constituição Federal, que garante “especial proteção do Estado” à família, base de toda sociedade e por essa razão deve o Estado garantir o direito ao servidor de acompanhar seu cônjuge e manter a integridade dos laços familiares que os prendem⁷⁷.

A unidade e integridade da vida familiar, elemento da dignidade da pessoa humana, constitui direito fundamental reconhecido pela Carta Constitucional do Brasil, em sintonia com os valores universais previstos em convenções internacionais de direitos humanos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade da pessoa humana, valor universal convertido em princípio jurídico no pós-guerra em convenções internacionais de direitos humanos, e presente nos ordenamentos jurídicos de vários Estados, foi reconhecida tanto pelas cortes de direitos humanos quanto pelas cortes constitucionais dos Estados, como valor a ser protegido. Insere-se nessa proteção a consideração do ser humano como pessoa e seu direito à convivência familiar, uma vez que a família constitui um dos pilares do Estado, razão pela qual os interesses estatais curvam-se à necessidade da proteção da unidade familiar.

Embora seja um valor fundamental, que assume a forma de princípios ao adentrar no mundo jurídico, não deve ser tomado como absoluto, o que significa que cada caso será analisado tomando-se em consideração suas especificidades à luz do ordenamento jurídico vigente.

A Corte Europeia de Direitos Humanos exige dos Estados signatários o respeito aos direitos e liberdades fundamentais comuns. Um dos mecanismos mais efetivos para a garantia de controle dos direitos

⁷⁶ AgRg STA 798/DF, Ag.Rg. na Suspensão de Tutela Antecipada, relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno do STF, j. 07.12.2015, p. 17.12.2015.

⁷⁷ MS 23058/DF, relator Ministro Carlos Britto, Tribunal Pleno do STF, j. 18.09.2008, p. 14.11.2008.

e liberdades consagrados na Convenção Europeia foi a possibilidade de pessoas físicas e jurídicas, vítimas de violações pelos Estados partes, tornarem-se demandantes e apresentar diretamente ao Tribunal suas reclamações individuais.

A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos humanos prevê, no seu artigo 8º, dentre o amparo da autonomia da pessoa, a proteção da vida familiar. O tribunal examina as ligações familiares de fato e os elementos que determinam a vida familiar para garantir a sua proteção no sistema europeu de direitos humanos, cuja jurisprudência denota uma prevalência desse direito sobre os interesses estatais.

A dignidade da pessoa humana foi reconhecida como fundamento do Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal do Brasil de 1988, o que denota uma interação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional. O direito à convivência familiar e à manutenção da integridade dos laços familiares que os prendem, assume caráter de direito fundamental a ser protegido pelo Estado brasileiro.

Verifica-se que, a despeito de raramente a dignidade da pessoa humana ser o fundamento central do argumento nas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, encontra-se na jurisprudência de ambas as cortes a preservação da unidade familiar como dever estatal não condicionado à discricionariedade da Administração Pública nos casos remoção de servidores públicos.

Esse direito fundamental de convivência familiar, valor universal decorrente das transformações ocorridas em nível global e previstas em tratados internacionais e em textos constitucionais, tem seu alcance interpretado e alargado pelas decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos e pelas Cortes Superiores brasileiras – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, a jurisprudência dessas cortes avança na proteção da unidade familiar da pessoa pelo Estado, no sentido de garantir a sua manutenção e integridade, mesmo à custa de interesses estatais: vê-se o protagonismo da vida familiar e o papel de coadjuvante do Estado nessa delicada relação indivíduo-Estado.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 11 set. 2016.

_____. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Forum, 2013.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Jurisprudência. Sítio oficial: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Jurisprudência. Sítio oficial: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. Planalto. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. *Carta das Nações Unidas*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

Corte Europeia de Direitos Humanos. CEDH. Sítio Oficial. *Case Law*: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-1572577-1649026> e [http://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"fulltext":\["22689/07"\],"sort":\["kpdata Descending"\],"item id":\["001-105421"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{)>. Acesso em: 05 set. 2016.

Declaração e Programa de Ação de Viena. *Conferência Mundial de Direitos Humanos*. Portal de Direito Internacional. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1993%20Declaração%20e%20Programa%20de%20Acção%20adoptado%20pela%20Conferência%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014..

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos Direitos e Bens Fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2011.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Del Rey: Belo Horizonte, 2006.

MOREIRA, Nelson Camata. *Direitos e Garantias Constitucionais e Tratados Internacionais de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Forum, 2012.

NETO, João Costa. *Dignidade Humana. Visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ORDEM DOS ADVOGADOS DE PORTUGAL. *Guia Prático sobre a Admissibilidade*. Disponível em: <<http://www.oa.pt/upl/%7B7e12c345-df43-41aa-b3d3-a7b3d9c43b98%7D.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTAL BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos do Homem garante igualdade social*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2009/11/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-garante-igualdade-social>>. Acesso em: 10 set. 2016.

PORTAL DOS MITOS. *Jano*. Disponível em <<http://portal-dos-mitos.blogspot.com.br/2014/05/jano.html>>. Acesso em: 20 set. 2016.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos*. Fundação Alexandre de Gusmão: Brasília, 2013.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO-USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 20 set. 2016.

A NECESSIDADE DE ESPECIAL PROTEÇÃO A CRIANÇAS REFUGIADAS À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL, SOB UMA PERSPECTIVA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

*THE NECESSITY OF A SPECIAL PROTECTION FOR
REFUGEE CHILDREN IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL
LAW, UNDER A PERSPECTIVE OF EUROPEAN COURT OF
HUMAN RIGHTS*

*Dulce Maria Pinto Peres
Procuradora Federal da Advocacia-Geral da União
Especialista em Direito Público pela Faculdade Anhanguera - UNIDERP*

SUMÁRIO: 1 Crise migratória na Europa; 2 Necessidade de proteção especial à criança e convenção internacional de proteção à criança; 3 O Brasil deve atuar na Proteção de crianças refugiadas; 4 Possibilidade de atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos; 5 Sugestão de parâmetros.

RESUMO: Na perspectiva do fortalecimento e garantia de efetivação dos direitos humanos, é necessária a reflexão acerca da questão migratória na Europa, que se acentuou vertiginosamente com guerras civis em países do Oriente Médio, em especial na Síria, onde se observa um verdadeiro cenário de horror e destruição, com quantidade absurda de vítimas civis, com especial atenção para as crianças. O fluxo migratório para Europa, especialmente através do Mar Mediterrâneo, é objeto de polêmica. O presente artigo tem por objetivo abordar essa temática sob a perspectiva de proteção especial da criança em situação de risco.

PALAVRAS-CHAVE: Migração. Direitos Humanos. Refugiados. Proteção Especial à Criança. Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos.

ABSTRACT: From the perspective of strengthening and ensuring enforcement of human rights, it is necessary to reflect on the migration issue in Europe, which has widened dramatically with civil wars in Middle East, especially in Syria, where it is observed a real horror scenario and destruction with inordinate amount of civilian casualties, with special attention to children. The migration to Europe, especially through the Mediterranean Sea, is controversy object. This article aims to address this issue under the special protection perspective of the child at risk

KEYWORDS: Migration. Human Rights. Refugees. Special Protection for Children. European Sytem of Protection of Human Rights.

1 CRISE MIGRATÓRIA NA EUROPA E A GUERRA CIVIL NA SÍRIA

Hodiernamente, tem chamado atenção a guerra civil que assola a Síria. A guerra civil na Síria teve início em março de 2011. Desde então, já deixou mais de 260 mil mortos e 4,5 milhões de refugiados, segundo a ONU, e envolveu diversos atores - regionais e internacionais.

A crise síria constitui a maior ameaça dos últimos anos para as crianças. *No final de 2015, a violência e as deslocações forçadas terão transtornado profundamente a vida de mais de 8.6 milhões de crianças na região.* Em Novembro de 2014, o número de crianças nessa situação era de 7 milhões.

Relatório das Nações Unidas classifica a guerra síria de “grande tragédia do século 21”. A Síria transformou-se na grande tragédia deste século, uma calamidade em termos humanos com um sofrimento e deslocamento de populações sem precedentes nos últimos anos.

Em um dos piores episódios da guerra, EUA, França e Grã-Bretanha concluíram que o governo de Bashar Assad foi o autor do massacre de 21 de agosto de 2013, que deixou 1.429 mortos, sendo 426 crianças.

A Síria assinou a Convenção de Armas Químicas, que proíbe o uso do armamento, depois de uma ameaça de intervenção internacional. Os EUA e outros países ocidentais, como França, discutiram a possível ação militar após o uso de armas químicas em um ataque em Ghouta, subúrbio de Damasco.

Após um acordo entre EUA e Rússia, o governo de Assad se comprometeu - para evitar a intervenção internacional - a assinar o tratado e permitir que o arsenal químico sírio fosse destruído.

Inspetores da Organização para a Proibição de Armas Químicas (Opaq) e da ONU supervisionaram a implementação da resolução 2118 do Conselho de Segurança (CS) das Nações Unidas, que ordenou a destruição do arsenal e das instalações de produção de armas químicas da Síria.

Com o avanço do grupo Estado Islâmico em territórios da Síria, o conflito se agravou ainda mais. Recentemente, forças internacionais lideradas, de um lado, pelos EUA e, do outro, por Rússia, começaram a conduzir bombardeios aéreos contra supostos alvos dos jihadistas, iniciando uma nova fase na guerra.

O cenário em cidades Sírias, como por exemplo, Aleppo, é de destruição e carnificina. Famílias perdem entes queridos e todo o patrimônio e meio de subsistência que construíram durante anos. Diante disso, civis inocentes ficam sem alternativa de subsistência digna.

Em busca do sonho de reconstrução de vida e em busca de novas oportunidades milhares de famílias se arriscam em aventuras imigratórias, sendo que a Europa é um dos destinos mais escolhidos para tentar recomeçar a vida.

2 NECESSIDADE DE PROTEÇÃO ESPECIAL À CRIANÇA E CONVENÇÃO INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO À CRIANÇA

O Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) solicitou que a União Europeia dê prioridade à proteção dos interesses e direitos das crianças, no sentido de rever o sistema europeu de asilo.

A Comissão Europeia da UNICEF apresentou ao Conselho Europeu e ao Parlamento Europeu uma proposta de revisão do sistema de asilo, o chamado Regulamento de Dublin, que permita dar uma resposta mais contundente à crise migratória.

Segundo a UNICEF, “400 mil crianças requereram asilo na Europa entre janeiro e novembro de 2015”.

Certo é que para que o sistema comum de asilo da Europa seja verdadeiramente humano, justo e eficiente, a proteção das crianças deve ser uma prioridade central.

Destaca-se a necessidade de as decisões sobre pedidos de asilo de crianças serem tomados em prazo razoável a fim de evitar a exposição de crianças a graves riscos.

Ressalta-se a importância da aplicação do princípio do interesse superior da criança não acompanhada. Nessa linha, é importante que os países integrantes apliquem critérios harmônicos, com a disponibilização de recursos e profissionais que exerçam a tutela dessas crianças, para fins de proteção, orientação e apoio. Nesse sentido, também é importante que os alojamentos de refugiados tenham condições dignas, compatíveis com o princípio do melhor interesse da criança.

Questão grave digna de ser debatida, é o nascimento de crianças refugiadas apátridas. Segundo informações da ONU, a cada dez minutos nasce um bebê nessa situação.

A Acnur (Agência das Nações Unidas para os Refugiados), cerca de 10 milhões de pessoas no mundo são consideradas apátridas, ou não têm nacionalidades, sendo que esta condição é extremamente nociva para a criança, na medida em que provoca discriminação, frustração e desesperança. Tais consequências podem se prolongar até a vida adulta, gerando marcas indeléveis.

Há relatos de menores que afirmam receberem tratamento de estrangeiro nos países em que vivem, inclusive recebendo alcunhas pejorativas. Há ainda o problema da negativa de diversos direitos, tais como dificuldade de obtenção de diplomas acadêmicos e negativa de acesso a postos de trabalho.

Diante da pluralidade de critérios de concessão de nacionalidade pelos países, na tentativa de propor soluções para esse grave problema, a

Acnur propõe que a criança receba a nacionalidade do país em que nasce (critério *jus solis*), caso não possa ter a dos seus pais (critério *jus sanguinis*). Por outro lado, anseia-se que, em todos os países, as mulheres possam transmitir sua nacionalidade aos filhos. Além disso, é importante que sejam restringidas normas que negam à criança a pertencer a um país em razão de raça, etnia e religião.

Outro problema catastrófico que tem se observado é o óbito de crianças durante a travessia no Mar Mediterrâneo, na tentativa de entrar no continente europeu uma esperança de recomeço. Essa situação é alarmante e deve ser objeto de discussão pois viola de forma brutal os direitos humanos, à luz do princípio da proteção da criança. Trata-se, a nosso sentir, de algo equiparado a uma catástrofe, que, infelizmente, repete-se dia após dia. Tal circunstância merece uma resposta imediata e contundente da população mundial e das organizações internacionais.

Recentemente, causou comoção mundial foi o óbito do menino sírio Aylan, que se afogou durante uma tentativa de imigração. A foto da criança se espalhou pela internet, causando comoção e tristeza. Vale lembrar que outros membros da família do menino perderam a vida durante a referida travessia.

É oportuno citar casos de relatos na mídia envolvendo crianças que causam comoção em qualquer ser humano dotado de mínima sensibilidade, tais como crianças chorando o óbito de um amiguinho em bombardeio. Além disso, um bebê de um mês de idade foi resgatado de escombros após bombardeio na Síria.

Diante desse breve relato, forçoso reconhecer que a discussão acerca da criança imigrante e refugiada é urgente e relevante no contexto do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Nesse panorama, abordou-se uma solução macro, vale dizer, que depende de vontade política e implementação de políticas públicas pelos países e organizações internacionais envolvidas.

Recentemente, a ONU divulgou nota que “Aleppo sofre a pior catástrofe humanitária”, sendo que várias crianças estão em situação de grave risco e sobrevivendo de forma degradante.

Por fim, não se pode deixar de alertar que várias matérias jornalísticas denunciam o trabalho escravo infantil em acampamentos de refugiados. Por exemplo, autoridades no Ministério do trabalho da Jordânia deram à BBC os detalhes de centenas de empresas que eles descobriram que estavam explorando crianças. Em 2014, 213 empresas foram fechadas. Até agora, em 2015, 353 foram fechadas e outros 799 empregadores foram multados entre 250 e 500 dinares jordanianos (entre R\$ 1,3 mil e R\$ 2,6

mil). Quase metade das crianças exploradas eram refugiadas sírias, segundo informações do Ministério.

3 O BRASIL DEVE ATUAR NA PROTEÇÃO DE CRIANÇAS REFUGIADAS

O Brasil, em quatro anos, teve um aumento de mais de 2.000% nas solicitações de refúgios, entre adultos e crianças, segundo o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE). Dos pedidos que envolvem refugiados na infância, 9,8% eram para crianças separadas ou desacompanhadas de um responsável legal. O número é proporcionalmente pequeno, mas está em plena curva de ascensão. As crianças passam pelo trauma da fuga forçadas e da separação dramática e involuntária, essas crianças encontram barreiras burocráticas na solicitação de refúgio. Em razão dessa lentidão, os infantes são privados do acesso a vários direitos fundamentais, como por exemplo, ao de se matricular em uma escola.

A situação das crianças desacompanhadas é especialmente grave. Há dificuldades para conseguir o acesso ao pedido de refúgio na Polícia Federal. Se não estiverem com os pais e comprovando isso com certidão de nascimento, identidade ou qualquer outro documento, o pedido de refúgio não é aceito e, com isso, a criança não pode ter acesso à saúde e à educação, por exemplo. Torna-se invisível no país. Tal situação é inadmissível e deve ser objeto de apreciação pelas autoridades brasileiras, sendo tratadas de forma prioritária pelo Ministério das Relações Exteriores.

Dessa forma, o Brasil, como signatário da Convenção Internacional de Proteção aos Direitos da Criança, através do Ministério das Relações Exteriores, deve envidar esforços para diminuir a burocracia no sentido de atender imediatamente os pedidos de asilos de crianças, especialmente vindas da Síria, para que demonstre ser um país que tem por prioridade a proteção dos direitos humanos. Tal obrigação é consectário da Constituição Federal, que faz expressa menção à proteção da dignidade da pessoa humana.

Importante registrar, outrossim, que o Estado Brasileiro, por determinação constitucional é laico, de forma que não pode haver discriminação na tramitação em razão de religião. Nesse particular, é oportuno consignar que as autoridades encarregadas de segurança não podem ser impedidas de executar os procedimentos padrões para resguardar a segurança nacional, sendo que, por óbvio, questões religiosas não relevantes não podem ser invocadas no sentido de colocar a segurança nacional em risco.

4 POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Enquanto não se alcança um patamar ideal que atenda à situação das crianças refugiadas, é importante que haja um sistema de proteção eficaz às lesões ou ameaças de lesões aos direitos humanos das crianças.

A Corte Europeia de Direitos está apta a garantir essa necessária proteção. Nesse sentido, é importante fazer um brevíssimo resumo acerca de tal Corte.

A Corte Europeia de Direitos Humanos não é a mesma coisa que a Corte de Justiça da União Europeia e nem a mesma coisa da Corte Internacional de Justiça.

Sua função é proteger a Convenção Europeia de Direitos Humanos, assinada inicialmente em 1950 e hoje agregando 47 países (os 27 membros da União Europeia além de outros 20, como a Rússia, Ucrânia, Noruega, Mônaco e Azerbaijão).

A Convenção é, em essência, similar aos principais incisos do art. 5º da Constituição brasileira, e protege direitos básicos, como à vida, a liberdade contra tortura, contra o tratamento desumano, contra a escravidão, o direito a um julgamento justo, a irretroatividade da lei penal, direito à privacidade, liberdade de expressão, de imprensa, de associação e de casamento e o direito à propriedade.

Para alguns países – como os do Reino Unido – a Convenção acaba funcionando como uma pequena constituição dos direitos humanos.

E justamente por tratar de direitos tão básicos, os tratados da União Europeia reconhecem e fazem referência direta à Convenção, o que aumenta ainda mais sua importância.

Mas, ao contrário das normas da União Europeia, que se sobrepõem às normas nacionais, as normas da Convenção Europeia de Direitos Humanos não se impõem às normas locais.

As cortes nacionais têm obrigação de interpretar as leis locais, o tanto quanto possível, de acordo com a Convenção. Mas se a Convenção e as leis locais entrarem diretamente em choque, as Cortes locais declaram que elas são incompatíveis e passa a caber ao governo nacional modificar as leis locais para se adequarem à Convenção ou declarar publicamente que embora a lei local desrespeite a Convenção, o governo pretende manter tal lei.

Obviamente tal declaração tem um custo político enorme porque o governo estará simplesmente admitindo publicamente que sua lei é desumana, mas prefere quedar-se inerte.

Nesse sentido, infelizmente, alguns países, a exemplo do Reino Unido, demonstram recalcitrância em relação ao cumprimento de decisões proferidas

pela Corte, o que se demonstra inaceitável. Exemplo disso é o direito de voto aos presos, caso em que o Reino Unido permaneceu recalcitrante em relação a decisão proferida pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Não se pode olvidar que a Convenção Internacional dos Direitos da Criança é instrumento normativo apto a justificar a proteção no caso mencionado nesse artigo, devendo ser aplicada de forma cogente.

Dessa forma, no atual contexto das crianças refugiadas, tem-se uma excepcional oportunidade de a Corte Europeia de Direitos Humanos fazer a diferença, reafirmando seu importante papel na proteção dos Direitos Humanos no âmbito internacional.

5 SUGESTÃO DE PARÂMETROS

A criação de uma comissão especial composta pelos países que se dispuserem a conceder asilo, bem como de integrantes das organizações internacionais que atuam nessa causa, tais como ONU, ACNUR etc.

A questão das crianças refugiadas em situação degradante e de risco deve ter especial cuidado e efetiva participação de todos os países que se intitulam defensores de uma política pró direitos humanos.

A questão deve ser tratada de forma específica em com cuidados especiais. Não se pode ficar assistindo essa tragédia somente com ares de piedade. É preciso ação por parte dos agentes internacionais.

Entre os desafios para receber e acolher crianças refugiadas separadas da família, os especialistas abordaram a necessidade de capacitação de profissionais envolvidos nos processos de solicitação de refúgio e de criação de um posto humanizado nos aeroportos internacionais com uma equipe multidisciplinar, com profissionais como assistentes sociais e psicólogos para garantir a proteção dessas crianças. Além do despreparo para atender a esse público, tem a questão do preconceito.

Ademais, consigna-se que é especialmente difícil, principalmente para as crianças, aprender uma nova língua, conhecer outros amigos, vale dizer, ter sua vida totalmente modificada em uma fase da vida em que a personalidade está sendo formada e os princípios de vida enraizados. Passar por toda esse martírio sem a devida proteção é uma afronta direta aos direitos humanos.

6 CONCLUSÃO

A breve exposição feita no presente artigo teve por objetivo chamar a atenção para a situação grave das crianças em situação de risco, chamando especial atenção para as que estão em situação degradante em razão da Guerra Civil que assola a Síria.

A obrigação cogente de proteção às crianças é um axioma do Direito Internacional e deve ser visto como prioridade por todos aqueles países que se declaram defensores dos Direitos Humanos.

Na Europa, o que se espera é a sensibilidade dos países europeus para com a situação dos infantes, para que possam, dentro de sua soberania, prestar refúgio e condições dignas de sobrevivência e desenvolvimentos, especialmente para as crianças que tiveram toda a sua família dizimada.

Ainda no âmbito europeu, deve-se dar especial destaque à responsabilidade e ao papel exercido pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que tem nesse tema a oportunidade de reafirmar sua jurisdição e se sagrar como guardião dos Direitos Humanos no território europeu.

O Brasil, por dever constitucional, deve se empenhar ao máximo na proteção das crianças refugiadas. Tal obrigação decorre de dever constitucional expresso. Nessa perspectiva, deve ser combatido qualquer entrave burocrático desnecessário, devendo ser prioridade a prestação de auxílio integral às crianças refugiadas, em homenagem aos seguintes princípios: dignidade da pessoa humana e proteção integral ao melhor interesse da criança.

A CORTE CONSTITUCIONAL DA ITÁLIA, O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL: UMA ANÁLISE COMPARATIVA

*THE CONSTITUTIONAL COURT OF ITALY, THE FEDERAL
CONSTITUTIONAL COURT OF GERMANY AND THE FEDERAL
SUPREME COURT OF BRAZIL: A COMPARATIVE ANALYSIS*

Felícia Carvalho Machado

Procuradora Federal e especialista em Direito Público pela UNB

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Corte Constitucional da Itália; 2 O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha; 3 O Supremo Tribunal Federal; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A necessidade de superação do conceito clássico de separação dos poderes ensejou a criação dos Tribunais Constitucionais como órgão de controle dos demais poderes. No presente artigo, pretendemos fazer uma breve análise comparativa entre a Corte Constitucional da Itália, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e o Supremo Tribunal Federal do Brasil, proporcionando ao leitor uma visão geral sobre o exercício da jurisdição constitucional no âmbito dessas três cortes. Para tanto, discorre-se sobre sua composição, suas competências e sobre o modelo de controle de constitucionalidade adotado em cada um desses países, traçando-se, ao final, um paralelo com o Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVES: Cortes Constitucionais. Itália. Alemanha. Supremo Tribunal Federal. Comparação.

ABSTRACT: The need to overcome the classical concept of separation of powers led to the creation of Constitutional Courts as the control body of the other branches of power in a State. In the article, we intend to make a brief comparative analysis of the Constitutional Court of Italy, the Federal Constitutional Court of Germany and the Federal Supreme Court of Brazil, giving the reader an overview of the exercise of constitutional jurisdiction in these courts. In order to do so, it will talk about its composition, its powers and the constitutional control model adopted in each of those countries, and it will draw, in the end, a parallel with the Federal Supreme Court in Brazil.

KEYWORDS: Constitutional Courts. Italy. Germany. Federal Supreme Court. Comparison.

INTRODUÇÃO

A criação dos Tribunais Constitucionais está intimamente ligada à necessidade de controle de atos dos demais poderes, em uma franca demonstração de necessidade de superação do conceito clássico de separação de poderes ao permitir que o controle seja realizado por um Tribunal¹.

Nesse sentido, destaca Oswaldo Luiz Palu²:

A origem do controle da constitucionalidade é remota e a diversidade de órgãos e sistemas para tantos criados bastante grande. Há países que adotaram a solução jurisdicional, quer atribuindo tal função ao Poder Judiciário comum (caso dos EUA), quer criando órgãos específicos (Tribunais Constitucionais) para exercer a função, mas inserindo-os também no Poder Judiciário, ou ainda criando órgãos específicos, mas deixando-os fora dos poderes, caso da Itália.

Sobre o órgão que deveria ser investido na função de controle de constitucionalidade, houve entendimentos divergentes³.

De um lado, Carl Schmitt defendia o exercício do controle político pelo chefe do Poder Executivo, por entender que a aferição da constitucionalidade de uma lei era incompatível com a função de um Tribunal⁴.

Essa posição, todavia, restou desacreditada após a experiência nazista, que permitiu que Adolf Hitler destruísse a Constituição de Weimar sem sequer interrogá-la formalmente, utilizando-se do título de guardião constitucional⁵.

Hans Kelsen, por outro lado, defendia o Tribunal Constitucional como guardião da Constituição, o que influenciou a criação do Tribunal da Áustria em 1920 e, posteriormente, do Tribunal Constitucional da Alemanha⁶.

Neste sentido, vale citar Hans Kelsen⁷:

De fato, o que parece desqualificar o Chefe de Estado, ou o Chefe do Executivo é que sua escolha se realiza por meio de uma eleição, com

1 PEREIRA, Carlos Henrique Camargo. Composição de cortes supremas: comparação com Alemanha e EUA. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4257, 26 fev, 2015, p. 3. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31797>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

2 PALU, Oswaldo Luiz apud PEREIRA, op. cit., p. 3.

3 PEREIRA, op. cit., p. 3.

4 Idem.

5 Idem.

6 Idem.

7 KELSEN, Hans apud PEREIRA, op. cit., p. 3.

base em partidos políticos, como não poderia deixar de ser num regime democrático. Esse fato, por si só, compromete sua independência.

A partir das experiências austríacas e alemãs, os Tribunais Constitucionais proliferaram mundo afora⁸, tornando-se em um poderoso instrumento de controle dos poderes e afirmação dos valores inscritos nas Cartas Constitucionais dos países que os adotaram.

Neste trabalho, faremos um breve estudo da Corte Constitucional da Itália e do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, analisando-os comparativamente com o Supremo Tribunal Federal.

1 A CORTE CONSTITUCIONAL DA ITÁLIA

1.1 Composição

De acordo com o art. 135 da Constituição italiana⁹, a Corte Constitucional da Itália é composta por 15 juízes, sendo um terço nomeado pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento e um terço pelos membros das jurisdições superiores das magistraturas ordinária e administrativa.

Esse sistema de nomeação busca assegurar que os juízes possuam o máximo de imparcialidade e independência, garantir o necessário grau de competência técnico-jurídica e levar à Corte variadas competências e experiências, diversas culturas e sensibilidades.

Nesse sentido, afirma Tânia Groppi¹⁰:

A composição do Tribunal Constitucional reflecte a procura de um equilíbrio entre as exigências do tecnicismo e de competências jurídicas próprias de um órgão judicial e a exigência de ter em conta o carácter inevitavelmente político do juízo de constitucionalidade.

A escolha dos juízes deve ser feita entre magistrados, mesmo aposentados, provenientes das jurisdições superiores das magistraturas ordinária e administrativa; professores universitários ordinários de matéria

8 PEREIRA, op. cit., p. 3

9 Art. 135. La Corte Costituzionale è composta di quindici giudici nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica, per un terzo dal Parlamento in seduta comune e per un terzo dalle supreme magistrature ordinaria ed amministrative.

10 GROPPi, Tania. A Justiça Constitucional em Itália. *Direito Público*. Porto Alegre, ano 1, n. 4, abr./jun. 2004, p. 79. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/507>> Acesso em: 09 set. 2016.

jurídica; advogados com experiência de pelo menos vinte anos de exercício da profissão¹¹.

Não há nenhum limite mínimo nem máximo de idade. Na verdade, a exigência de que façam parte das jurisdições superiores da magistratura ou de que possuam uma qualificação acadêmica ou um longo exercício profissional, já assegura que cheguem à Corte em idade madura.

Cada juiz é nomeado para um mandato de nove anos, improrrogável, sendo vedada a reeleição¹². Ao término do mandato, o juiz se aposenta ou retorna, se ainda possuir os requisitos, à posição profissional precedente.

Nesse ponto, ressalta Tânia Groppi¹³ que:

A duração do cargo dos Juízes do Tribunal Constitucional (nove anos), superior à de todos os outros órgãos constitucionais, contribui para separar ainda mais o Tribunal Constitucional das contingências políticas do momento e garantir um papel super partes.

Ainda como forma de garantir sua independência, são asseguradas aos juízes da Corte Constitucional algumas prerrogativas, entre as quais destacam-se a especial imunidade penal, conforme extensão da imunidade conferida aos parlamentares (art. 68 da Constituição italiana) concedida pelo art. 3º da Lei Constitucional n. 1, de 9 de fevereiro de 1948¹⁴; e a liberdade de opinião no exercício de suas funções, de acordo com o art. 5º da Lei Constitucional n. 1, de 11 de março de 1953¹⁵.

Vale destacar, ainda, a impossibilidade de os juízes, no curso do seu mandato, serem removidos, ou suspensos de suas atividades, salvo as hipóteses de incapacidade física ou civil superveniente, ou do cometimento de graves faltas durante o desempenho do mister, a serem apreciadas pela Corte Constitucional¹⁶.

O texto constitucional prevê algumas incompatibilidades para os membros da Corte Constitucional, como o exercício da advocacia¹⁷. A Lei n. 87, de 1953, traz ainda mais restrições, tais como a impossibilidade

11 Art. 135 da Constituição italiana

12 Idem

13 GROPPi, op. cit., p. 80.

14 3. [...] Finché durano in carica, i giudici della Corte costituzionale godono della immunità accordata nel secondo comma dell'art. 68 della Costituzione ai membri delle due Camere. L'autorizzazione ivi prevista è data dalla Corte costituzionale.

15 5. – I giudici della Corte costituzionale non sono sindacabili, né possono essere perseguiti per le opinioni espresse e voti dati nell'esercizio delle loro funzioni.

16 Art. 3º da Lei Constitucional n. 1, de 9 de fevereiro de 1948.

17 Art. 135 da Constituição italiana

de que os juízes exerçam qualquer atividade profissional, comercial ou administrativa simultaneamente ao seu mandato. Essa limitação dá-se inclusive quanto aos membros que são professores universitários e magistrados, que devem afastar-se temporariamente de suas funções¹⁸.

1.2 Competências

As competências da Corte Constitucional italiana encontram-se traçadas no art. 134 da Constituição daquele país, *in verbis*:

Art. 134. La Corte costituzionale giudica:

sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni;

sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni;

sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione.

A primeira delas, e mais importante, é a de julgar a constitucionalidade das leis e dos atos com força de lei promulgados pelo Estado e pelas regiões. Como se infere, o controle está adstrito aos atos com “força de lei”, estando excluídos os regulamentos administrativos, por exemplo.

Outra competência é a de resolver os conflitos de atribuições entre os poderes do Estado, entre Estado e regiões e entre regiões. Trata-se do único recurso direto à Corte Constitucional previsto pela Constituição italiana, que independe de intervenção do juiz ordinário.

Do mesmo modo que outros tribunais constitucionais, a Corte Constitucional italiana possui competência para julgar os delitos cometidos pelo Presidente da República. Essa competência, assim como ocorre no Brasil, somente pode ser exercida nos casos em que o Parlamento, em sessão conjunta, autoriza a abertura de processo criminal¹⁹.

A essas três competências previstas no art. 134 da Constituição, acrescenta-se uma competência peculiar ao sistema italiano de controle de constitucionalidade, prevista no art. 2²⁰ da Lei Constitucional n. 1, de 11 de

18 Art. 7º da Lei n. 87, de 1953.

19 Art. 12 da Lei Constitucional n. 1, 1953.

20 2. – Spetta alla Corte costituzionale giudicare se le richieste di referendum abrogativo presentate a norma dell'art. 75 della Costituzione siano ammissibili ai sensi del secondo comma dell'articolo.

março de 1953, qual seja, o julgamento da admissibilidade dos pedidos de referendo obrigatório previsto art. 75²¹ da referida Carta Constitucional, que podem ser apresentados por 500 mil eleitores ou 5 conselhos regionais.

O papel da Corte Constitucional, nesta última hipótese, é o de verificar a possibilidade de revogação de leis através do citado referendo e avaliar se as proposições são estruturalmente adequadas a permitir uma ab-rogação livre, consciente e sem lesar outros valores constitucionais formais e essenciais.

Para o escopo desse artigo, cuidaremos mais detalhadamente daquela que é a mais importante competência atribuída à Corte Constitucional italiana, qual seja, o julgamento da constitucionalidade das leis e dos atos com força de lei promulgados pelo Estado e pelas regiões.

1.3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA ITÁLIA E OS EFEITOS DAS DECISÕES

O controle de constitucionalidade das leis é regulado pelos arts. 134 a 137 da Constituição italiana, pela Lei Constitucional n. 1 de 1948 e pela Lei n. 87 de 1953.

Do art. 134 da Constituição italiana, extrai-se o objeto do controle de constitucionalidade: as leis e os atos com força de lei promulgados pelo Estado e pelas regiões.

O art. 1º da Lei Constitucional n. 1, de 1948, estabelece, por sua vez, o sistema de acesso ao juízo de constitucionalidade, nos seguintes termos:

1. – La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione.

Como se vê, a controvérsia acerca da constitucionalidade das leis ou dos atos com força de lei deve ser levantada, pelo próprio magistrado ou pelas partes, no curso de um determinado processo, devendo ser remetida

21 Art. 75. È indetto referendum popolare [876] per deliberare l'abrogazione, totale o parziale, di una legge o di un atto avente valore di legge [76, 77], quando lo richiedono cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali.

Non è amesso il referendum per le leggi tributarie e di bilancio [81], di amnistia e di indulto [79], di autorizzazione a ratificare trattati internazionali [80].

La proposta soggetta a referendum è approvata se ha partecipato alla votazione la maggioranza degli aventi diritto, e se è raggiunta la maggioranza dei voti validamente espressi.

La legge determina le modalità di attuazione del referendum.

à Corte Constitucional para decisão²², caso o magistrado não a entenda manifestamente infundada.

Trata-se, portanto, de um controle incidental *a posteriori*, que surge no âmbito de um procedimento judicial, relativamente a uma disposição que o juiz deve aplicar para resolução daquela demanda, não havendo previsão de qualquer recurso direto²³.

Como afirma Tania Groppi²⁴:

As chaves para abrir o acesso à justiça constitucional sobre as leis estão principalmente na mão do juiz ordinário, que desenvolve, deste modo, uma importante atividade de seleção das questões que o tribunal será chamado a enfrentar.

Sobre os efeitos das sentenças proferidas pela Corte Constitucional no âmbito do controle de constitucionalidade, Tânia Groppi²⁵ as separa em:

a) sentenças de indeferimento, que não declaram a constitucionalidade, apenas se limitando a rejeitar a questão nos termos em que foi levantada: são desprovidas de eficácia *erga omnes*, de modo que a mesma questão pode ser novamente levantada, inclusive com a mesma fundamentação, mas possuem uma eficácia *inter partes*, de forma que o juiz que levantou a questão rejeitada não pode voltar a propô-la no âmbito do mesmo julgamento;

b) sentenças de deferimento, que possuem eficácia *erga omnes* e produzem efeitos retroativos²⁶, no sentido de que, a partir do dia seguinte à publicação da sentença de deferimento, a norma inconstitucional não

22 Para tanto, exigem-se alguns requisitos, quais sejam: a) a relevância do tema focado para o desenlace do litígio; b) não se apresentar manifestamente infundada a arguição, porquanto não se justifica a provocação da Corte Constitucional quando a lei em tela se revela, de maneira indiscutível, em compasso com a Lei Mor; c) haver, de acordo com o art. 1º da Lei 01/48, ratificado pelo art. 23 da Lei 87/53, a impugnação tido lugar “nel corso di un giudizio” (no curso de um juízo) e diante de uma “autorità giurisdizionale” (autoridade jurisdicional). (NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Controle de constitucionalidade: modelos brasileiro e italiano (breve análise comparativa). *Revista Esmáfê*, Escola da Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 1, jan. 2001, p. 196. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27365/control_e_constitucionalidade_modelos_brasileiro.pdf>. Acesso em: 12 set. 2016).

23 Apenas as regiões podem impugnar, diretamente, leis estaduais ou de outras regiões que considerem invasivas de sua própria competência, bem como o Governo Central pode fazer o mesmo em relação às leis regionais, conforme previsto no art. 134 da Constituição italiana.

24 GROPPi, op. cit., p. 81.

25 GROPPi, op. cit., p. 82.

26 À míngua de mandamento legal, a Corte Constitucional itálica houve por bem, em algumas situações, nas quais a sentença d'accoglimento é capaz de provocar fortes repercussões nos planos social e econômico-financeiro, limitar, a partir de determinando instante, a sua eficácia temporal (sentenze 266/1988, 501/1988, 01/1991 e 124/1991). (NOBRE JUNIOR, op. cit., p. 213)

pode ser aplicada²⁷, exceto nos casos já prescritos ou com sentença transitada em julgado²⁸, por razões de oportunidade e segurança jurídica.

Há que se referir, ainda, conforme magistério de Edilson Pereira Nobre Junior²⁹, às *sentenze additive* e *sostitutive*, ambas compreendidas no universo das sentenças de deferimento, e às *sentenze interpretative d'accoglimento* e *di rigetto*.

As primeiras, também designadas *sentenze aggiuntive*, notabilizam-se pela peculiar formulação do seu dispositivo, no qual se declara a inconstitucionalidade de uma disposição normativa, justamente na parte em que não prevê algo que, com a sua prolação, passa a integrar a regra jurídica.

Nas *sentenze sostitutive* ou *modificative*, por sua vez, a pronúncia de inconstitucionalidade acarreta a inclusão de uma disposição no lugar daquela tida como inválida.

Pode ocorrer, outrossim, de a Corte Constitucional, sem acolher ou desacolher o pedido de forma peremptória, lançar mão de nova exegese do texto impugnado, com vistas a delimitar neste a presença de conteúdo normativo que não colida com a Lei Máxima. Nessas hipóteses, a Corte pode fixar que haveria inconstitucionalidade caso o dispositivo fosse interpretado de uma determinada maneira (*sentenze interpretative d'accoglimento*), ou estabelecer a não existência de ilegitimidade se aquele for compreendido na direção que indica (*sentenze interpretative di rigetto*).

Vale destacar, ainda, outros espécimes de que se tem valido a Corte Constitucional da Itália³⁰: a) *sentenze legislative* (ou de *indirizzo*), em que, ao depois de verificada a ausência de regulamentação normativa reclamada constitucionalmente, aquela estatui orientações a serem observadas pelo legislador; b) *sentenze-monito*, as quais, estando bastante próximas das anteriores, estatuem condições à atividade legislativa.

Por fim, importante registrar que, de acordo com o art. 137, § 3º, da Carta Constitucional da Itália, as decisões tomadas pela Corte Constitucional não estão sujeitas a qualquer impugnação³¹.

²⁷ Art. 30, §3º, da Lei n. 87, de 1953.

²⁸ Salvo nas hipóteses de sentenças penais condenatórias, cuja execução e efeitos penais devem cessar com a declaração de inconstitucionalidade da norma em que se fundamentou, a teor do art. 30, §4º, Lei n. 87, de 1953.

²⁹ NOBRE JUNIOR, op. cit., p. 218

³⁰ NOBRE JUNIOR, op. cit., p. 220

³¹ Art. 137.

[...]

[...]

Contro le decisioni della Corte costituzionale non è amessa alcuna impugnazione.

Do exposto, verifica-se que o procedimento de controle de constitucionalidade adotado na Itália não possui o caráter centralizador do modelo austríaco de justiça constitucional, pois atribui aos juízes ordinários duas importantes competências: a de suscitar a questão de constitucionalidade e a de exercer o controle de constitucionalidade dos atos normativos desprovidos de força de lei.

Para Tânia Groppi³²:

Esta peculiaridade incide de forma significativa na definição do sistema italiano, dado que corrobora que não se trata de um modelo de justiça constitucional absolutamente centralizado, mas sim de um modelo que apresenta igualmente traços característicos do sistema de controle de constitucionalidade de tipo difuso.

Por outro lado, o procedimento adotado na Itália também se distancia do modelo difuso adotado nos Estados Unidos, na medida em que a competência para decidir sobre a constitucionalidade das leis e dos atos normativos com força de lei é exclusiva da Corte Constitucional.

Pode-se falar, portanto, que se trata de um sistema híbrido, aberto às influências dos dois grandes modelos. Com efeito, se por um lado o sistema pode ser caracterizado como centralizado no caso das leis e dos atos normativos com força de lei e quanto aos efeitos *erga omnes* das sentenças de deferimento; por outro, pode ser classificado como difuso quando o objeto do processo seja constituído por uma fonte de grau inferior e quanto aos efeitos *inter partes* das sentenças de indeferimento³³.

3 O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA

3.1 Composição

O Tribunal Constitucional Federal está previsto na Lei Fundamental alemã (art. 92) e estruturado por lei ordinária³⁴, sendo composto por 16 membros eleitos da seguinte forma: metade pelo *Bundestag* (Parlamento Federal) e metade pelo *Bundesrat* (Conselho Federal)³⁵.

Desses 16 membros, seis devem ser necessariamente ser escolhidos entre juízes federais oriundos dos Tribunais Superiores, em atividade há,

32 GROPPi, op. cit., p. 84.

33 Idem.

34 De 12 de março de 1951

35 Art. 94, n. 1, da Lei Fundamental da Alemanha, e §5º, n. 1, da Lei do Tribunal Constitucional Federal

pelo menos, três anos³⁶, ficando as demais vagas de livre escolha pelos órgãos eletivos citados.

A eleição deve ser feita pela maioria de dois terços do órgão eletivo, situação que acaba por demandar a existência de um consenso entre os partidos políticos, refletindo, assim, no escolhido, uma espécie de representatividade parlamentar³⁷.

Para serem elegíveis ao cargo de juiz do Tribunal Constitucional Federal, os candidatos devem possuir os direitos políticos exigíveis para o ingresso no Parlamento Federal, além dos requisitos exigidos para a magistratura, não podendo pertencer ao Parlamento, ao Governo Federal ou a órgãos estaduais correspondentes³⁸.

Assim como na Itália, os cargos não são vitalícios, pois os mandatos possuem uma duração determinada (12 anos), sendo vedada a recondução³⁹. Este critério é considerado uma garantia de salvaguarda e independência para a instituição, assim como as incompatibilidades para o exercício de outro cargo ou função, exceto o magistério⁴⁰.

Diferentemente do ocorre na Itália, todavia, há a exigência de uma idade mínima para ingresso (40 anos)⁴¹, bem como o estabelecimento de uma idade máxima para exercício do mandato (68 anos), independentemente do seu término⁴².

3.2 Competências

As competências do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha estão disciplinadas no art. 93 da Lei Fundamental alemã, *verbis*:

Artigo 93

[Competência do Tribunal Constitucional Federal]

(1) O Tribunal Constitucional Federal decide:

³⁶ § 2º, n. 3, da Lei do Tribunal Constitucional Federal

³⁷ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*: garantia suprema da constituição. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 143.

³⁸ § 3º, ns. 1 a 3, da Lei do Tribunal Constitucional Federal.

³⁹ Art. 94, n. 1, da Lei Fundamental da Alemanha, e §4º, ns. 1 e 2, da Lei do Tribunal Constitucional Federal.

⁴⁰ PEREIRA, Carlos Henrique Camargo. Composição de cortes supremas: comparação com Alemanha e EUA. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4257, 26 fev. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31797>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

⁴¹ § 3º, n. 1, da Lei do Tribunal Constitucional Federal.

⁴² § 4º, n. 3, da Lei do Tribunal Constitucional Federal.

1. sobre a interpretação desta Lei Fundamental em controvérsias a respeito da extensão dos direitos e deveres de um órgão superior da Federação ou de outros interessados, dotados de direitos próprios pela presente Lei Fundamental ou pelo regulamento interno de um órgão federal superior;

2. no caso de divergências ou dúvidas a respeito da compatibilidade formal e material da legislação federal ou estadual com a presente Lei Fundamental ou da compatibilidade da legislação estadual com outras leis federais, quando o solicitem o Governo Federal, o governo de um Estado ou um quarto dos membros do Parlamento Federal;

2 a. no caso de divergências, se uma lei corresponde aos requisitos do artigo 72 §2, por requerimento do Conselho Federal, do governo de um Estado ou da Assembleia Legislativa de um Estado;

3. no caso de divergências sobre direitos e deveres da Federação e dos Estados, especialmente a respeito da execução de leis federais pelos Estados e do exercício da fiscalização federal;

4. em outras controvérsias de direito público entre a Federação e os Estados, entre diversos Estados e dentro de um Estado, sempre que não exista outra via judicial;

4 a. sobre os recursos de inconstitucionalidade, que podem ser interpostos por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos contidos nos artigos 20 §4, 33, 38, 101, 103 e 104;

4 b. sobre os recursos de inconstitucionalidade de municípios e associações de municípios contra a violação por uma lei do direito de autonomia administrativa, estabelecido no artigo 28; no caso de leis estaduais, no entanto, apenas se o recurso não puder ser interposto no respectivo Tribunal Constitucional Estadual;

5. nos demais casos previstos na presente Lei Fundamental.

(2) O Tribunal Constitucional Federal decide, além disso, por petição do Conselho Federal, do governo de um Estado ou da Assembleia Legislativa de um Estado, se, no caso do artigo 72 §4, não subsiste a necessidade de uma regulamentação por lei federal, segundo o artigo 72

§ 2, ou se o direito federal já não poderia mais ser aplicado nos casos do artigo 125a § 2, primeira frase. A constatação de que a necessidade já não existe ou que o direito da Federação não deva ser aplicado, substitui uma lei federal aprovada segundo o artigo 72 §4, ou segundo o artigo 125a § 2, segunda frase. A petição, conforme a primeira frase, só é admissível, quando um projeto de lei segundo o artigo 72 §4 ou segundo o artigo 125a § 2, segunda frase, tenha sido rejeitado no Parlamento Federal ou não tenha sido debatido e votado no prazo de um ano ou se um projeto de lei correspondente foi rejeitado no Conselho Federal.

(3) O Tribunal Constitucional Federal atuará, além disso, nos casos que lhe forem conferidos por lei federal.

Vale destacar, ainda, as competências específicas previstas pela Lei Fundamental alemã nos arts. 100, I e II⁴³ e no art. 21, II⁴⁴.

Do exposto, podemos sistematizar as competências do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha da seguinte forma⁴⁵:

Controle abstrato de normas (art. 93 I, nº 2 e 2a da Lei Fundamental);

Controle concreto de normas (art. 100 I, da Lei Fundamental);

Verificação normativa (art. 100, II, da Lei Fundamental);

Reclamação Constitucional (art. 93, I, nº 4, da Lei Fundamental);

43 Artigo 100

[Controle concreto de normas]

(1) Quando um tribunal considerar uma lei, de cuja validade dependa a decisão, como inconstitucional, ele terá de suspender o processo e submeter a questão à decisão do tribunal estadual competente em assuntos constitucionais, quando se tratar de violação da constituição de um Estado, ou à decisão do Tribunal Constitucional Federal, quando se tratar de violação desta Lei Fundamental. Isto também é aplicável, quando se tratar de violação desta Lei Fundamental pela legislação estadual ou da incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal.

(2) Quando surgirem dúvidas num litígio, se uma norma de direito internacional público é parte integrante do direito federal, gerando direitos e deveres para o indivíduo (artigo 25), o tribunal terá de solicitar a decisão do Tribunal Constitucional Federal.

44 Artigo 21

Partidos

(2) São inconstitucionais os partidos que, pelos seus objetivos ou pelas atitudes de seus adeptos, tentarem prejudicar ou eliminar a ordem fundamental livre e democrática ou por em perigo a existência da República Federal da Alemanha. Cabe ao Tribunal Constitucional Federal decidir sobre a questão da inconstitucionalidade.

45 LIMONGI, Dante Braz; PEREIRA, Diogo Modesto P. D.; BORGES, Diogo Njaine. Breve estudo sobre a estrutura constitucional alemã, o federalismo no país e sua última reforma. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 39, jul./dez. 2011, p. 70/71.

Lides entre órgãos estatais (art. 93, I, nº 1, da Lei Fundamental);

Litígio entre a Federação e os Estados-membros (art. 93, I, nº 3, 84, IV, Lei Fundamental);

Proibição de Partido Político (art. 21, II, nº 2, e art. 93 I, nº 5, da Lei Fundamental.

Antes de analisarmos mais detidamente, no item a seguir, a competência referente ao controle abstrato e concreto de normas, importante tecer algumas considerações sobre a figura do *recurso constitucional ou recurso de amparo*, prevista no art. 93.4b da Lei Fundamental alemã, que decorre da autoaplicabilidade dos direitos fundamentais e assemelhados contidos na Lei Fundamental e, consequentemente, da necessidade de existência de um órgão que garanta sua efetividade⁴⁶.

Trata-se de recurso que pode ser interposto por todo cidadão ou por pessoas jurídicas nacionais com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público em seus direitos fundamentais (arts. 1º a 19 da Lei Fundamental alemã) ou num dos seus direitos previstos nos arts. 20, alínea 4 (“*princípios constitucionais – direito de resistência*”); 33 (“*igualdade de direitos cívicos dos alemães, funcionalismo de carreira*”); 38 (“*direitos políticos eleitorais*”); 101 (“*proibição de tribunais de exceção*”); 103 (“*audiência legal, proibição de leis penais retroativas e de punição dupla*”) e 104 (“*garantias jurídicas no caso de privação de liberdade*”)⁴⁷.

No exercício dessa competência, o Tribunal Constitucional converte-se em um *Tribunal Cidadão*, já que o acesso é garantido a todos, gratuita e independentemente de advogados, analisando se os demais tribunais no exercício de suas competências desrespeitaram os direitos fundamentais ou dos direitos assemelhados aos fundamentais. Exige-se, assim, o esgotamento dos recursos judiciais ordinários⁴⁸.

Não se trata, todavia, de um Tribunal de Revisão ou Apelação, pois não deverá reanalisar a matéria fática trazida no caso concreto, mas se as decisões foram compatíveis com os direitos fundamentais ou assemelhados proclamados pela Lei Fundamental⁴⁹.

Em caso de procedência do recurso, a decisão judicial ou ato administrativo impugnado é anulado pelo Tribunal Constitucional, determinando-se, no primeiro caso, o retorno do caso ao juízo competente

46 MORAES, op. cit., p. 149

47 MORAES, op. cit., p. 148-149

48 MORAES, op. cit., p. 149-150

49 MORAES, op. cit., p. 151

para que o julgue novamente, em consonância com os direitos fundamentais. Caso de trate, porém, de recurso interposto contra uma lei, o Tribunal Constitucional deve declarar a lei nula, retirando-a do ordenamento jurídico, com efeitos vinculantes⁵⁰.

3.3 O controle de constitucionalidade na Alemanha e os efeitos das decisões

O modelo de controle de constitucionalidade adotado na Alemanha é o concentrado, uma vez que a competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei é exclusiva do Tribunal Constitucional Federal⁵¹.

O exercício desse controle, todavia, pode ser feito tanto de forma concreta como de forma abstrata⁵².

Com efeito, o art. 93.1.2 da Lei Fundamental alemã prevê competir ao Tribunal Constitucional o julgamento de questões, no caso de divergências de opinião ou dúvidas a respeito da compatibilidade formal e material da legislação federal ou estadual com a Lei Fundamental, ou da compatibilidade de uma legislação estadual com outras leis federais, quando o solicitem o Governo Federal, um Governo Estadual, ou um terço dos membros do Parlamento Federal⁵³.

O art. 100 da Lei Fundamental alemã prevê, por sua vez, que quando um tribunal considerar inconstitucional uma lei, de cuja validade dependa a decisão, terá de suspender o processo e submeter a questão à decisão do tribunal estadual competente em assuntos constitucionais, quando se tratar de violação da Constituição de um Estado, ou à do Tribunal Constitucional Federal, quando se tratar de violação da Lei Fundamental. O mesmo procedimento deve ser utilizado quando se tratar de violação da Lei Fundamental pela legislação estadual ou da incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal⁵⁴.

Trata-se, no caso do art. 93.1.2, do controle abstrato de normas, e, na hipótese do art. 100, do controle concreto de normas.

No exercício do controle abstrato, o Tribunal somente atua mediante provocação de um dos legitimados (Governo Federal, um dos governos estaduais ou um terço dos membros do Parlamento Federal), que deverá encaminhar o pedido por escrito e devidamente fundamentado⁵⁵. Busca-se,

⁵⁰ MORAES, op. cit., p. 162

⁵¹ MORAES, op. cit., p. 154

⁵² Idem

⁵³ Idem

⁵⁴ Idem

⁵⁵ MORAES, op. cit., p. 155.

aqui expurgar a norma inconstitucional do ordenamento jurídico antes que possa gerar conflito entre os particulares e se aplica ao direto federal e estadual em todos os graus hierárquicos⁵⁶.

O controle concreto, por sua vez, ocorre no âmbito de um processo judicial, cuja decisão dependa da solução acerca da controvérsia em torno da inconstitucionalidade de uma lei. Nesse caso, considerando o monopólio conferido ao Tribunal Constitucional Federal para declaração de inconstitucionalidade, o juiz da causa deve suspender o processo e remeter a controvérsia para decisão da Corte Suprema.

Tanto no controle abstrato como no controle concreto, a declaração de inconstitucionalidade constitui verdadeira declaração de nulidade da lei impugnada possuindo, em regra, efeitos *ex tunc* e vinculantes, havendo, todavia, inúmeras alternativas aos efeitos das decisões, criadas pela jurisprudência tedesca, tais como: a declaração de incompatibilidade de uma norma inconstitucional, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto e a interpretação conforme a constituição⁵⁷.

4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1 Composição

Nos termos do art. 101, *caput*, da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal se compõe de onze Ministros, que devem ser escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

O parágrafo único do mencionado dispositivo constitucional, por sua vez, imputa ao Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, a prerrogativa de nomear os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

4.2 Competências

O art. 102 da Constituição brasileira prevê uma extensa lista de competências do Supremo Tribunal Federal, classificando-as em

⁵⁶ LIMONGI et alli, op. cit., p. 71.

⁵⁷ MORAES, op. cit. 163.

competência originária, competência recursal ordinária e competência recursal extraordinária⁵⁸.

- 58 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
- I - processar e julgar, originariamente:
 - a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;
 - a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)
 - b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
 - c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
 - c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)
 - d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
 - e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
 - f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
 - g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
 - h) a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do “exequatur” às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente; (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
 - i) o habeas corpus, quando o coator ou o paciente for tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;
 - i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999)
 - j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
 - l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
 - m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
 - n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
 - o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
 - p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
 - q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
 - r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
 - II - julgar, em recurso ordinário:
 - a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;
 - b) o crime político;
 - III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
 - a) contrariar dispositivo desta Constituição;
 - b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
 - c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
 - d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

No que interessa ao escopo deste artigo, destacamos a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (CF, art. 102, I, a) e a competência recursal extraordinária para julgar as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição Federal, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal (CF, art. 102, III, alíneas *a a d*).

O exercício da competência originária depende da propositura da ação direta de inconstitucionalidade ou da ação declaratória de constitucionalidade por um dos legitimados previstos no art. 103 da Constituição Federal, a saber: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Trata-se, assim, de hipótese em que o controle de constitucionalidade é feito de forma abstrata e o acesso ao órgão constitucional é feito de forma direta por um dos legitimados constitucionais.

O exercício da competência recursal extraordinária, por sua vez, é feito no âmbito de um determinado processo judicial, mediante recurso extraordinário interposto pelas partes em uma das hipóteses previstas no texto constitucional.

Trata-se, aqui, de hipótese em que o controle de constitucionalidade é feito de forma concreta, porque exercido no âmbito de um caso concreto, e o acesso ao órgão constitucional é feito via recurso extraordinário.

Parágrafo único. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. (Incluído em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

4.3 O controle de constitucionalidade no Brasil e os efeitos das decisões

Da análise das competências conferidas ao Supremo Tribunal Federal pelo art. 102, I, alínea *a*, e III, alíneas *a* a *d*, da Constituição Federal, verifica-se que o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil ostenta uma natureza eclética.

Com efeito, conforme leciona Edilson Pereira Nobre Junior⁵⁹,

O sistema jurídico nacional, filiado ao modelo difuso desde a Constituição de 1891, em face da influência americana, que, na sua elaboração, recebera por intermédio de RUI BARBOSA, passou com a Emenda Constitucional 16/65 à Constituição de 1946, criadora da saudosa representação de inconstitucionalidade, a ostentar natureza eclética.

Daí competir a todos os juízos, singulares ou colegiados, na solução dos casos concretos que lhes são submetidos, conhecer de questionamentos inerentes à contrariedade entre uma lei, ou um regulamento, ante a Constituição, tendo como consequência, na hipótese do reconhecimento do vício apontado, a não aplicação da norma impugnada, a qual continuará integrando o sistema.

A despeito disso, a Constituição de 1988 prevê o controle mediante o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, cujo conhecimento é exclusivo do Supremo Tribunal Federal, podendo resultar, em havendo a procedência do seu pedido, na perda de eficácia da norma combatida, com a sua retirada do sistema. Em outras situações, a Constituição também reserva o conflito constitucional ao descortino único do Supremo Tribunal Federal. São elas: a) a ação declaratória de constitucionalidade, ajuizada com o propósito de afastar dúvidas quanto à validade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, a, §2º, CF); b) o mandado de injunção, nas hipóteses do art. 102, I, q, da CF; c) a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º, CF), atualmente regulamentada pela Lei 9.882, de 03-12-99; d) a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, CF).

Tem-se, assim, de um lado, o controle concentrado de constitucionalidade, feito de forma abstrata, no exercício da competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e ação declaratória de

⁵⁹ NOBRE JUNIOR, op. cit., p. 193

constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Trata-se de controle judicial repressivo de constitucionalidade, pois a ação somente pode ser interposta após a entrada em vigor da lei, admitindo-se, porém, a realização de controle judicial preventivo a incidir sobre o processo legislativo a fim de assegurar a devida observância das normas constitucionais.

Por outro lado, tem-se o controle difuso de constitucionalidade, que ocorre no exercício de sua competência recursal via recurso extraordinário. Nesse caso, o STF funciona como órgão de revisão das decisões judiciais que contrariem dispositivo da Constituição, declarem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julguem válida lei ou ato de governo local contestado em face dessa Constituição.

Como cediço, o controle difuso, ou por via de exceção ou de defesa, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal de realizar, mediante um caso concreto, a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal⁶⁰.

Aqui, a inconstitucionalidade da lei não constitui o objeto principal da lei, como ocorre no controle abstrato, mas se trata de uma questão prejudicial, indispensável ao julgamento do mérito.

Dada a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal pronunciar a inconstitucionalidade de lei, o legislador constituinte, como garantia de respeito à Constituição Federal, erigiu o STF guardião da Constituição, prevendo sua competência recursal extraordinária para assegurar a supremacia das normas constitucionais⁶¹.

No que tange aos efeitos das decisões proferidas pelo STF, no âmbito do controle de constitucionalidade aqui analisado, é preciso distinguir entre os efeitos da ação direta de inconstitucionalidade, os efeitos da ação declaratória de constitucionalidade e os efeitos do controle difuso de constitucionalidade.

No âmbito da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, tanto a procedência como a improcedência da ação possuem, em regra, efeitos retroativos (*ex tunc*), gerais (*erga omnes*) e vinculantes⁶². O mesmo ocorre nas situações de interpretação conforme a Constituição e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Vale destacar, todavia, a possibilidade de manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (modulação dos efeitos), prevista no art. 27 da Lei 9.868/99.

60 MORAES, op. cit., p. 243.

61 MORAES, op. cit., p. 246.

62 MORAES, op. cit., p. 265 e 277.

Segundo o referido dispositivo, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o STF, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

No que tange ao controle difuso, os efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade somente serão aplicados para as partes e no processo em que houve a declaração incidental. Há, todavia, a possibilidade de ampliação dos efeitos dessa declaração incidental, que consiste na edição, pelo Senado Federal, de uma resolução que suspenda a execução, no todo ou em parte, da lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do STF (CF, art. 52, X). Essa resolução terá efeitos *erga omnes*, porém *ex nunc*, ou seja, a partir de sua publicação, quando então a lei deixará de produzir efeitos, passando sua aplicação a ser absolutamente vedada pelo Poder Público⁶³.

5 CONCLUSÃO

De tudo quanto foi exposto, podemos destacar, como principais diferenças, entre os três órgãos judiciais aqui analisados, o seguinte:

O STF é o que possui o menor número de membros: 11, contra 15 da Corte Constitucional da Itália e 16 do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Não obstante, é o que possui o maior rol de competências.

Nesse sentido, registra Alexandre de Moraes⁶⁴ que o STF, embora possua as típicas competências dos Tribunais Constitucionais europeus, deles distanciou-se por constituir-se, também, na última instância da jurisdição ordinária brasileira.

Esse amplíssimo rol de competências que lhe foram outorgadas pela Constituição Federal provoca um número elevadíssimo de processos remetidos anualmente para julgamento pela Corte Suprema.

Essa situação dificulta o exercício de seu mister constitucional, sendo urgente, assim, a necessidade de alteração desse quadro, a fim de possibilitar o exercício tão somente das funções precípuas de uma Corte de Constitucionalidade, dirigindo seus trabalhos para a finalidade básica de preservação da supremacia constitucional e defesa intransigente dos direitos fundamentais⁶⁵.

⁶³ MORAES, op. cit., p. 281.

⁶⁴ MORAES, op. cit., p. 282.

⁶⁵ MORAES, op. cit., p. 283.

Entre as três Cortes aqui analisadas, a nomeação dos membros do STF pode ser considerada como a menos democrática. Com efeito, na Itália, os membros da Corte Constitucional são escolhidos, de forma igualitária, pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Na Alemanha, por outro lado, os membros são escolhidos, paritariamente, pelos Poderes Executivo e Legislativo. Já no Brasil, a composição do STF é definida exclusivamente pelo Poder Executivo, embora se exija aprovação da indicação pelo Senado Federal.

Os membros do STF são os únicos que possuem cargo vitalício, uma vez que, tanto na Corte Constitucional da Itália, como no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, os membros são eleitos para um mandato temporário (9 anos na Itália e 12 anos na Alemanha, vedada a recondução).

Saliente-se, por fim, o monopólio outorgado à Corte Constitucional da Itália e ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha quanto à declaração de inconstitucionalidade, característica do modelo de controle concentrado; ao passo que, no Brasil, por força da adoção de um modelo de controle de constitucionalidade eclético, o STF só detém o monopólio da declaração de inconstitucionalidade quando se trata do controle abstrato. Nas hipóteses de controle difuso, qualquer juiz ou Tribunal pode declarar a inconstitucionalidade, funcionando o STF, nesses casos, como órgão recursal.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> Acesso em: 04 set. 2016.

ALEMANHA. *Lei do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176367>> Acesso em: 19 set. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 31 ago. 2016.

GROPPI, Tania. *A Justiça Constitucional em Itália*. Direito Público. Porto Alegre, ano 1, n. 4, abr./jun. 2004, pp. 79-90. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/507>> Acesso em: 09 set. 2016.

ITÁLIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>> Acesso em: 31 ago. 2016

ITÁLIA. *Legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1*. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/fonti/lcost1-48.htm>> Acesso em: 09 set. 2016.

ITÁLIA. *Legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1*. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/fonti/lcost1-53.htm>> Acesso em: 09 set. 2016.

ITÁLIA. *Legge 11 marzo 1953, n. 87*. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_224.do> Acesso em: 09 set. 2016.

LIMONGI, Dante Braz; PEREIRA, Diogo Modesto P. D.; BORGES, Diogo Njaine. *Breve estudo sobre a estrutura constitucional alemã, o federalismo no país e sua última reforma*. Direito, Estado e Sociedade, n. 39, jul/dez 2011, pp. 52 a 81.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: garantia suprema da constituição*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Controle de constitucionalidade: modelos brasileiro e italiano (breve análise comparativa). *Revista Esmafe*. Escola da Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 1, pp. 183-217, jan. 2001. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27365/control_e_constitucionalidade_modelos_brasileiro.pdf> Acesso em: 12 set. 2016

PEREIRA, Carlos Henrique Camargo. Composição de cortes supremas: comparação com Alemanha e EUA. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4257, 26 fev.2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31797>> Acesso em: 10 ago. 2016.

NOTAS SOBRE A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

*NOTES ABOUT THE EUROPEAN COURT OF HUMAN
RIGHTS*

Geisa Santos de Aquino
Procuradora da Fazenda Nacional

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direitos Humanos; 1.1 Conceito; 1.2 Breve Histórico; 1.3 Características; 1.4 Dimensões; 2 Internacionalização dos Direitos Humanos; 3 A Corte Europeia de Direitos Humanos; 3.1 Estrutura e competências; 3.2 Procedimento; 3.3 Decisões; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O nascer dos Direitos Humanos teve início por aqueles destinados a impor limites à ação do poder absoluto dos governantes, frente os indivíduos, preservando-lhes a liberdade em variadas formas. Avançou para prever os direitos que impunham ao Estado o dever de agir para proporcionar ao povo os meios materiais para satisfação de demandas sociais. Mais a frente, reconheceram-se, ainda, os direitos para amparo de valores cuja titularidade não pode ser atribuída a um indivíduo ou determinado grupo social, mas difusamente à toda sociedade. A proteção de tais direitos, originalmente uma preocupação de cada povo nos limites de suas fronteiras nacionais, mostrou-se insuficiente à realização da defesa do ser humano, fazendo com que, mormente no período pós Segunda Guerra Mundial, houvesse o surgimento de normas e organismos internacionais, seja de caráter universal – ONU –, sejam de caráter local – como a Corte Europeia de Direitos Humanos –, que intencionam a proteção dos direitos essenciais numa perspectiva supranacional, limitando-se as soberanias estatais pelo compromisso com o ser humano. Fazer valer, frente o direito interno de cada Estado, as determinações dos órgãos internacionais é o desafio para tutela dos Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos Humanos. Evolução. Proteção. Internacionalização. Corte Europeia de Direitos Humanos.

ABSTRACT: The birth of the Human Rights had its beginning by those intended to impose limits to absolute power of governing authorities, protecting the freedom of the individuals in different ways, initiated the recognition of the Human Rights. They advanced to lay down the rights that imposed the State the duty to provide the people the material ways to satisfy the social demands. With time, they recognized it was also the right to the protection of legal goods whose ownership cannot be attributed to an individual or social group, but to the whole society. The protection of these rights, originally a preoccupation of every people within the limits of their national borders, was insufficient to defend the human beings. After World War II, an emergence of standards and international organizations happened, with universal characteristics – the UN – and with members of regional systems – such as the European Human Rights Court –, both aimed to protect the essential rights in a supranational perspective, restraining the state sovereignty in favor of commitment to the effectiveness protection of the human person. To make do, compared to the domestic law of each State, the determination of international organizations is the challenge that is necessary to safeguard the Human Rights.

KEYWORDS: Human Rights. Evolution. Internationalization. European Human Rights Court. Protection.

INTRODUÇÃO

Longe de pretender esgotar o tema, o presente trabalho trata de lançar um breve olhar sobre estrutura da Corte Europeia de Direitos Humanos - CEDH, importante órgão integrante do Sistema Regional Europeu de Proteção do homem em variados aspectos.

No desenvolvimento do estudo – com a ideia de melhor situar o leitor sobre a matéria-prima sobre a qual repousa o labor da Corte – faz-se uma pequena exposição geral no que tange aos direitos humanos, visitando algumas categorias ordinariamente estudadas neste tema, tais como seu conceito, o caminhar de seu surgimento histórico, as características e, ainda, as dimensões em que aqueles se apresentam de acordo com a doutrina pátria.

Levando em consideração, ainda, que o surgimento da Corte está intimamente ligado ao processo de internacionalização da proteção dos Direitos Humanos, se tornou necessário mencionar, brevemente, este fenômeno – fortalecido no período após 1945 –, após o qual esses direitos passaram a “suplantar” as fronteiras nacionais, vindo a representar uma preocupação da comunidade internacional e não somente uma questão restrita aos limites jurídico-políticos de um povo.

O crescimento dessa mencionada preocupação, pois, alavancou o florescimento de tratados multilaterais sobre o assunto, entre eles, a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Nesse contexto, este artigo tomou por base, principalmente, a referida Convenção, lastro normativo sob e sobre o qual tem exercício a mencionada Corte, a fim de tratar, ainda que sob aspectos gerais, sobre sua estrutura, competências e decisões como instituição de preservação dos direitos humanos no âmbito do Sistema Europeu.

1 DIREITOS HUMANOS

1.1 Conceito

Da lição de Hans-Joachim Heintze, depreendemos que os direitos humanos ligam-se, não somente, mas também, à questão da existência com dignidade:

A construção do conceito de direito humano, iniciada há 250 anos, é um resultado do Iluminismo e uma realização filosófica. Produziu um sistema de valores que pode hoje reivindicar validade universal. No centro desse pensamento estão a vida e a dignidade do homem. Os direitos humanos são o requisito para que as pessoas possam construir sua vida em liberdade, igualdade e dignidade. Eles são compostos por direitos civis, políticos, econômicos, sociais e coletivos e foram primeiramente consolidados nas legislações nacionais, antes de se tornarem matéria do direito internacional.¹

A doutrina aponta dessemelhança entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Ingo Sarlet, trazendo as posições de Canotilho e Jorge Miranda, esclarece:

Em que pese os dois termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado (como é o caso, dentre tantos, de José Joaquim Gomes Canotilho) ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter internacional (Jorge Miranda). Mas também tal definição não é a única disponível, seja para direitos fundamentais, seja para o caso dos direitos humanos.²

1.1 Breve Histórico

Encontra-se, na Inglaterra, registros que previam as primeiras garantias dos indivíduos frente o poder do Estado. Bem se diga, não se

1 HEINTZE, Hans-Joachim. Introdução ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. In: PETERKE, Sven (Coord). *Manual prático de direitos humanos internacionais*. Colaboradores: André de Carvalho Ramos ... [et al.] –Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. 374p. p.23. <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-humanos/Manual_Pratico_Direitos_Humanos_Internacionais.pdf>. Acesso em: 18 set. 2016.

2 SARLET, Ingo Wolfgang. *As aproximações e tensões existentes entre os Direitos Humanos e Fundamentais*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-23/direitos-fundamentais-aproximacoes-tensoes-existentis-entre-direitos-humanos-fundamentais>. Acesso em 24 set. 2016.

tratavam de direitos extensíveis à toda comunidade, mas a uma parte do corpo social que dispunha de condições, naquele momento, de fazer limitar, ainda que pouco, o poder do Rei. Consoante as lições de Dirley da Cunha Júnior:

Os direitos do homem começaram a ser formalmente reconhecidos no século XIII, com a *Magna Charta Libertatum*. Esta Declaração, consistente num pacto firmado em 1215 entre o Rei João Sem Terra e os Bispos e Barões Ingleses, apesar de ter garantido tão somente privilégios feudais aos nobres ingleses, é considerada como marco de referência para algumas liberdades clássicas, como devido processo legal, a liberdade de locomoção e a garantia da propriedade.

Em seguimento, destacaram-se as Declarações inglesas do século XVII, entre as quais a *Petition of Rights*, de 1628, firmada por Carlos I; o *Habeas Corpus Act*, de 1679, assinado por Carlos II e, finalmente, a mais importante de todas as Declarações inglesas, o *Bill of Rights*, de 1689, promulgado pelo Parlamento.

Mas foi no século XVIII, com a vitória da revolução liberal na França e a independência das colônias inglesas na América do Norte, que nasceram definitivamente os direitos fundamentais, a partir da Declaração do Bom Povo da Virgínia de 1776, seguida pela Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Após essas Declarações, quase todas as Constituições no mundo passaram a dispor de uma Declaração de direitos, a começar com a Constituição norte-americana de 17 de setembro de 1787, em face das suas primeiras dez emendas, promulgadas em 1791.³

Vê-se, consoante as lições supra, que com o advento da Revolução Francesa os direitos humanos tiveram um grande impulso, não só na Europa mas em várias partes do mundo passando a serem inseridos nas Cartas Constitucionais.

1.2 Características

No que importa às características dos direitos humanos, identificam os doutrinadores a universalidade, limitabilidade, historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade.

3 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. revisada, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 573-574

Acerca do caráter universal, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco ensinam:

Não é impróprio afirmar que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e que a qualidade de ser humano constitui condição suficiente para a titularidade de tantos desses direitos. Alguns direitos fundamentais específicos, porém, não se ligam a toda e qualquer pessoa. Na lista brasileira dos direitos fundamentais, há direitos de todos os homens – como o direito à vida –, mas há também posições que não interessam a todos os indivíduos, referindo-se apenas a alguns – aos trabalhadores por exemplo.

[...]

De outro lado, não é exato falar sempre em universalidade, quanto ao pólo passivo das relações jurídicas que se desenrolam em torno de um direito fundamental. Há casos em que se discute o delicado problema de saber se os direitos fundamentais têm por obrigados não só os Poderes Públicos como também os particulares; em outros casos, há direitos que, por sua natureza, apenas podem ter por obrigado o Estado (v.g., o direitos de petição aos órgãos públicos).⁴

Assim, observamos que o caráter universal, a par de poder ser encarado como um direito atribuível aos seres humanos em geral, pode, ainda, ser compreendido como universal dentro de uma concepção de que tem por sujeitos um específico grupo ou apenas pode ser demandado de um específico agente.

Os Direitos Humanos podem sofrer limitações. Como esclarece Pedro Lenza, sobre os direitos fundamentais em nossa Constituição:

limitabilidade: os direitos fundamentais não são absolutos (*relatividade*), havendo, muitas vezes, no caso concreto, confronto, conflito de interesses. A solução ou vem discriminada na própria Constituição (ex.: direito de propriedade *versus* desapropriação), ou caberá ao intérprete, ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra da *máxima observância*

4 MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 240.

*dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com sua mínima restrição;*⁵ (destaque do autor)

Os Direitos Humanos não foram, nem sempre serão, idênticos, cristalizados no tempo. Eles se modificam, ampliam seu espectro de proteção no evoluir das modificações sociais. Acompanham, assim, as transformações do corpo social em que estão inseridos, alterando seu conteúdo. Mais uma vez com Pedro Lenza: “*historicidade*: possuem caráter histórico, nascendo com o Cristianismo, passando pelas diversas revoluções e chegando aos dias atuais;”⁶ (destaque do autor)

Não há que se falar, ainda, em renúncia, alienação e possibilidade de prescrição de direitos fundamentais. Na lição de José Afonso da Silva, assim estão dispostas tais características:

(2) *Inalienabilidade*. São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis;

(3) *Imprescritibilidade*. O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a *exigibilidade* dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição;

(4) *Irrenunciabilidade*. Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados.⁷ (destaque do autor)

1.3 Dimensões

5 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. rev., atual. e ampl. EC n. 57/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 590.

6 LENZA, op. cit., p. 590.

7 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional até a Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. Malheiros, São Paulo: 2005. p. 181.

Muito embora seja conhecido uso do termo “Gerações” dos direitos humanos para identificar as fases pelas quais esse instituto jurídico vem passando desde seus primeiros instrumentos normativos de reconhecimento, a palavra “Dimensões” possui, atualmente, mais acolhimento entre os estudiosos do tema.

Assim, tradicionalmente é possível divisar três dimensões (ou gerações) dos direitos humanos, existindo, contudo, posicionamentos acerca da existência de dimensões posteriores, vista o desenvolvimento científico permanente das sociedades e a influência deste nos variados âmbitos da existência humana.

De primeira dimensão seriam os direitos que amparam a liberdade do indivíduo limitando a ação do Estado. Em seu surgimento, a ideia era “por freios” ao Poder outrora absoluto dos governantes. Explica Dirley da Cunha Jr.:

Os direitos de primeira dimensão correspondem às chamadas liberdades públicas dos franceses, compreendendo os direitos civis, entre os quais se destacam, sobretudo pela acentuada e profunda inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade de todos perante a lei, posteriormente complementados pelos direitos de expressão coletiva (tais como os direitos de reunião e associação) e os direitos políticos (como os direitos de voto, mas de modalidade ativa e passiva). Esses direitos de primeira dimensão foram reconhecidos para a tutela das liberdades públicas, em razão de haver naquela época uma única preocupação, qual seja, proteger as pessoas do poder opressivo do estado. Em razão disso, eles se voltavam exclusivamente à tutela das liberdades, tanto na esfera civil, quanto na esfera política; constituíam verdadeiro obstáculo à interferência estatal, pois pregavam o afastamento do Estado da esfera individual da pessoa humana, de modo que eram denominados de direitos de caráter ‘negativo’ ou simplesmente ‘liberdades negativas’. Negava-se ao Estado, portanto, qualquer ingestão nas relações individuais e sociais, ficando ele reduzido tão-somente a guardião das liberdades.⁸

Diversamente, os direitos de segunda dimensão requeriam uma ação do Estado, atuando a fim de trazer equilíbrio para as relações sociais, já que o distanciamento do Poder Público – demanda da primeira dimensão de direitos humanos – acabou por gerar distorções numa sociedade com grandes desigualdades econômicas. Segundo Pedro Lenza:

8 CUNHA JUNIOR, op. cit, p. 599.

Direitos Humanos de segunda geração: o momento histórico que os inspira e impulsiona é a Revolução Industrial européia, a partir do século XIX. Nesse sentido, em decorrência das péssimas situações e condições de trabalho, eclodem movimentos como o *cartista* – Inglaterra e a *Comuna de Paris* (1848), na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social. O início do século XX é marcado pela Primeira Grande Guerra e pela fixação de *direitos sociais*. Isso fica evidenciado, dentro outros documentos, pela Constituição de Weimar, de 1919 (Alemanha), e pelo Tratado de Versalhes, 1919 (OIT).⁹ (destaque do autor)

O direitos da terceira dimensão vem do necessário amparo de bens jurídicos cujos titulares não podem ser individualizados, correspondendo a proteção de um interesse diluído pela coletividade. Novamente com Dirley da Cunha Jr.:

Enfim, enquanto os direitos de primeira dimensão (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda dimensão (direitos sociais, econômicos e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais, materiais ou concretas – enfatizam o princípio da igualdade, os direitos fundamentais de terceira dimensão – que encerram poderes de titularidade coletiva ou difusa atribuídos genericamente a todas as formações sociais – consagram o princípio da solidariedade ou fraternidade e correspondem a um momento de extrema importância no processo do desenvolvimento e afirmação dos direitos fundamentais, notabilizados pelo estigma de sua irrecusável inexauribilidade.¹⁰

Contudo, tempo de frenético desenvolvimento científico da sociedade, também os direitos humanos avançam e novos contornos lhes são vislumbrados. Nas lições de Norberto Bobbio:

[...]. Entramos na era que é chamada de pós-moderna e é caracterizada pelo enorme progresso, vertiginoso e irreversível, da transformação tecnológica e, consequentemente, também tecnocrática do mundo. [...].

Os direitos da nova geração, como foram chamados, que vieram depois daqueles em que se encontraram as três correntes de idéias do nosso tempo, nascem todos dos perigos à vida, à liberdade e à segurança, provenientes do aumento do progresso tecnológico. Bastam estes três

9 LENZA, op. cit., p. 588.

10 CUNHA JUNIOR, op. cit, p. 608.

exemplos centrais no debate atual: o direito de viver em um ambiente não poluído, do qual surgiram os movimentos ecológicos que abalaram a vida política tanto dentro dos próprios Estados quanto no sistema internacional; o direito à privacidade, que é colocado em sério risco pela possibilidade que os poderes públicos têm de memorizar todos os dados relativos à vida de uma pessoa e, com isso, controlar os seus comportamentos sem que ela perceba; o direito, o último da série, que está levantando debates nas organizações internacionais, e a respeito do qual provavelmente acontecerão os conflitos mais ferrenhos entre duas visões opostas da natureza do homem: o direito à integridade do próprio patrimônio genético, que vai bem mais além do que o direito à integridade física, já afirmado nos artigos 2 e 3 da Convenção Européia dos Direitos do Homem.¹¹

2 INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Conforme dito anteriormente, convém pontuar, embora de forma breve, sobre este relevante fenômeno vivido pelos direitos humanos.

O reconhecimento destes multicitados direitos nasceu atrelado às fronteiras nacionais. Cada nação passou a conceber um rol próprio de direitos essenciais para seu povo. Entretanto, em um processo que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, a internacionalização da proteção dos Direitos Humanos redundou da necessária preocupação da sociedade internacional em fincar regras gerais de proteção à dignidade do indivíduo, nas suas variadas dimensões, além fronteiras locais.

Segundo Flávia Piovezan:

A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteger os direitos humanos.

O processo de internacionalização dos direitos humanos – que, por sua vez, pressupõe a delimitação da soberania Estatal – passa, assim, a ser uma importante resposta na busca da reconstrução de

11 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 229-230.

um novo paradigma, diante do repúdio internacional às atrocidades cometidas no holocausto.¹²

Contudo, como se disse, o desenrolar da “superação” das barreiras nacionais na proteção dos Direitos Humanos iniciou-se antes de 1945. Ainda com Flávia Piovesan:

O Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho situam-se como os primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos. Como se verá, para que os direitos humanos se internacionalizassem, foi necessário redefinir o âmbito e o alcance do tradicional conceito de soberania estatal, a fim de permitir o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional. Foi ainda necessário redefinir o *status* do indivíduo no cenário internacional, para que se tornasse verdadeiro sujeito de Direito Internacional.¹³ (destaque do autor)

Nesta crescente de uma consciência supranacional de proteção dos direitos humanos, deu-se o surgimento da Organização das Nações Unidas em 1945 e em 1948 foi firmada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, num compromisso mútuo dos governos de que os direitos essenciais ao povo fossem reconhecidos e amparados independentemente de fronteiras. Consta da Declaração Universal de Direitos Humanos:

A ASSEMBLÉIA GERAL

proclama

A PRESENTE DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e

12 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 177.

13 PIOVESAN, op. cit., p. 169.

efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição”¹⁴

Seguindo a criação da ONU – organismo que abarcou um sem número de países de variados continentes, possuindo, assim, um caráter universal na busca pela valorização dos direitos humanos – surgiram outros com objetivos semelhantes e com abrangência mais restrita, formando subsistemas locais de proteção, na Europa, América e África. Veja-se Hans-Joachim Heintze:

O nível universal pressupõe a obrigação geral de proteção e promoção dos direitos humanos porque todos os Estados-Membros da ONU estão vinculados pela Carta da ONU. Outro vínculo resulta também do direito universal consuetudinário. Ao mesmo tempo, a maioria dos Estados também faz parte de tratados universais de direitos humanos. Essa situação de obrigação universal não exclui que os países concordem com o direito internacional regional. Isso pode ir além do padrão universal e oferece a vantagem de que os valores e particularidades regionais possam ser incluídos nos tratados.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) introduziu o primeiro sistema regional para a proteção dos direitos humanos. Ao sistema europeu seguiram-se os sistemas interamericano e o africano. Todos os três instrumentos complementam os esforços das Nações Unidas para salvaguardar os direitos humanos por meio de mecanismos regionais adequados de proteção. A esses sistemas regionais é imanente – afora a garantia dos direitos humanos estipulados nas convenções internacionais – a extensão da proteção dos direitos humanos mediante uma consideração especial da tradição política, histórica, cultural e jurídica.¹⁵

3 A CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS - CEDH

Órgão Jurisdicional, integrante o Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos, a CEDH, foi criada pela Convenção Europeia de Direitos Humanos. A Convenção, teve assinatura novembro de 1950, veio

14 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. UNIC / Rio / 005 - Agosto 2009. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2016.

15 HEINTZE, Hans-Joachim. *Introdução ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos*. In: PETERKE, Sven (Coord). op. cit. p. 71-72. Acesso em: 18 set. 2016.

a entrar em vigor de setembro do ano de 1953, possuindo hoje um vasto rol dos direitos sob a sua proteção:

Os direitos e liberdades assegurados pela Convenção incluem o direito à vida, a um processo equitativo, ao respeito pela vida privada e familiar, à liberdade de expressão, à liberdade de pensamento, de consciência e de religião, e à proteção da propriedade. A Convenção proíbe, nomeadamente, a tortura e outras penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, o trabalho forçado, a detenção arbitrária e ilegal e a discriminação no gozo dos direitos e liberdades que nela estão consagrados.¹⁶

Importante pontuar que as normas da Convenção são interpretadas a dar máxima efetividade aos Direitos Humanos (art. 53):

Nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte.¹⁷

3.1 ESTRUTURA E COMPETÊNCIAS

A estrutura da Corte não foi sempre a mesma desde sua criação. Consoante Luiz Henrique Pandolfi Miranda e Luciano Medeiros de Andrade Bicalho:

A criação da Corte Europeia de Direitos Humanos foi inicialmente prevista no Título II da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (artigo 19 e seguintes), celebrada em Roma em 4 de novembro de 1950, pelos países membros do Conselho Europeu, organização internacional fundada em 5 de Maio de 1949, que visa promover a democracia e proteger os direitos humanos e o estado de direito no continente europeu. Nos termos do seu artigo 59, a Convenção Europeia de Direitos Humanos entrou em vigor após a ratificação por dez países signatários, o que ocorreu em 3 de setembro de 1953. A Corte Europeia, entretanto, só veio a ser constituída em 1959, quando ocorreu a primeira

16 *Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: O TEDH EM 50 PERGUNTAS*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/50questions_POR.pdf>, p.3. Acesso em: 29 set. 2016.

17 CONVENÇÃO EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em 07 set. 2016.

eleição dos membros do Tribunal pela Assembleia Consultiva do Conselho da Europa, e, logo em seguida, sua primeira sessão (23 a 28 de fevereiro de 1959).

[...]

Ademais, convém ressaltar que o sistema de justicialização dos direitos humanos na Europa foi fortemente alterado com as inovações advindas do Protocolo n.º 11, que entrou em vigor em 1998, e fortaleceu a Corte, assegurando acesso direto a todo e qualquer indivíduo à sua jurisdição. Em outras palavras, até a modificação introduzida em 1998, apenas Estados-parte e a Comissão Europeia de Direitos Humanos (composta por um número de membros igual ao número de Estados contratantes, sendo que os membros da Comissão são eleitos por seis anos pelo Comité de Ministros) podiam submeter casos à Corte.¹⁸

A Corte é Composta por juízes eleitos pela assembleia de seus respectivos países participantes da Convenção, que apresentam uma lista tríplice a ser submetida à Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, para mandato de 9 anos, não sendo possível a recondução. Encerra-se, ainda, o referido mandato tão logo atinja o magistrado alcance 70 anos. Até que sejam substituídos, os Juízes continuam vinculados às funções. Vejamos o art. 23 da Convenção:

1. Os juízes são eleitos por um período de nove anos. Não são reelegíveis.
2. O mandato dos juízes cessará logo que estes atinjam a idade de 70 anos.
3. Os juízes permanecerão em funções até serem substituídos. Depois da sua substituição continuarão a ocupar-se dos assuntos que já lhes tinham sido cometidos.
4. Nenhum juiz poderá ser afastado das suas funções, salvo se os restantes juízes decidirem, por maioria de dois terços, que o juiz em causa deixou de corresponder aos requisitos exigidos.¹⁹

18 MIRANDA, Luiz Henrique Pandolfi. BICALHO, Luciano Medeiros de Andrade. A Corte Europeia de Direitos Humanos e o Direito a um julgamento justo. *Publicações da Escola da AGU: Curso: Le Corti Internazionale, e Diritti Umani ed il Diritto in Europa – studi Comparati tra Istituzioni e Sistemi – Escola da Advocacia – Geral da União* Ministro Victor Nunes Leal – Ano VII, v. 39, n. 2, (out/dez. 2015). Brasília/DF: EAGU, 2012, mensal. Pg.73-74. Disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/751/632>>. Acesso em: 09. set. 2016.

19 CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em 07 set. 2016.

O Tribunal possui os seguintes órgãos para análise das demandas: Juiz Singular, Comitê, Seção e Tribunal Pleno. Possui, também, Secretaria e Assembleia Plenária, cujas atribuições estão nos arts. 24 e 25 respectivamente:

1. O Tribunal dispõe de uma secretaria, cujas tarefas e organização serão definidas no regulamento do Tribunal.

2. Sempre que funcionar enquanto tribunal singular, o Tribunal será assistido por relatores que exercerão as suas funções sob autoridade do Presidente do Tribunal. Estes integram a secretaria do Tribunal.²⁰

O Tribunal, reunido em assembleia plenária:

a) Elegerá o seu presidente e um ou dois vice-presidentes por um período de três anos. Todos eles são reelegíveis;

b) Criará secções, que funcionarão por período determinado;

c) Elegerá os presidentes das secções do Tribunal, os quais são reelegíveis;

d) Adoptará o regulamento do Tribunal;

e) Elegerá o secretário e um ou vários secretários-adjuntos;

f) Apresentará qualquer pedido nos termos do artigo 26º, nº 2.²¹

Os Juízes Singulares tem competência para, de logo, julgar inadmissíveis as demandas apresentadas ao Tribunal, arquivando-as por meio de decisão irrecurável. Não poderão, contudo, atuar como Juízes singulares em demandas envolvendo o país pelo qual foram eleitos. Participam, ainda, como membros das seções (formação com 7 juízes) ou Tribunal Pleno (17 juízes). Segundo o art. 27:

1. Qualquer juiz singular pode declarar a inadmissibilidade ou mandar arquivar qualquer petição formulada nos termos do artigo 34º se

²⁰ CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em 07 set. 2016.

²¹ CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 07 set. 2016.

essa decisão puder ser tomada sem posterior apreciação. 2. A decisão é definitiva. 3. Se o juiz singular não declarar a inadmissibilidade ou não mandar arquivar uma petição, o juiz em causa transmite-a a um comité ou a uma secção para fins de posterior apreciação.²²

Os comités são formados por três juízes e decidem sobre a inadmissibilidade ou, ao revés, pela admissibilidade da demanda, bem como podem, de logo, no mérito, aplicar o direito à espécie, no caso de posição já estabelecida pelo Tribunal. Vejamos o art. 28:

1. Um comité que conheça de uma petição individual formulada nos termos do artigo 34º pode, por voto unânime:

a) Declarar a inadmissibilidade ou mandar arquivar a mesma sempre que essa decisão puder ser tomada sem posterior apreciação; ou

b) Declarar a admissibilidade da mesma e proferir ao mesmo tempo uma sentença quanto ao fundo sempre que a questão subjacente ao assunto e relativa à interpretação ou à aplicação da Convenção ou dos respectivos Protocolos for já objecto de jurisprudência bem firmada do Tribunal.

2. As decisões e sentenças previstas pelo nº 1 são definitivas.

3. Se o juiz eleito pela Alta Parte Contratante, parte no litígio, não for membro do comité, o comité pode, em qualquer momento do processo, convidar o juiz em causa a ter assento no lugar de um dos membros do comité, tendo em consideração todos os factores relevantes, incluindo a questão de saber se essa Parte contestou a aplicação do processo previsto no nº 1, alínea b).²³

Se a demanda não for tida por inadmissível pelo Juiz singular ou não tiver, de logo julgamento do mérito com aplicação da jurisprudência do Tribunal, pelo Comité, serão levadas às Seções. As Seções são também responsáveis por analisar demanda apresentadas por um Estado contra o outro, art.29, da Convenção:

²² CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 07 set. 2016.

²³ CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 07 set. 2016.

1. Se nenhuma decisão tiver sido tomada nos termos dos artigos 27º ou 28º, e se nenhuma sentença tiver sido proferida nos termos do artigo 28º, uma das secções pronunciar-se-á quanto à admissibilidade e ao fundo das petições individuais formuladas nos termos do artigo 34º. A decisão quanto à admissibilidade pode ser tomada em separado.

2. Uma das secções pronunciar-se-á quanto à admissibilidade e ao fundo das petições estaduais formuladas nos termos do artigo 33º. A decisão quanto à admissibilidade é tomada em separado, salvo deliberações em contrário do Tribunal relativamente a casos excepcionais.²⁴

É de responsabilidade do Tribunal Pleno manifestar-se sobre:

a) Questões relevantes sobre as regras da Convenção, evitando contradições (art. 30):

Se um assunto pendente numa secção levantar uma questão grave quanto à interpretação da Convenção ou dos seus protocolos, ou se a solução de um litígio puder conduzir a uma contradição com uma sentença já proferida pelo Tribunal, a secção pode, antes de proferir a sua sentença, devolver a decisão do litígio ao tribunal pleno, salvo se qualquer das partes do mesmo a tal se opuser.²⁵;

b) matérias que tenham sido objeto de pedido de remessa pelas partes para (re)análise pelo Pleno, dentro de 3 meses da decisão dada pela seção (art. 43, 1): “1. Num prazo de três meses a contar da data da sentença proferida por uma secção, qualquer parte no assunto poderá, em casos excepcionais, solicitar a devolução do assunto ao tribunal pleno.

[...]”;²⁶

c) verificação da execução de suas decisões definitivas (art. 46, 1 e 4):

1. As Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes.

[...]

4. Sempre que o Comité de Ministros considerar que uma Alta Parte Contratante se recusa a respeitar uma sentença definitiva num litígio

²⁴ Ibid. Acesso em: 07 set. 2016.

²⁵ Ibid. Acesso em: 07 set. 2016.

²⁶ Ibid. Acesso em: 07 set. 2016.

em que esta seja parte, poderá, após notificação dessa Parte e por decisão tomada por maioria de dois terços dos seus membros titulares, submeter à apreciação do Tribunal a questão sobre o cumprimento, por essa Parte, da sua obrigação em conformidade com o n.º 1.

[...]”²⁷

d) Apresentar resposta a consulta do Comitê de Ministros do Conselho da Europa (art. 47, 1): “1. A pedido do Comitê de Ministros, o Tribunal pode emitir pareceres sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e dos seus protocolos.

[...]”²⁸

3.2 Procedimento

É possível principiar uma demanda junto à Corte sem um advogado:

A representação por um advogado não é indispensável no início do processo, pois qualquer pessoa pode instaurar diretamente um processo junto do Tribunal. No entanto, a representação por um advogado é indispensável assim que o governo do Estado requerido seja notificado do processo para que formule as suas observações. A partir desta fase do processo, e em caso de necessidade, poderá ser concedida assistência judiciária ao autor da queixa.²⁹

O trabalho da Corte é pautado pelo respeito ao contraditório, sendo fundamentadas suas decisões – arts. 38 e 45 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. As audiências são públicas, salvo determinação do Tribunal (art. 45), permitida a participação de terceiros no processo (art. 36):

1. Em qualquer assunto pendente numa secção ou no tribunal pleno, a Alta Parte Contratante da qual o autor da petição seja nacional terá o direito de formular observações por escrito ou de participar nas audiências.

2. No interesse da boa administração da justiça, o presidente do Tribunal pode convidar qualquer Alta Parte Contratante que não

²⁷ Ibid. Acesso em: 07 set. 2016.

²⁸ CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em 07 set. 2016.

²⁹ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: O TEDH EM 50 PERGUNTAS. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/50questions_POR.pdf. p.7. Acesso em 29 set. 2016.

seja parte no processo ou qualquer outra pessoa interessada que não o autor da petição a apresentar observações escritas ou a participar nas audiências.

3. Em qualquer assunto pendente numa secção ou no tribunal pleno, o Comissário para os Direitos do Homem do Conselho da Europa poderá formular observações por escrito e participar nas audiências.³⁰

Os veredictos da Corte não são tomados em público: “[...] as deliberações do Tribunal são sempre à porta fechada.”³¹

Segundo os artigos 33 e 34 da Convenção, as demandas junto a Corte podem ser apresentadas tanto por pessoas físicas ou jurídicas, respectivamente:

Assuntos interestaduais

Qualquer Alta Parte Contratante pode submeter ao Tribunal qualquer violação das disposições da Convenção e dos seus protocolos que creia poder ser imputada a outra Alta Parte Contratante.

Petições individuais

O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem - se a não criar qualquer entrave ao exercício efectivo desse direito.³²

A atuação do Tribunal é subsidiária, apenas se dando quando falharem os mecanismos nacionais de proteção dos Direitos Humanos, e desde que apresentada a demanda dentro dos 6 meses que se seguirem à última decisão da última instância. A vítima, em petição identificada, deve comprovar efetivo prejuízo (art. 35, CEDH):

1. O Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com

30 CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em 07 set. 2016.

31 Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: O TEDH EM 50 PERGUNTAS. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/50questions_POR.pdf. p.9. Acesso em 29 set. 2016

32 CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em 07 set. 2016.

os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva.

2. O Tribunal não conhecerá de qualquer petição individual formulada em aplicação do disposto no artigo 34º se tal petição:

a) For anónima;

b) For, no essencial, idêntica a uma petição anteriormente examinada pelo Tribunal ou já submetida a outra instância internacional de inquérito ou de decisão e não contiver factos novos.

3. O Tribunal declarará a inadmissibilidade de qualquer petição individual formulada nos termos do artigo 34º sempre que considerar que:

a) A petição é incompatível com o disposto na Convenção ou nos seus Protocolos, é manifestamente mal fundada ou tem carácter abusivo; ou

b) O autor da petição não sofreu qualquer prejuízo significativo, salvo se o respeito pelos direitos do homem garantidos na Convenção e nos respectivos Protocolos exigir uma apreciação da petição quanto ao fundo e contanto que não se rejeite, por esse motivo, qualquer questão que não tenha sido devidamente apreciada por um tribunal interno.

4. O Tribunal rejeitará qualquer petição que considere inadmissível nos termos do presente artigo. O Tribunal poderá decidir nestes termos em qualquer momento do processo.³³

Nas situações, contudo, em que o direito que está sendo violado é exatamente o direito a um processo célere, a Corte pode atuar sem que estejam esgotadas as vias de instâncias internas. Vejamos a lição de Maurício Caldas Lopes:

[...] por isso que nas hipóteses de violação ao direito que a Convenção consagra, de acesso efetivo à justiça, quase sempre violado pela mora injustificada e absolutamente desarrazoada na entrega da jurisdição, é dispensado o esgotamento das instâncias internas em ordem a ensejar pronunciamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem absolutamente *originário*, sem riscos, portanto, de testilhas quaisquer.³⁴ (destaque do autor)

33 Ibid. Acesso em 07 set. 2016.

34 LOPES, Maurício Caldas. A Execução das Sentenças do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no Âmbito Interno dos Países Contratantes. In: Revista EMERJ – Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. Volume 13, n.º 50. Abril/Maio/Junho. Rio de Janeiro. Ano 2010, p. 89. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50.pdf. Acesso 28 set. 2016.

Verifica-se, assim, que nos casos como o mencionado supra, a Corte Europeia conhecerá do litígio de forma direta.

3.3 Decisões

As decisões do Tribunal são definitivas e obrigatórias para os países signatários, devendo o Comitê de Ministros do Conselho da Europa zelar pela sua observância, conforme art. 46:

1. As Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes.
2. A sentença definitiva do Tribunal será transmitida ao Comitê de Ministros, o qual velará pela sua execução.
3. Sempre que o Comitê de Ministros considerar que a supervisão da execução de uma sentença definitiva está a ser entravada por uma dificuldade de interpretação dessa sentença, poderá dar conhecimento ao Tribunal a fim que o mesmo se pronuncie sobre essa questão de interpretação. A decisão de submeter a questão à apreciação do tribunal será tomada por maioria de dois terços dos seus membros titulares.
4. Sempre que o Comitê de Ministros considerar que uma Alta Parte Contratante se recusa a respeitar uma sentença definitiva num litígio em que esta seja parte, poderá, após notificação dessa Parte e por decisão tomada por maioria de dois terços dos seus membros titulares, submeter à apreciação do Tribunal a questão sobre o cumprimento, por essa Parte, da sua obrigação em conformidade com o n° 1.
5. Se o Tribunal constatar que houve violação do n° 1, devolverá o assunto ao Comitê de Ministros para fins de apreciação das medidas a tomar. Se o Tribunal constatar que não houve violação do n° 1, devolverá o assunto ao Comitê de Ministros, o qual decidir-se-á pela conclusão da sua apreciação.³⁵

Comprovando-se que o Estado Parte causou efetiva lesão a direito amparado pela Convenção, impõe-se a condenação à reparação (art. 41):

35 CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em 07 set. 2016.

Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário.³⁶

É possível a ocorrência de acordo entre as partes, o qual porá fim ao processo, nos termos do art. 39.

Numa análise sobre as decisões do Tribunal Europeu, Luiz Felipe Bicalho pontuou:

Diferentemente da Corte Interamericana, a natureza da sentença do Tribunal Europeu tem caráter declaratório, ou seja, a Corte apenas declara que houve uma violação a um direito consagrado pela Convenção Européia.

[...]

Ou seja, não há disposição na Convenção Européia que determine que a Corte estipule a forma de reparação aos direitos violados.

[...]

De fato, tem-se a liberdade para definir como será a *restitutio integrum*. Contudo, ressalta-se que o Estado não poderá declinar da obrigação em adequar ao que foi determinado na sentença da Corte Européia, caso contrário à demanda submete-se ao disposto no art. 41 da Convenção Europeia.³⁷

Há que serem envidados esforços para se evitar que decisões da CEDH percam força frente o direito interno dos países que assinaram a Convenção, resultando em efeitos nefastos frente o movimento em busca da proteção integral dos Direitos Humanos, fazendo-se mister serem robustecidos os instrumentos de fiscalização da efetivação dos comandos da Corte.

O fortalecimento da efetividade das decisões da CEDH, impondo-se sanções eficazes aos países que malferirem os direitos humanos, afigura-se como

³⁶ CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em 07 set. 2016.

³⁷ BICALHO, Felipe Luiz. A Análise Comparativa Dos Sistemas Regionais De Proteção Dos Direitos Humanos - Particularidades Sistêmicas E O Delineamento De Uma Racionalidade Uniforme. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais. Curitiba. Vol. 1. N. 14. 2011. pp.45-47. Disponível em: <http://revistas.unibrazil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/viewFile/602/566>. Acesso em 07/08/2016.

importante pilar do sistema de proteção daqueles direitos, os quais cada vez mais devem sair do plano das ideias e declarações, vindo a compor a rotina dos cidadãos, assegurando-lhes o efetivo exercício dos direitos essenciais à dignidade duramente conquistados ao longo da história da humanidade.

CONCLUSÃO

Os direitos humanos constituem-se em uma categoria sensível de direitos do homem, não sendo sua proteção uma demanda recente das nações, ao revés, uma preocupação histórica que colhe registros muito antes da formação do que conhecemos por Estado Moderno.

Surgidos inicialmente como uma forma de contrastar o Poder absoluto do governante, os direitos humanos alcançaram outras dimensões, tais como amparo de demandas de caráter social, avançando para direitos de caráter difuso, abrangendo toda coletividade numa perspectiva de tutela das atuais gerações de indivíduos e aquelas que estão por vir.

O pós-guerra potencializou a internacionalização dos Direitos Humanos, tornando-os uma questão que demandava solução supranacional. Não se poderia deixar que o princípio da soberania dos povos pudesse ser escudo às violações da dignidade humana, encontrando inúmeros países o consenso da necessidade de articulação internacional para evitá-las.

Nesta linha de pensamento, deu-se o surgimento não só de um, mas vários órgãos internacionais de amparo dos direitos humanos e o advento de instituições locais de vigilância da ação dos Estados no cumprimento desse mister.

A Corte Europeia de Direitos Humanos representa um desses órgãos. Com atribuição desenhada na Convenção, é uma importante voz na interpretação e delineamento dos contornos desses direitos, servindo como fonte de inspiração não apenas aos Estados europeus, mas aos demais membros da comunidade internacional.

Entretanto, embora sejam obrigatórias as suas decisões, é fato que seu cumprimento efetivo encontra barreiras na recalcitrância dos Estados condenados por afronta aos direitos humanos em acatar os comandos dos Juízes internacionais. Argumentos surgem a fim de justificar o afastamento ou, ainda, mitigação das regras da Convenção, num movimento que acaba por enfraquecer, em última análise, o propósito de resguardo Internacional dos Direitos Humanos.

O combate a essa postura impõe-se como forma de pontencialização daqueles direitos, buscando-se o fortalecimento do poder de conformação das condutas emanadas das decisões da Corte, com sanções efetivas a impor a prevalência do respeito aos Direitos Humanos para além das boas intenções dos governos, mas, principalmente, na vida do seu principal destinatário, o ser humano.

REFERÊNCIAS

BICALHO, Felipe Luiz. A Análise Comparativa Dos Sistemas Regionais De Proteção Dos Direitos Humanos - Particularidades Sistêmicas E O Delineamento De Uma Racionalidade Uniforme. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*. Curitiba. v. 1, n. 14, p.62-64, 2011. Disponível em: <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/viewFile/602/566>>. Acesso em: 07 ago. 2016.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. revisada, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2011.

CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 07 set. 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. UNIC / Rio / 005 - Agosto 2009. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2016.

HEINTZE, Hans-Joachim. Introdução ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. In: PETERKE, Sven (Coord). *Manual prático de direitos humanos internacionais*. Colaboradores: André de Carvalho Ramos ... [et al.] –Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. 374p. p. 21-83. <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-humanos/Manual_Pratico_Direitos_Humanos_Internacioais.pdf>. Acesso em: 18 set. 2016.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. rev., atualizada e ampliada. EC n. 52/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES, Maurício Caldas. A Execução das Sentenças do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no Âmbito Interno dos Países Contratantes. *Revista EMERJ* – Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. v. 13, n. 50. abr./jun. Rio de Janeiro. Ano 2010. p.84-128. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50.pdf>. Acesso em: 28 set. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Luiz Henrique Pandolfi; BICALHO, Luciano Medeiros de Andrade. A Corte Europeia de Direitos Humanos e o Direito a um julgamento justo. *Publicações da Escola da AGU*: Curso: Le Corti Internazionale, e Diritti Umani ed il Diritto in Europa – studi Comparati tra Istituzioni e Sistemi – Escola da Advocacia – Geral da União Ministro Victor Nunes Leal, Brasília-DF, ano VII, v. 39, n. 2, p. 71-90, out/dez. 2015. Disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/751/632>>. Acesso em: 09 set. 2016.

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: O TEDH EM 50 PERGUNTAS. 13p. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/50questions_POR.pdf>. Acesso em: 29 set. 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *As aproximações e tensões existentes entre os Direitos Humanos e Fundamentais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-23/direitos-fundamentais-aproximacoes-tensoes-existent-entre-direitos-humanos-fundamentais>>. Acesso em: 24 set. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional até a Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. São Paulo: Malheiros, 2005.

**TRAVAUX PRÉPARATOIRES: O DISCURSO
SILENCIADO DO VALOR DE USO DOS BENS
IMÓVEIS, A PASTEURIZAÇÃO DAS SITUAÇÕES
REAIS PELO DIREITO DE PROPRIEDADE
MODERNO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
EXPROPRIANTE DESAFIADA PELO NÚCLEO DA
CONSTITUIÇÃO CIDADÃ**

*TRAVAUX PRÉPARATOIRES: THE SILENCED SPEECH ABOUT THE
VALUE IN USE OF THE PROPERTIES, THE PASTEURIZATION OF
REAL SITUATIONS FOR THE MODERN RIGHT OF PROPERTY AND
THE EXPROPRIATING PUBLIC ADMINISTRATION CHALLENGED
BY THE CORE OF THE CITIZEN CONSTITUTION*

Josué Tomazi de Carvalho

Graduado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

*Responsável pela coordenação nacional de contencioso da Procuradoria Federal
Especializada junto ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (PFE/Incra)
Procurador Federal.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Convenção Europeia de Direitos Humanos; 2 O Primeiro Protocolo; 3 *Travaux préparatoires*; 4 Valor de uso e valor de troca; 5 Propriedade moderna, abstração e impropriedades; 6 A Administração Pública expropriante e seus desafios; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este trabalho convida a uma breve apropriação do itinerário histórico de consolidação dos direitos humanos no pós-guerra europeu para, especificamente no âmbito da Convenção e da Corte Européia de Direitos Humanos e a partir daquela experiência, destacar questões que foram problematizadas, tal como registradas a partir dos trabalhos preparatórios da convenção, e utilizá-las para provocar uma revisão da forma como o direito tem sido aplicado nas intervenções do Poder Público brasileiro sobre situações fundiárias e com repercussões expropriantes. Para tanto, resgata a noção de valor de uso e indica traços marcantes da propriedade moderna e algumas de suas possíveis consequências práticas, apontando, ao final, para possibilidades e condições para uma transformação qualitativa no padrão de atuação da Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Convenção Européia de Direitos Humanos. Direito de Propriedade. Valor de Uso. Desapropriações. Bens Imóveis. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT: The present work invites to a brief appropriation of the historical itinerary of the consolidation of the human rights during the European post war insofar as, specially in what concerns the Convention of the European Court of Human Rights, to highlight from that experience issues which were problematized, used as they were described in the preparatory work of the convention, and use them to instigate a revision of the way these rights have been applied on interventions of the Brazilian State on land situations and with expropriation repercussions. For this purpose it rescues the notion of value on use and indicates strong traces of the modern property and some of its possible practical consequences, pointing, in the end, to possibilities and conditions for a qualitative transformation in the acting pattern of the Public Administration.

KEYWORD: European Convention on Human Rights. Property Rights. Value in Use. Expropriations. Real Estate. The Dignity of the Human Person.

INTRODUÇÃO

As crises agudas experimentadas no espaço geográfico da Europa, que foi o epicentro de guerras que desafiaram a própria consciência de humanidade, forçaram as nações do Velho Continente a repensarem em um novo nível, seja de abrangência, seja de eficácia, um núcleo elementar do direito que desse permissão para um futuro liberto da sina da repetição de suas tragédias e que servisse de plataforma comum entre as diferentes culturas e nações que compartilhavam aquele espaço-tempo.

De certa forma, a autocrítica ocorrida lá nunca se replicou com a mesma intensidade no Brasil, onde até mesmo as descontinuidades são, de certa forma, “continuístas”.

Assim, parece-nos saudável e produtivo colher, entre outros, também elementos da experiência de além-mar para nutrir a construção de nossa própria experiência jurídica, principalmente quando se está tratando de direitos fundamentais. Afinal, lá a urgência de levá-los a sério conduziu à assunção de responsabilidades em relação às quais o Brasil ainda não se propôs verdadeiramente — a desarticulação do projeto de integração regional do Cone Sul e o desprezo à Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao menos até há pouco tempo, falam por si.

Com isso, pretendemos abrir o campo de visão para os necessários aperfeiçoamentos da ação do Poder Público em situações com repercussões fundiárias de efeitos expropriantes em sentido amplo.

1 A CONVENÇÃO EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS

Sob as sombras e escombros do encerramento do conflito armado mais letal da história da humanidade, a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), já se revelava o embrião de uma nova ameaça representada pela tensão entre duas superpotências rivais em ascensão: Estados Unidos e União Soviética.

Naquele contexto, duas percepções já se evidenciavam. De um lado, a falência ou obsolescência das organizações derivadas dos acordos internacionais estruturados após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) para a prevenção de outro conflito de grandes proporções — em especial, referimo-nos à Liga das Nações. De outro, a evolução exponencial da racionalidade instrumental aplicada à guerra, tendo a bomba atômica como ícone após as ofensivas das forças norte-americanas às cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki. Enfim, já era possível imaginar que uma eventual terceira guerra mundial poderia ter apenas perdedores.

Como medida preventiva e urgente foi então formada a Organização das Nações Unidas, em 1945.

Na Europa, por sua vez, diversas iniciativas de cooperação e integração passaram a operar sob uma mesma plataforma catalisadora, que passou a ser denominada *Joint International Committee for European Unity*, mais tarde rebatizada como *European Movement*.¹ Um marco importante nessa articulação crescente foi representada por um evento, em maio de 1948, denominado Congresso Europeu, ocorrido na cidade de Haia, Holanda, com cerca de 800 delegados sob a presidência do então primeiro-ministro inglês, Winston Churchill.

Naquela ocasião foram recomendadas a criação de uma assembléia européia e de um conselho, bem como a confecção de uma carta de direitos humanos e a organização de uma correspondente corte para assegurar sua aplicação.

Já em 1949 foi formado o Conselho da Europa (*Council of Europe*), e sua Assembléia consultiva tinha sua primeira sessão em Estrasburgo, França.² Dessas instâncias é que foi debatido e elaborado o texto da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, também conhecido como “Convenção Européia de Direitos Humanos”, assinada em novembro de 1950, em Roma, Itália.³

2 O PRIMEIRO PROTOCOLO

A ideia de uma convenção internacional de direitos humanos e seu correspondente colegiado judicante era de instrumentalizar a aplicação e a efetividade (*enforcement*), no âmbito dos países integrantes do Conselho da Europa, de alguns direitos anteriormente previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, como forma de garantir que aqueles países mantivessem um regime político democrático e respeitoso com seus cidadãos. Assim, o Conselho da Europa cumpriria um de seus maiores objetivos, que era a promoção da estabilidade política e social na Europa, dentro de alguns *standards* de normalidade em estados democráticos de direito, resistindo a qualquer evento que pudesse abrir caminho ou tender ao desenvolvimento de novos totalitarismos.

1 Para mais informações, recomendamos a consulta em: <<http://europeanmovement.eu/who-we-are/history/>>. Acesso: em 01 out. 2016.

2 Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/history/1945-1959/1949_pt>. Acesso em: 01 out. 2016.

3 Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/history/1945-1959/1950_pt>. Acesso em: 01 out. 2016.

Nesse sentido, a relação de direitos e garantias fundamentais contemplada na versão original do texto foi pautada pelo que foi possível de se considerar então uma *plataforma mínima consensual*, o que explica o motivo pelo qual direitos sociais e econômicos não foram inicialmente contemplados: sobre eles havia muito dissenso causado pelas particularidades culturais e diferentes níveis de desenvolvimento econômico entre os integrantes do bloco recém formado.

Entretanto, traumáticas experiências relacionadas a expropriações ocorridas de forma massiva e arbitrária naquela primeira metade do séc. XX, muitas vezes tendo como objetivo manifesto uma “limpeza étnica”, incentivaram, logo após a assinatura do texto da Convenção, a formalização de uma emenda aditiva que passou a ser referida como “Primeiro Protocolo”, assinado em março de 1952, cujo primeiro artigo foi dedicado justamente a conferir algum nível de proteção à “propriedade”.

Entretanto, é digno de nota que enquanto o art. 17 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) utilizava as expressões “*right to own property*” e “*no one shall be arbitrarily deprived of his property*”, o art. 1º do Protocolo da Convenção, por sua vez, utilizava em seus lugares as expressões “*the peaceful enjoyment of his possessions*” e “*no one shall be deprived of his possessions*”.⁴

A começar pela Declaração Universal, observamos que ela utiliza o verbo *to own*, que sugere um ter, manter, pertencer ou possuir como seu, tanto que o Dicionário Oxford define como “ter algo que pertence a você mesmo, especialmente porque você a comprou”.⁵ E o objeto a que se refere o verbo é justamente *property*, sugerindo uma coisa sujeita a um vínculo jurídico proprietário, uma manifestação objetiva do direito de propriedade.

Já a Convenção em seu primeiro Protocolo, por sua vez, fala em *peaceful enjoyment*, sugerindo um proveito pacífico, sem interferências arbitrárias ou ilegais, conectado não mais a *property*, mas a *possessions*, algo como “posseções”, ou seja, indicando um gênero mais abrangente de situações de pertencimento.

Assim, sem nenhuma pretensão de rigidez, ao contrário, explorando mais as associações conotativas diante da cultura ocidental estabelecida à época, temos que no primeiro caso *to own property* aponta para situações mais específicas (*dominium*) e recobertas com uma camada mais profunda

4 Intencionalmente utilizamos as expressões em língua inglesa, pois esta é uma das duas línguas oficiais que as duas cartas de direitos comparadas têm em comum — a outra é a língua francesa — e por ser a língua que, em nosso ver, melhor expressa as diferenças que passaremos a evidenciar e discorrer. Também não fizemos uma imediata tradução para o português pois trataremos em seguida justamente dos sentidos possíveis a partir das expressões originais em inglês.

5 “To have something that belongs to you, especially because you have bought it”. Oxford Advanced Learner’s Dictionary, 8th edition (app edition, version 3.5.42).

de poderes que alcançam o extrato da titularidade que habilita à disposição (*jus disponiendi*), portanto, ao trânsito jurídico e seu valor de troca, enquanto que, no segundo caso, *the peaceful enjoyment of his possessions* aponta para situações mais genéricas, abertas, e para os poderes mais elementares, como a dimensão do uso (*utilitas*) ou do uso e do gozo.

Muito embora a prática da Corte Europeia de Direitos Humanos tenha convergido para uma aplicação do Protocolo quase indiferente a tais distinções, portanto, mais alinhada à literalidade da Declaração da ONU, conforme demonstra a extensa pesquisa de precedentes realizada pelo professor Laurent Serment,⁶ a divulgação dos documentos nos quais foram registradas as discussões preparatórias à definição da redação final do Primeiro Protocolo da Convenção são bastante reveladoras sobre a intencionalidade que motivou a diferenciada redação do art. 1º do Protocolo Europeu em exame.

3 TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Aquele dossiê com os registros dos debates ocorridos no percurso para a definição da redação dos textos oficiais da Convenção e de sua primeira emenda fora classificado como confidencial por muitos anos antes da sua publicação, em oito volumes, entre 1975 e 1985, sob o título *Travaux préparatoires* (“trabalhos preparatórios”, em tradução livre),⁷ e agora pode ser livremente consultado, inclusive pela internet.⁸

Segundo consta em *Travaux...*, a primeira sessão da Assembléia Consultiva do Conselho da Europa, ocorrida entre agosto e setembro de 1949, foi instruída com um relatório produzido pelo Comitê de Assuntos Jurídicos e Administrativos (*Committee on Legal and Administrative Questions*), órgão que funcionava como uma espécie de “consultoria jurídica” para a Assembléia.

Um dos componentes daquele Comitê, identificado como M. A. Philip, representante da França, problematizou o tema da propriedade a partir da identificação de um recorte mais restrito dentro do universo

6 The European Convention on Human Rights and property rights. Human Rights Files, no 11. Strassbourg, Council of Europe Publishing, 1998. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-11\(1998\).pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-11(1998).pdf)>. Acesso em: 27 set. 2016.

7 Vide em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Library_Collection_TravPrep_Official_ENG.pdf>. Acesso em: 01 out. 2016.

8 Os arquivos estão disponibilizados por artigo da Convenção (http://www.echr.coe.int/Documents/Library_TravPrep_Table_ENG.pdf, acessado em 03.10.2016), sendo que os registros relacionados ao art. 1 do primeiro Protocolo estão disponíveis em: <[http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-P1-1-CDH\(76\)36-EN1190643.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-P1-1-CDH(76)36-EN1190643.pdf)>. Acesso em: 01out. 2016. Todas as referências subsequentes serão feitas às páginas deste último documento eletrônico.

proprietário, a dimensão específica do uso pessoal (“*The right to own property for the owner’s personal use*”),⁹ diferenciando-a, assim, da dimensão econômica da propriedade, conforme em seguida evidenciou Ungood-Thomas, representante do Reino Unido.¹⁰

O mencionado representante francês, na sequência, adjetivou o direito de propriedade (*right to own property*) como um direito *derivado*, ou seja, que tem como principal relevo a garantia de satisfação de direitos ou garantias mais elementares, tidos como *primários*. Nas palavras dele (grifado): “[...] there seems to be a confusion between freedoms and fundamental rights on the one hand and on the other what I would call *derived rights*, which are the means of achieving freedoms and fundamental rights.”¹¹

Outro representante do Reino Unido, identificado em *Travaux...* como “Mr. Nally”, acrescentou (grifado): “I want to confine my remarks to the point about property. *It all depends what sort of property is meant and what is done about it.*”¹²

A calorosa discussão se estendeu consideravelmente, com a participação de outros atores e vários desenvolvimentos que recomendamos a conferência. Todavia, para os propósitos da presente abordagem podemos indicar duas questões importantes que foram referidas nas falas acima replicadas, direta ou indiretamente, e que, a certo ponto, guardam uma conexão entre si: (a) referências a outras perspectivas de apropriação do complexo de situações reais que foram artificialmente homogeneizadas pela abstração simplificadora promovida pelo conceito moderno de propriedade e (b) a diferenciação entre o *valor de uso* e o *valor de troca*, ou valor de mercado, e seus diferentes graus de conexão com as satisfação das necessidades humanas elementares, ou seja, aquelas sem as quais a dignidade humana é posta em risco.

4 VALOR DE USO E VALOR DE TROCA

Apesar de ter sido trabalhada com pretensões científicas por economistas e filósofos dos séculos XVIII e XIX, como Adam Smith, David Ricardo e Karl Marx, a diferenciação entre valor de uso e valor de troca é atribuída originalmente a Aristóteles.

9 Travaux... p. 5.

10 Travaux... p. 12.

11 Tradução livre: “[...] parece haver uma confusão entre liberdades e direitos fundamentais, de um lado, e de outro o que poderíamos chamar de direitos derivados, os quais são meios para se alcançar liberdades e direitos fundamentais”.

12 Tradução livre: “Eu gostaria de restringir meus comentários ao tópico que versa sobre a propriedade. Ele depende totalmente do tipo de propriedade que é referida e do modo com que é exercida.”

Para uma melhor visualização, reproduzimos abaixo o trecho do Livro I da *Política* onde o filósofo grego abordou o tema logo após ter discorrido sobre o caráter instrumental da riqueza:

[...] cada artigo ou propriedade tem duplo uso; ambas as utilizações são da coisa mesma, embora não similares; porque um é o próprio uso do artigo em questão, e o outro não. Um sapato, por exemplo, pode ser usado no pé e como objeto de troca. Ambas as utilizações ligam-se ao sapato; pois até mesmo aquele que o dá a alguém que dele precisa, e recebe dinheiro ou comida em troca, faz uso do sapato; mas não se trata do uso peculiar, uma vez que o sapato não é expressamente feito com o propósito da troca. O mesmo acontece com outros objetos da propriedade [...].¹³

Daqui destacamos que Aristóteles relaciona o valor de uso ao uso próprio, ou peculiar, e, por exclusão, o valor de troca como uso impróprio, ou não peculiar. Um é o valor autêntico ou originário; o outro, é valor derivado.

Apesar de ser comum a referência de que as ponderações de Aristóteles a respeito do assunto serem seminais por sua abordagem sob contornos filosóficos, não podemos ignorar que esta era uma noção intuitivamente percebida desde muito antes e desde outros contextos.

Referimo-nos, por exemplo, à tradição judaica registrada na *Torah*.¹⁴ Consta naquelas escrituras sagradas o reflexo prático de uma distinção semelhante, em que o valor de uso era continente.

No capítulo 25 do livro Levítico consta a descrição do Ano de Jubileu, que se dava a cada 50 anos, ou seja, ocorria após sete anos sabáticos.¹⁵ Naquela ocasião, todas as terras alienadas retornavam aos seus possuidores originais. Desta forma, a descendência de uma família não ficaria destituída do meio de satisfação de suas necessidades (terra), e o valor de mercado (de troca) em uma negociação de terras seria sempre limitado pela perspectiva de utilização pelos anos que faltavam para a chegada do Jubileu. Assim, por exemplo, se alguém alienava suas terras no quadragésimo ano do ciclo, o valor de mercado no negócio acabava sendo limitado a uma quantia proporcional ao uso pelo período de nove anos (o período que faltava até se chegar ao novo Ano de Jubileu).

Enfim, há uma relação do valor de uso com a utilidade, e do valor de mercado com o poder de dispor. E o tipo de utilidade pode representar

13 Coleção "Os Pensadores". São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 157.

14 Corresponde aos cinco primeiros livros da Bíblia, o Pentateuco.

15 *Bíblia de Estudo de Genebra*. São Paulo e Barueri: Cultura Cristã e Sociedade Bíblica do Brasil, 1999. p. 155-156.

diferentes graus de aproximação com as necessidades elementares das pessoas e, portanto, com sua dignidade, recomendando diferentes prioridades de proteção: quanto mais essencial, mais prioritária.

5 PROPRIEDADE MODERNA, ABSTRAÇÃO E IMPROPRIEDADES

Conforme o professor Paolo Grossi trabalhou extensamente em sua obra,¹⁶ a ordem jurídica medieval contemplava um complexo de *situações reais* que eram orgânicas em relação às estruturas sociais e que se reproduziam sob o signo da *efetividade*: a aparência, o exercício e o gozo eram de essencial relevância. Contudo, o direito da modernidade, principalmente a partir do século XIX, fruto de uma renovação da consciência social (mentalidade) gestada nos séculos anteriores, passou a se organizar sob o signo da *validade*: a correspondência com modelos e tipos idealizados (arquétipos), remetendo assim a um expurgo das particularidades pelo processo de abstração.

Com isso, uma diversidade de situações reais passaram à condição de irrelevância jurídica. Apenas o que era *válido* dentro de um sistema de direitos reais que gravitava em torno da propriedade é que alcançava a condição de existência dentro do mundo do direito.

O direito de propriedade passou então a representar a conjunção máxima de poderes sobre as coisas (usar, gozar, reivindicar e dispor), dentro de uma perspectiva de simplicidade e abstração.

Enquanto que a Declaração Universal da ONU replicava esta nova mentalidade, a Convenção Européia recebeu, na literalidade do art. 1º do Protocolo, marcas derivadas de uma discussão questionadora daquele modelo simplificador abstrato que, por exemplo, seria capaz de equiparar, em uma mesma categoria qualitativa, a propriedade de uma casa sem a qual a família do titular não teria o abrigo da moradia e a propriedade do, digamos, milésimo caminhão de uma grande companhia transportadora. Ou, ainda usando as mesmas coisas deste exemplo, seria capaz de desqualificar uma diversa relação de pertencimento da família com a casa, por não ser *válida* diante do modelo formal de propriedade, priorizando qualitativamente a situação do milésimo caminhão da transportadora, apenas por esta última situação corresponder com perfeição formal ao modelo proprietário.

16 A leitura aqui aproveitada foi extraída do conjunto de dois livros já traduzidos para o português: *História da Propriedade e Outros Ensaios*, Trad. de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, e *A Ordem Jurídica Medieval*, Trad. de Denise Rossato Agostinetti, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

6 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EXPROPRIANTE E SEUS DESAFIOS

O desenvolvimento até aqui proposto, mesmo de forma sintética, prepara para uma melhor compreensão dos atuais desafios da Administração Pública quando sua atuação possui reflexos expropriantes — e das possíveis contribuições que a advocacia pública poderá fornecer neste campo.

Referimo-nos a situações que vão desde desapropriações para obras de infraestrutura, como duplicações de estradas e barragens de usinas hidroelétricas, até desapropriações para regularização de territórios quilombolas e à mera desintrusão de terras indígenas.

No que diz respeito à desapropriação em si, a lei geral continua sendo o antigo Decreto-lei nº 3.365, de 1941, que em seu art. 16 inclui no polo passivo apenas o proprietário do bem, ou seja, aquele que tem o poder de disposição do bem na forma do trânsito jurídico oficial, capaz, em tese, de amealhar o máximo valor de troca na alienação. Tal dispositivo, aliás, é totalmente coerente com o sistema jurídico moderno do qual é uma expressão.

Na racionalidade do normativo, o titular do direito real de propriedade recebe a proeminência, sendo que os demais titulares de direitos relacionados à coisa expropriada exercem suas eventuais pretensões derivadas em face do proprietário expropriado e da indenização que lhe for atribuída. Conforme diz o art. 31, “ficam subrogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado” - portanto, como se as demais situações reais não proprietárias, quaisquer que sejam, não fossem problema do expropriante, por mais diretamente afetados que fossem pela intervenção fundiária do Poder Público.

Ocorre que, em muitos casos, tais situações tratadas marginalmente concentram, em sua relação com a coisa expropriada, um valor de uso mais intenso do que aquele existente na própria relação proprietária, e — aqui o ponto mais sensível — um valor de uso mais conectado com o atendimento de necessidades pessoais cuja satisfação é inerente à dignidade humana.

Em busca de uma equalização espontânea de situações não proprietárias, o Superior Tribunal de Justiça chegou a ensaiar alguns precedentes isolados nos quais passava a condenar o expropriante a pagar diretamente ao possuidor não proprietário, do que é exemplo o Recurso Especial 200501240450 (Luiz Fux, STJ - Primeira Turma, DJ 31.05.2007, p. 343), uma indenização correspondente a 60% do valor da propriedade.

Contudo, tal solução continha em si dois problemas básicos.

Primeiro, foi estender à posse o mesmo grau de abstração e simplicidade do direito de propriedade moderno, como se a posse fosse propriedade, apenas em menor intensidade. Ora, uma qualificação de

tal posse, estaria equiparada por exemplo a posse de uma família sobre a casa que construiu em área de titularidade incerta e a posse de um latifundiário sobre seu, digamos, nonagésimo latifúndio, constituído a partir da grilagem de títulos — justamente por isso, sem poder apresentar um vínculo proprietário válido —, como se fossem situações análogas, quando em verdade representam realidades substancialmente diversas a partir dos princípios e valores constitucionais.

Segundo, ao basear o quantitativo da indenização sobre uma porcentagem do valor da propriedade, desconsidera a falta de uniformidade do trânsito jurídico da posse, uma vez que esta não conta com um sistema registral que dê segurança e fluidez à um poder de disposição que, em certos casos, sequer conseguiria se manifestar concretamente. Portanto, o “valor de mercado” (de troca) atribuído é totalmente arbitrário, sem parâmetro seguro. Além disso, uma referência pelo valor da propriedade poderá resultar em sérias distorções por se manter alheia ao valor de uso.

Usaremos mais um exemplo para tornar esta última percepção mais plausível. Imaginemos uma família que construiu sua casa precária em fundo alheio. Se tal família for desalojada pelo Poder Público de uma região muito desvalorizada, será destituída de algo que lhe representa um precioso valor de uso, uma vez que lhe serve de moradia, contudo, será indenizada por fração de um (baixo) valor de mercado, que sequer será capaz de lhe proporcionar sua necessidade de moradia em outro lugar, uma vez que o valor de troca da propriedade na região seria muito reduzido. Agora, suponhamos o mesmo perfil de família pobre, com sua casa precária em fundo alheio, mas com a diferença que este agora está localizado em região altamente valorizada. Nessas condições, uma indenização baseada em 60% do valor da propriedade poderia lhe render milhões, com um resultado que representaria evidente enriquecimento sem causa, enquanto que uma quantia bem mais módica seria capaz de lhe restaurar a moradia em condições decentes, talvez até bem melhores que as originais, em um empreendimento de habitação popular, por exemplo.

Diante de tamanha distorção potencial de resultados, entendemos que o conjunto de iniciativas previsto na Medida Provisória nº 700, de 2015, que alterou a lei geral (o citado DL nº 3.365, de 1941), mostrou-se muito mais adequado, pois baseado no valor de uso, *conexo* com situações de utilidade que se prestavam a garantir direitos fundamentais, como a moradia, por exemplo.

Aquela Medida Provisória passou a prever uma série de “medidas compensatórias” (expressão utilizada para simbolizar uma diferença substancial em relação à indenização ordinária) para situações não proprietárias que se enquadrassem na descrição do art. 4º-A (grifado):

Art. 4º-A. Quando o imóvel a ser desapropriado estiver ocupado coletivamente por assentamentos sujeitos a regularização fundiária de interesse social, nos termos do inciso VII do *caput* do art. 47 da Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, o ente expropriante deverá prever, no planejamento da ação de desapropriação, *medidas compensatórias*.

[...]

§ 3º Poderá ser equiparada à família ou à pessoa de baixa renda aquela não proprietária que, por sua situação fática específica, apresente condição de vulnerabilidade, conforme definido pelo expropriante.

E no § 2º prevê a indicação das *medidas compensatórias*:

§ 2º As *medidas compensatórias* a que se refere o *caput* incluem a *realocação de famílias em outra unidade habitacional*, a *indenização de benfeitorias* ou a *compensação financeira suficiente para assegurar o restabelecimento da família em outro local*, exigindo-se, para este fim, o prévio cadastramento dos ocupantes.

É certo que a iniciativa ainda foi restrita, pois não abrangeu situações análogas no meio não urbano, ou ocupações não coletivas, mas teve o mérito de apresentar outro modelo no âmbito legislativo.

Entretanto, a MP caducou por não ter sido tempestivamente apreciada pelo Poder Legislativo, perdendo sua eficácia.

Nesse contexto, entendemos que a própria Administração Pública pode (e deve) construir soluções semelhantes de compensação *in natura* como garantia de não interrupção do exercício de direitos fundamentais (p. ex., moradia e trabalho) de pessoas não proprietárias em situação de vulnerabilidade social e econômica,¹⁷ quando aquele tipo de externalidade negativa é consequência previsível de suas intervenções fundiárias.¹⁸

A motivação deste tipo de conclusão vem de alguns pressupostos.

Primeiro, da percepção da Constituição como centro do sistema jurídico, dotado de força normativa.¹⁹ *Segundo*, da necessidade de

17 Aqui, a compreensão de um mínimo existencial deve acompanhar a dinâmica do desenvolvimento econômico do contexto social.

18 Algumas iniciativas tímidas já existem, como por exemplo nas normas internas do Incra que prevêem o reassentamento de famílias desintrusadas de terras indígenas.

19 Vide, a este respeito, o artigo do hoje Ministro do STF Luís Roberto Barroso denominado Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2016.

aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º, CRFB), que autoriza, em campos não sujeitos à reserva legal, a atuação autônoma da Administração, sem mediação legislativa.²⁰ Contudo, em nosso ver, isso apenas é possível com uma normatividade mínima (normalização), de modo a garantir uma resposta uniforme aos Administrados que se encontrem na mesma situação.

7 CONCLUSÃO

Travaux préparatoires, mais que uma fonte de interpretação histórica para a Convenção de direitos humanos do, por vezes, longínquo continente Europeu, pode servir como provocação e fonte de inspiração para o desenvolvimento de soluções “alternativas” para os desafios com os quais se depara a Administração Pública hoje, no Brasil, em suas múltiplas intervenções fundiárias com reflexos expropriatórios em sentido amplo.

Isso porque em *Travaux...* encontramos discursos que apresentam uma permeabilidade a outras percepções não contempladas pela mentalidade definidora do ordenamento normativo antecedente à atual Constituição brasileira, o que faz ainda mais sentido diante da percepção de Paolo Grossi segundo o qual

“o direito, mais do que construção formal, é mentalidade”,²¹ e que, como já disse Boaventura de Sousa Santos, estamos em uma fase transicional na qual “enfrentamos problemas modernos para os quais não há soluções modernas”.²²

A síntese do desafio posto é de reconstruir padrões de atuação administrativa que, em sua efetividade, garantam e reafirmem o *status dignitatis* dos “administrados” ao invés de apenas concentrar potência à vontade de uns poucos às custas daqueles que estão desprovidos de voz e vez na máquina estatal, em suas múltiplas expressões.

20 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 36, 37, 70, 71, 132 e 133.

21 *História da Propriedade e Outros Ensaios*, Trad. de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 22.

22 Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Vol. 1, A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 5a ed. São Paulo, Cortez, 2005, p. 29.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. Política. *Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão*. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2016.

Bíblia de Estudo de Genebra. São Paulo e Barueri, Cultura Cristã e Sociedade Bíblica do Brasil, 1999.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Council of Europe. *European Court of Human Rights*. Preparatory Work on Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights (Travaux Préparatoires). Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-P1-1-CDH\(76\)36-EN1190643.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-P1-1-CDH(76)36-EN1190643.pdf)>. Acesso em: 01 out. 2016.

Oxford Advanced Learner’s Dictionary, 8th edition (app edition, version 3.5.42).

ROSSI, Paolo. *A Ordem Jurídica Medieval*. Trad. de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

ROSSI, Paolo. *História da Propriedade e Outros Ensaios*. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. v. 1, A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SERMENT, Laurent. *The European Convention on Human Rights and property rights*. Human Rights Files, n. 11. Strassbourg, Council of Europe Publishing, 1998. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-11\(1998\).pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-11(1998).pdf)>. Acesso em: 27 set. 2016.

A CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS: A CELERIDADE DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E O MELHOR INTERESSE DO MENOR

*THE HAGUE CONVENTION ON THE CIVIL ASPECTS OF
INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION: THE CELERITY OF
INTERNATIONAL COOPERATION AND THE CHILD'S BEST
INTEREST*

*Luciana Tavares de Menezes
Advogada da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aspectos gerais da cooperação internacional no combate à subtração internacional de crianças; 2 A implementação da Convenção da Haia de 1980 na União Européia; 3 O procedimento de repatriação de menores no ordenamento jurídico brasileiro; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças tem por escopo a pronta repatriação do menor ao seu país de residência habitual, mas também estabelece situações excepcionais que legitimam a recusa pelo país refugiado. O cumprimento efetivo desse compromisso internacional reclama a celeridade do procedimento interno, de forma compatibilizada com a avaliação do melhor interesse da criança. A União Européia possui mecanismo supranacional próprio para implementação da Convenção entre os seus Estados-membros (Regulamento de Bruxelas II), estando os conflitos sujeitos a julgamento do Tribunal de Justiça da União Européia (Luxemburgo) e da Corte Européia de Direitos Humanos (Estrasburgo). No Brasil, a cooperação para a busca e restituição do menor submete-se à legislação comum em vigor, estando em andamento um anteprojeto de lei que visa a estabelecer um procedimento específico para implementação da Convenção, no âmbito administrativo e judicial, o que se afigura necessário para assegurar a adimplência do Estado Brasileiro no cenário internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Convenção da Haia de 1980. Sequestro Internacional de menores. Cooperação internacional. Celeridade. Melhor interesse do menor.

ABSTRACT: The Hague Convention on The Civil Aspects of the International Child Abduction's main objective is the immediate return of the abducted children to their home country, but it also establishes exceptional situations, that legitimate the denial by the abduction's country. The effective uphold of this international agreement claims celerity in the internal procedures, along with the child's best evaluation. The European Union has its own supranational mechanism to implement the Convention between the members states (Brussels II Regulation), where the conflict are submitted to trial at the Court of Justice of the European Union (Luxembourg) and the European Court of Human Rights (Strasbourg). In Brazil, the cooperation to pursue and return the child is submitted to current common legislation, and there is a bill that seeks to establish specific procedures to implement the agreement, judicially and administratively, which is essential to assure the Brazilian State's compliance within the international scene.

KEYWORDS: The Hague Convention of 1980. International child abduction. International cooperation. Celerity. The child's best interest.

INTRODUÇÃO

Como reflexo da globalização sobre as relações interpessoais, tornaram-se mais comuns as relações afetivas entre cidadãos de diferentes nacionalidades e, também, os casos em que um dos genitores altera ilicitamente, à revelia do outro genitor, o domicílio do filho menor para outro país, gerando um conflito internacional. Mesmo em relações entre cidadãos da mesma nacionalidade, há casos em que um dos genitores se desloca com o menor para país diverso com essa dinâmica ilícita denominada sequestro ou subtração internacional de crianças.

No intuito de solucionar de forma mais célere e eficaz esse problema cada vez mais recorrente, em 1980 foi celebrada a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro internacional de Crianças, na qual os Estados membros assumiram um compromisso de cooperação internacional desde a localização até a restituição de menores de 16 anos, envolvendo a atuação de autoridades administrativa e judicial com o objetivo precípua de assegurar o retorno imediato em caso de violação do direito de guarda, ou assegurar o direito de visita.

O presente estudo visa a apresentar um breve panorama sobre a compatibilização da celeridade do procedimento de repatriamento com a avaliação do melhor interesse da criança, fazendo-se um comparativo entre a implementação da Convenção da Haia de 1980 na União Européia e no Brasil.

1 ASPECTOS GERAIS DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NO COMBATE À SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

Alinhado à proteção especial da criança e do adolescente assumida como direito fundamental nos planos internacional¹ e nacional², o Estado Brasileiro aderiu à Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças em 1999, tendo entrado em vigor no nosso ordenamento legal com a promulgação do Decreto nº 3.413/2000³. Na sequência, o Decreto nº 3.951/2001 designou como Autoridade Central a Secretaria de Direitos Humanos, órgão vinculado ao Ministério da Justiça.

1 Convenção da ONU sobre Direitos da Criança de 1989, promulgada pelo Decreto nº 99.710/1990.

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

3 O Decreto nº 3.413/2000 é objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Partido Democratas, estando pendente de julgamento pelo STF (ADI 4245/DF).

Segundo dados estatísticos levantados pela Secretaria Especial de Direitos Humanos, somente no ano de 2015 tramitaram na Autoridade Central um total de 376 pedidos de cooperação jurídica internacional, dos quais 27,8% foram pedidos feitos pelo Brasil a outro país e 72,2% foram pedidos recebidos pelo Brasil⁴.

A necessidade de atuação célere está imprimida de forma inequívoca em diversos dispositivos da Convenção, precisamente ao estabelecer que a Autoridade Central deve transmitir o pedido de retorno da criança “diretamente e sem demora” (art. 9); que as autoridades administrativas e judiciais deverão adotar “medidas de urgência com vistas ao retorno da criança”, conferindo-lhes o prazo de 6 semanas para decisão, após o qual poderá ser solicitada declaração sobre as razões da demora (art. 11); que até 1 ano da remoção ou retenção ilícita da criança, a autoridade deverá determinar o retorno imediato, não cabendo avaliar a integração da criança ao novo local (art. 12); e que as autoridades poderão tomar ciência diretamente do direito e das decisões do Estado solicitante, sem procedimentos para comprovação ou validação específica (art. 14).

Nesse último aspecto, convém lembrar que, via de regra, a efetivação da cooperação internacional submete-se à homologação da sentença estrangeira ou concessão de *exequatur* à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, “i”, da Constituição da República); no caso de sequestro internacional de crianças, a Convenção estabelece um procedimento único e menos burocrático, dispondo expressamente que, em seu contexto, “nenhuma legalização ou formalidade serão exigíveis” (art. 23).

Na verdade, a norma contida no art. 14 evidencia que a cooperação internacional nos casos de sequestro de criança não se resume à aplicação pura e simples de uma decisão estrangeira em território nacional, o que exigiria uma validação formal para seu cumprimento, pois caberá às autoridades do país solicitado conhecer e avaliar, ainda que com brevidade, a legitimidade do pleito de restituição à luz da Convenção.

Se a Autoridade Administrativa não lograr êxito no retorno voluntário, a busca e apreensão deve ser pleiteada judicialmente pela Advocacia-Geral da União, a quem compete a representação da União⁵, face interna do Estado Brasileiro. Conquanto caiba ao país solicitado apenas colaborar com o pedido do país de residência habitual da criança, sem ingerir no direito e na decisão estrangeira relacionados à guarda, há margem para avaliação e ponderação a ser feita que afastam a automaticidade da medida, precisamente nos artigos 12, 13 e 20.

4 www.sdh.gov.br.

5 Artigo 131 da Constituição da República.

O art. 12 da Convenção prevê que, quando a transferência ou retenção ilícita da criança for inferior a 1 ano, a autoridade deverá ordenar o seu retorno imediato; porém, ultrapassado esse prazo, admite que o retorno não seja ordenado se “for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio”.

O art. 13, por sua vez, estabelece que o Estado requerido pode recusar o pedido de retorno da criança se: a) ficar provado que não houve violação do direito de guarda no momento da remoção/retenção; b) ficar provado que há risco grave de ordem física ou psíquica, ou de outra situação intolerável; e c) a criança já tiver atingido idade e grau de maturidade que tornem apropriado considerar a sua oposição em retornar.

Da análise desses dispositivos depreende-se que, no prazo inferior a 1 ano da remoção ou retenção ilícita da criança, a restituição deve ser imediata, e somente após tal período pode ser considerada a adaptação da criança ao novo local; independentemente do prazo, a restituição pode ser recusada se ficar configurada alguma das situações excepcionais descritas no art. 13.

Enfim, o art. 20 prevê a possibilidade de recusa do pedido de restituição “quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”.

Deve-se ter em mente que o escopo da Convenção é o bem estar da criança, que se presume maculado com a sua retirada de sua residência habitual, do convívio com um dos genitores (*left behind parent*) e demais familiares, da sua rotina, cultura e costumes. Tal presunção, contudo, pode ser afastada quando não houver violação do direito de guarda ou em situações excepcionais que indiquem que, a despeito da ilicitude, a ordem de retorno não corresponde ao melhor interesse da criança.

A regra, portanto, é a determinação célere do retorno, sendo excepcionais as situações que afastam tal medida, sempre fundadas no princípio do interesse superior da criança.

2 A IMPLEMENTAÇÃO DA CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980 PELA UNIÃO EUROPEIA

Na seara do direito comunitário, a União Europeia possui mecanismo próprio para efetivar as diretrizes da Convenção de Haia, precisamente o Regulamento nº 2201/2003 do Conselho da União Europeia, conhecido

como Bruxelas II, que trata do cumprimento de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental.

No que toca especificamente ao sequestro internacional de crianças, o referido regulamento, ao tempo em que reafirma a celeridade do processo de restituição, mitiga a hipótese de recusa prevista no art. 13, “b”, da Convenção⁶ e assegura ao Estado-membro solicitante a decisão final sobre eventual recusa do Estado-membro solicitado⁷, com força executória – de modo que, ao fim e ao cabo, entre os integrantes da União Européia, o pedido de repatriamento feito e ratificado não poderá ser recusado pelo país refugiado.

A par do regulamento, a União Européia também possui mecanismo próprio supranacional para a solução de litígios entre Estados-membros, tendo em vista que os conflitos relacionados à cooperação jurídica internacional nos casos de sequestro internacional de menores podem ser submetidas ao Tribunal de Justiça da União Européia, em Luxemburgo, o qual já apreciou diversos casos com base no Regulamento de Bruxelas II⁸.

Ademais, considerando o viés humanitário dos interesses parentais e da criança, há inúmeros casos julgados pela Corte Européia de Direitos Humanos (Estrasburgo) relacionados a sequestro internacional de menores, sobretudo sobre o prisma do artigo 8º da Convenção Européia dos Direitos do Homem, que dispõe sobre o direito ao respeito pela vida privada e familiar⁹. Mas além de entrar no mérito dos conflitos, a referida Corte tem decisões responsabilizando países por ineficiência ou demora nos processos de repatriamento de menores, hipóteses em que reputa violado o art. 6º da Convenção Européia de Direitos Humanos, que trata do direito

6 Art. 4º do Regulamento: O Tribunal não pode recusar o regresso da criança ao abrigo da alínea b) do art. 13 da Convenção da Haia de 1980, se se provar que foram tomadas medidas adequadas para garantir a sua proteção após o regresso.

7 Art. 8º do Regulamento: Não obstante uma decisão de retenção, proferida ao abrigo do artigo 13 da Convenção da Haia de 1980, uma decisão posterior que exija o regresso da criança, proferida por um tribunal competente ao abrigo do presente regulamento, tem força executória nos termos da seção 4 do capítulo III, a fim de garantir o regresso da criança.

8 Informações disponíveis no sítio eletrónico www.curia.europa.eu e www.incadat.com.

9 Artigo 8º da CEDH

Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

a um processo equitativo, público e com duração razoável¹⁰, bem como o art. 13, que assegura o direito a um recurso efetivo¹¹.

Nesse aspecto da ausência ou demora da prestação judicial no País do refúgio, confirmam-se, por exemplo, os casos *Hoholm v. Slovakia* (Application n. 35632/13)¹², *Blaga v. Romania* (Application n. 54443/10)¹³, *Özmen c. Turquie* (Application n. 28110/08)¹⁴ e *Anghel v. Italy* (Application No. 5968/09)¹⁵, dentre tantos outros que podem ser examinados no sítio eletrônico oficial da Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado¹⁶.

Nesse contexto, tem-se que os mecanismos comunitários de regulamentação e de jurisdição proporcionam um ambiente de mais confiança e uniformização no âmbito da União Européia, o que torna mais rápida e efetiva a implementação da Convenção da Haia entre seus Estados-membros.

3 O PROCEDIMENTO DE REPATRIAÇÃO DE MENORES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

10 Artigo 6º da CEDH

Direito a um processo equitativo

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

[...]

11 Artigo 13 da CEDH

(Direito a um recurso efetivo)

Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que atuem no exercício das suas funções oficiais.

12 Ruling: The ECtHR held unanimously that the Slovak Republic had breached Article 6(1) of the ECHR taken alone and in conjunction with Article 13, due to the excessive length of the proceedings and the lack of an effective remedy.

13 Ruling: By a majority ruling (5:2) the ECtHR found there to have been a violation of Art. 8 of the ECHR and, in a unanimous ruling, that there had been a violation of Art. 6 of the ECHR.

14 Ruling: Unanimous: breach of Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR): the father had waited two years for the judgment ordering the child's return, and the mother's obstructive behaviour had been comforted by a judgment awarding custody to her even though a judgment ordering return had also been delivered.

15 Ruling: The Court held unanimously that there had been a breach of Article 6 of the ECHR, no violation of the substantive aspect of Article 8 of the ECHR and that it was not necessary to examine the procedural aspect of Article 8.

16 www.incatat.com

Não há legislação específica no ordenamento jurídico brasileiro para levar a efeito as normas da Convenção da Haia de 1980, de modo que, não sendo solucionada administrativamente, a restituição da criança deve ser buscada em juízo pela Advocacia-Geral da União, face interna do Estado Brasileiro, com base na legislação processual comum em vigor.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.239.777/PE, firmou orientação no sentido de que a prova pericial é necessária para a avaliação criteriosa de configuração de situação excepcional que enseje a permanência do menor no Brasil. Confira-se a ementa do acórdão:

RECURSOS ESPECIAIS. DIREITO INTERNACIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DECRETO N. 3.413, DE 14.4.2000. CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. MENOR NASCIDO NA ALEMANHA EM 11.3.2004. VISITA AO BRASIL. RECUSA DA GENITORA EM VOLTAR PARA A ALEMANHA. AÇÃO DE BUSCA, APREENSÃO E RESTITUIÇÃO PROPOSTA PELA UNIÃO. NECESSIDADE DA PROVA PERICIAL. AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA DO MENOR. VIOLAÇÃO DO ART. 330, I, DO CPC CONFIGURADA. RECURSOS PROVIDOS EM PARTE.

- No âmbito internacional, as regras e os costumes devem ser aplicados e interpretados diferentemente, com mais racionalidade e menos apego aos costumes e às normas nacionais, de forma a alcançar um ponto de equilíbrio, suportável para todos os envolvidos nessas novas relações e indispensável para disciplinar os efeitos delas.

- A Convenção de Haia, não obstante apresente reprimenda rigorosa ao sequestro internacional de menores com determinação expressa de retorno deste ao país de origem, garante o bem estar e a integridade física e emocional da criança, o que deve ser avaliado de forma criteriosa, fazendo-se necessária a prova pericial psicológica.

Recursos especiais parcialmente providos.

(REsp 1239777/PE, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 19/04/2012)

No referido julgamento, ficou consignado o entendimento de que, em que pese a contundente reprimenda à ilicitude do sequestro internacional, a Convenção tutela o melhor interesse da criança, valor que deve ser priorizado e avaliado mediante realização de perícia psicológica. Confira-se excerto do voto-condutor do acórdão do STJ:

A Convenção da Haia, ora em debate, não agride o bom senso do homem comum ou os nossos costumes e regras internas.

A norma internacional, não obstante contundente na reprimenda ao sequestro e na determinação de retorno imediato do menor ilicitamente transferido, revela, de forma equilibrada, grande preocupação com o bem-estar deste, assegurando-lhe, sobretudo, o equilíbrio emocional e a integridade física.

Nesse contexto, hão de ser sopesados, sem dúvida em árdua tarefa, os valores envolvidos nessas delicadas situações trazidas ao crivo do Judiciário. De um lado, o acordo internacional de que o Brasil é signatário que, de forma escoreita, visa coibir as transferências ilícitas para outros países e, de outro, o interesse do menor, cuja integridade deve ser preservada em todos os aspectos.

No caso concreto, após detida análise do feito e atento aos bens jurídicos que as partes buscam tutelar e aos princípios e normas que regem a matéria, concluo que é imprescindível a realização da perícia psicológica requerida pelos ora recorrentes, pois o interesse do menor sobreleva qualquer outro.

Consta dos autos uma única avaliação psicológica do menor, efetuada há mais de três anos, a partir de um único encontro entre a perita do Juízo e a criança. A conclusão dessa avaliação, de outra parte, não conduz à certeza de ausência de grave dano no retorno da criança à Alemanha.

Mesmo sem me aprofundar no exame do texto da perita, não vejo, de forma flagrante, que a criança estaria a salvo de danos físicos e psicológicos. Confirmam-se as seguintes passagens:

[...]

No meu entender, as constatações da perita não afastam peremptoriamente a possibilidade de graves danos físicos e psicológicos e indicam, nas suas entrelinhas, que a criança já estava integrada ao novo meio.

Nessas circunstâncias, entendo que o indeferimento, em nome da celeridade, da perícia requerida pela genitora do menor, além de se contrapor aos postulados do Código de Processo Civil, pode ensejar uma prestação jurisdicional equivocada, que, na verdade, afronta a própria Convenção da Haia e consolida situação gravíssima e, talvez, irreversível na vida do menor.

A perícia psicológica, na hipótese, é essencial ao deslinde da controvérsia, ainda que não se proceda, da forma como requerido, a uma ampla dilação probatória. Ademais, embora lamentável, não se pode deixar de considerar que já transcorreram mais de quatro anos do ajuizamento da ação, estando hoje o menor com oito anos de idade e, como é natural, muitas mudanças devem ter ocorrido.

Portanto, havendo oposição à restituição da criança com base nas regras de exceção, caberá prova pericial em prol do melhor interesse da criança, que é o valor primordial do pacto internacional em comento. Trata-se de perícia psicológica em torno de elementos como a integridade, o bem estar e a adaptação afetiva e sócio-cultural da criança, sendo certo que sua realização, embora necessária, mitiga a regra da celeridade e quicá obsta a restituição do menor ao país solicitante, quando a sua conclusão convence a autoridade judicial de que a sua permanência é a medida que melhor atende o interesse superior tutelado.

As regras de exceção são um tanto abertas e, em tese, podem dar margem a interpretações mais ou menos liberais, emotivas ou nacionalistas em prol do bem estar da criança, o que não se coaduna com o escopo da Convenção. Com efeito, partindo-se da premissa que o melhor interesse da criança está no restabelecimento da sua situação regular e do convívio com ambos os genitores com direito à guarda – cuja deliberação compete ao juiz da sua residência habitual anterior à ilicitude, e não ao país de refúgio –, a interpretação das exceções deve ser restritiva, de modo a legitimar a recusa apenas em circunstâncias sérias que efetivamente coloquem em risco a sua integridade física ou psicológica, ou que impliquem um incontornável problema de readaptação à residência da qual fora retirada ilicitamente, cabendo o ônus da prova à pessoa ou instituição que se opõe à restituição.

As perícias psicológicas realizadas nos processos desse jaez comumente constataam situações graves de abuso por um dos genitores e alienação parental que devem ser veementemente coibidas. A propósito, além da celeridade incutida na Convenção, a constatação de alienação parental é um fator de prioridade na tramitação processual no ordenamento jurídico brasileiro, conforme determinado no art. 4 da Lei nº 12.318/2010¹⁷.

Importa observar que, conquanto a integração da criança ao novo meio seja um potencial fundamento para a autoridade recusar a ordem de restituição (art. 12), não se pode admitir que tal integração decorra justamente da demora do trâmite do pedido no âmbito do país solicitado,

17 Art. 4º da Lei nº 12.318/2010: Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

ou seja, não se pode admitir um fato consumado pela própria lentidão processual. Além de descabida premiação ao genitor que promoveu o sequestro internacional, atentaria contra o compromisso internacional firmado pelo Estado Brasileiro, de devolver as crianças com a maior brevidade possível, deixar de fazê-lo porque a morosidade de seu sistema judiciário acarretou a adaptação ao novo meio.

A propósito, o STF já se pronunciou sobre a celeridade reclamada no processo administrativo e judicial no âmbito da cooperação internacional estabelecida na Convenção de Haia, oportunidade em que destacou a repercussão temerária da demora por parte do Estado Brasileiro. No julgamento da ADPF 172, a Ministra Ellen Grace asseverou:

A Convenção também recomenda que a tramitação judicial de tais pedidos se faça com extrema rapidez e em caráter de urgência, de modo a causar o menor prejuízo possível ao bem-estar da criança. O atraso ou a demora no cumprimento da Convenção por parte das autoridades administrativas e judiciais brasileiras tem causado uma repercussão negativa no âmbito dos compromissos assumidos pelo Estado Brasileiro, em razão do princípio da reciprocidade, que informa o cumprimento dos tratados internacionais.

Uma das maiores reclamações relacionadas ao Brasil – mas não só ao Brasil – está relacionada à demora na concessão da ordem judicial. Com todo o rito processual ordinário e a ampla investigação probatória sobre as circunstâncias que excepcionam a restituição, há processos que chegam a durar mais de 3 anos, o que contraria o escopo de solução célere. Esse cenário denota a importância de que a Autoridade Central, antes de encaminhar o pedido de cooperação para a esfera judicial, tente obter conciliação e devolução voluntária do menor ao país de sua residência habitual.

De acordo com a estatística fornecida pela Secretaria Especial de Direitos Humanos, no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2015, a Autoridade Central brasileira concluiu 109 pedidos de cooperação para repatriamento de menor provenientes do exterior (pedidos passivos), sendo que em 32% dos casos as partes chegaram a uma solução amistosa, enquanto apenas em 5% dos pedidos encerrados houve decisão judicial favorável ao retorno das crianças para o exterior.

No âmbito da administração judiciária, a Justiça Federal tem buscado concentrar as ações de busca e restituição relacionadas a sequestro internacional de crianças em varas especializadas, como medida de otimização e celeridade processual. Mas isso não é suficiente para assegurar a celeridade imposta no compromisso internacional assumido pelo Estado

Brasileiro, sendo necessária uma regulamentação que estabeleça um procedimento peculiar para a aplicação da Convenção no âmbito interno.

Em 2006, a então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Ellen Grace, criou um Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção da Haia de 1980. Em 2014, a Secretaria Especial de Direitos Humanos instituiu oficialmente a Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças¹⁸, formada por representantes de diversos órgãos que atuam nesse mister¹⁹, o qual, dentre outras medidas, atuou na elaboração de um anteprojeto de lei que dispõe sobre os procedimentos administrativos e judiciais para o compromisso internacional de repatriamento de menores assumido pelo Estado Brasileiro²⁰.

A minuta do anteprojeto de lei, aprovada pela Comissão Permanente em dezembro de 2015 e disponibilizada para consulta pública²¹, reafirma o princípio do melhor interesse da criança e a celeridade do procedimento como pilares da cooperação internacional em tela²², ao passo em que estabelece regulamentação específica para os procedimentos administrativo e judicial, com delimitação de competências, fixação de prazos e previsão de prioridade na tramitação, dentre outras particularidades.

18 A Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças foi criada por meio da Portaria nº 34, de 28 de janeiro de 2014 e tem como competência:

I - estudar e propor iniciativas de prevenção à subtração e retenção internacional de crianças e adolescentes; II - propor medidas de divulgação da Convenção sobre Subtração e Retenção Ilícita de Crianças e Adolescentes e da Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, bem como de capacitação de agentes públicos e operadores do direito envolvidos em sua aplicação; III - propor procedimentos administrativos conjuntos a serem adotados em casos em que houver alegação de ocorrência de violência doméstica contra a mulher, bem como contra criança e adolescente; IV - elaborar propostas de atos normativos com vistas ao aprimoramento da implementação da Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores e da Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças; V - fomentar estudos e pesquisas sobre a implementação da Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores e da Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças; e VI - elaborar seu regimento interno.

19 A Comissão é composta por representantes da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, do Ministério da Justiça, do Ministério das Relações Exteriores, da Advocacia Geral da União, da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, da Defensoria Pública da União e do Departamento de Polícia Federal. Os juízes brasileiros membros da Rede Internacional de Juízes da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão e o Conselho Nacional de Justiça serão convidados permanentes a integrar a Comissão. Além disso, poderão ser convidadas pessoas do setor público e privado, que atuem em atividades relacionadas à subtração internacional de crianças, quando entender necessário para o pleno alcance dos seus objetivos.

20 Além da aplicação da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças, ora em destaque, o Estado Brasileiro também aderiu à Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, promulgada pelo Decreto n. 1.212/1994.

21 Disponível em: <<http://www.participa.br>>

22 Art. 2º do anteprojeto de lei em andamento: O melhor interesse da criança é princípio fundamental dos procedimentos estabelecidos por esta lei, cabendo a sua observância em âmbito administrativo e judicial, primando pela celeridade.

4 CONCLUSÃO

Dessarte, ficou demonstrado que ao tempo em que reprime veementemente a retirada ilícita da criança de seu país habitual, a Convenção admite exceções à sua devolução, o que exige prudência e ponderação casuística entre o compromisso de repatriamento e o princípio do interesse superior do menor.

No Brasil, país caracterizado por ter uma população emotiva, há uma tendência de que o aspecto emocional seja fator de peso na decisão sobre o destino da criança, o que por muitas vezes demanda uma complexa dilação probatória e olvida a interpretação restritiva que deve ser conferida às situações que constituem exceção à regra da restituição.

Sem embargo da relevância e sensibilidade que os casos de sequestro internacional de crianças despertam, há que se ter em mente que as obrigações assumidas em tratados internacionais não devem ser resolvidas sob viés nacionalista e patriótico, tendo em vista que se trata de uma via de mão dupla marcada pela reciprocidade, havendo também inúmeros casos de menores brasileiros levados ilicitamente para outros países.

A recusa da restituição à margem das situações excepcionais previstas na Convenção e a mora desarrazoada na ordem de restituição podem implicar a responsabilização do Estado brasileiro no plano internacional por descumprimento das obrigações assumidas, fazendo-se necessária a evolução do ordenamento jurídico interno para estabelecer um procedimento específico mais célere e eficiente no tocante ao repatriamento dos menores.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: A Criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

Combate à Subtração Internacional de Crianças: A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Brasília: AGU/PGU, 2011.

Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças Comentada pela Comissão Permanente. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>>.

