

# A CONSTRUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE DIREITOS HUMANOS A PARTIR DO DIÁLOGO ENTRE JUÍZES DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS, REGIONAIS E NACIONAIS

Alice Rocha da Silva<sup>1</sup>

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne<sup>2</sup>

## Resumo

Nos últimos anos, tem-se verificado um adensamento normativo e jurisdicional do tratamento do tema de proteção dos direitos humanos em diversas camadas, que envolvem não só no contexto internacional como também regional e nacional. Na busca pela implementação e controle desse conjunto normativo cada vez mais diversificado, algumas cortes têm ampliado sua atuação e outros tribunais especializados têm surgido como a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). A atuação destas cortes especializadas em conjunto com a Corte Internacional de Justiça (CIJ) e com os tribunais nacionais na aplicação das regras de direitos humanos será nosso objeto de estudo, sem deixar de mencionar outras cortes e ramos do direito de modo pontual. A análise será feita a partir do panorama geral de adensamento de normatividade que será a base para tratarmos da construção jurisprudencial em uma perspectiva de tribunal x tribunal, tribunal x Estados e finalizar com o caso jurisprudencial brasileiro. Este trabalho buscará abordar os aspectos de ativismo e complementaridade entre as esferas de proteção dos direitos humanos, verificando os limites e possibilidades da atuação destes tribunais na construção de uma jurisprudência harmonizada em busca do objetivo final de proteção à pessoa.

---

<sup>1</sup> Professora da Graduação e Pós-graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e da Faculdade Processus. Doutora em Direito Internacional Econômico pela Aix-Marseille Université, França, (revalidado pela Universidade Federal do Ceará – UFC). Mestrado em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB. Graduação em Direito pelo UniCEUB e Graduação em Relações Internacionais e Ciência Política pela Universidade de Brasília-UnB. Editora da Revista de Direito Internacional e da Revista Brasileira de Políticas Públicas do UniCEUB.

<sup>2</sup> Professora da Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutorado em Direito Internacional do Meio Ambiente – Université de Paris V e Universidade de São Paulo (2008). Mestrado em Direito Internacional Público – Université de Paris V (2004). Graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (2001). Editora da Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC – Nomos.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Jurisprudência. Tribunais internacionais.

## **THE CONSTRUCTION OF CASE LAW ON HUMAN RIGHTS FROM DIALOGUE BETWEEN JUDGES OF INTERNATIONAL, REGIONAL AND NATIONAL COURTS**

### **Abstract**

In recent years, there has been an intensification of the legislative and judicial approach of the theme human rights protection in several layers, involving not only the international, but also the regional and national levels. In the quest for the implementation and control of that normative and increasingly diverse set, some courts have expanded their operations and other specialized courts have emerged, such as the European Court of Human Rights (ECHR) and the Inter-American Court of Human Rights (IACHR). The performance of these specialized courts in conjunction with the International Court of Justice (ICJ) and the national courts in applying the rules of human rights will be our object of study, which also comprises other courts and branches of law to be analyzed in a topical way. The analysis will be made from the perspective of normative intensification that is the basis for dealing with a jurisprudential construction within the perspective of tribunal x tribunal, tribunal x States and it will be finalized with the Brazilian jurisprudence case. This paper aims to discuss the aspects of activism and complementarity between the spheres of human rights protection, checking the limits and possibilities of the performance of these courts in the construction of a harmonized jurisprudence in pursuit of the ultimate goal of protecting the person.

**Keywords:** Human rights. Jurisprudence. International courts.

### **Introdução**

A ideia de defesa dos direitos de proteção à pessoa está inserida nos mais diversos ramos do direito, todavia um ramo específico para o tratamento de tal questão foi estabelecido,

sobretudo após o fim da Segunda Guerra Mundial. Isso se deu pela vontade dos Estados em buscar valores universais de proteção à pessoa que estariam diretamente associados ao processo de globalização ou mundialização, em que se defendem valores compartilhados por todos ou simplesmente impostos por grandes potências.

Do ponto de vista doutrinário e com base na perspectiva histórica de criação de normas de proteção à pessoa, podemos dividi-las em: direito humanitário, direitos humanos e direito dos refugiados. O direito humanitário foi inicialmente defendido pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha e trata da defesa dos direitos à pessoa em situação de conflito armado. Para alguns estaria dividido em “direito de Haia” relativo à condução das hostilidades e “direito de Genebra” que protege as pessoas que estão sob o domínio da parte adversa. (BUGNION, 2001, p. 901). Esta distinção tende a desaparecer, visto que desenvolveram relações tão próximas que fundaram gradualmente um único sistema complexo chamado direito humanitário. (CIJ, opinião consultiva, 1996, par. 75). Nesse sentido, interessa a opinião da Corte Internacional de Justiça (CIJ) apresentando o direito humanitário como uma *lex specialis* em relação ao direito internacional dos direitos humanos. (CIJ, opinião consultiva, 2004, par. 25).

Já os direitos humanos possuem um perfil mais amplo composto por um conjunto de princípios e normas fundadas no reconhecimento da dignidade inerente a todos os seres humanos e que visa assegurar o respeito universal e efetivo destes. (MARIE, 1993, p. 208). A partir de 1945, foi apoiado e desenvolvido pela Organização das Nações Unidas (ONU) e para alguns poderiam ser classificados em três gerações de acordo com uma perspectiva cronológica e material: direitos civis e políticos; direitos econômicos, sociais e culturais; e direitos de solidariedade. (ROUSSEAU, 1987, p. 135). Para alguns doutrinadores esta divisão em gerações não seria possível em função das conexões existentes entre eles, sendo mais apropriada a reflexão a partir de uma perspectiva de sistema. (MEYER-BISCH, 1999). E para completar temos o direito dos refugiados que defende os direitos de dignidade e integridade de grupos específicos, chamados refugiados, que, de modo amplo, se caracterizam pelo fato de estarem fora de seu Estado de nacionalidade e não quererem retornar devido a receio de perseguição por motivo de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas. (artigo 1º da Convenção relativa ao status de refugiados de 1951 com modificações em 1966 e 1969).

Essa subdivisão não é defendida de modo unânime pela doutrina e dentro do contexto de globalização e evolução da comunidade internacional, essas três subdivisões acabam se sobrepondo na busca pela concretização de tal proteção. Entretanto, optou-se por apresentá-la ante ao argumento de que um tratamento em conjunto poderia prejudicar a proteção do indivíduo. Na opinião da CIJ essas três subdivisões compõem um mesmo grupo de princípios e regras relativas aos direitos fundamentais da pessoa humana (CIJ, *Barcelona Traction*, 1970).

De modo a traçar um corte metodológico em nossa análise, concentraremos os esforços na construção jurisprudencial em relação aos direitos humanos, visto que na perspectiva da subdivisão apresentada é o conjunto normativo que mais se desenvolveu no sentido de produção normativa, em comparação aos demais. Além disso, podemos considerar que os direitos humanos apresentam instrumentos de proteção do direito humanitário e do direito dos refugiados em seu arcabouço normativo. Sendo, portanto, uma perspectiva de construção jurisprudencial do *corpus* normativo de proteção à pessoa.

Ao longo dos últimos anos e principalmente com o fim da Guerra Fria, verifica-se um adensamento normativo e jurisdicional do tratamento do tema de proteção dos direitos humanos. Isso se verifica não só no contexto internacional como também regional e nacional. Isto tem criado uma maior complexidade na análise deste ramo do direito, que passa a oferecer instrumentos de proteção aos homens em diversas camadas: universal, regional e local.

Na busca pela implementação e controle desse conjunto normativo cada vez mais diversificado, alguns tribunais tem ampliado sua atuação e outros tribunais especializados têm surgido. Como tribunais especializados, os mais importantes são a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) criada em 1959 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) criada em 1978. Temos ainda a Corte Africana que foi recentemente criada (2004) e uma tentativa de tratamento da questão no continente asiático a partir da Comissão Intergovernamental de Direitos Humanos no âmbito da ASEAN (2009). Outros órgãos de controle também atuam nesse ramo, como a Comissão de Direitos Humanos da ONU, mas esta não tem natureza jurisdicional e, portanto não será abordada em nossa análise.

Da mesma maneira que procedemos em relação ao corte normativo em direitos humanos, faremos um corte metodológico de análise mais focada na CEDH e CIDH, sem deixar de mencionar as demais cortes, mesmo que de forma pontual. A análise será feita a partir de uma

apresentação do panorama geral de adensamento de normatividade que será a base para tratarmos da construção jurisprudencial em uma perspectiva de tribunal x tribunal, tribunal x Estados e finalizar com o caso jurisprudencial brasileiro.

## **1 O adensamento normativo e a necessária intervenção de tribunais para a humanização do direito internacional**

Ao longo dos anos, assistimos a um processo de persuasão para a criação de valores e regras comuns de defesa do ser humano. (GOODMAN, JINKS, 2004). Estados e atores não estatais passam a refletir sobre o mérito da temática de proteção do ser humano e pressões cognitivas e sociais os orientam para o respeito a padrões criados internacionalmente ou exportados principalmente de países europeus. Criam-se custos sociais e psicológicos do não cumprimento e benefícios do cumprimento. Tais benefícios extrapolam o caráter material, podendo ser percebido como a simples satisfação dos Estados em pertencerem a uma comunidade global de defesa desses direitos.

Não podemos falar em imposição absoluta de valores e regras de países mais desenvolvidos sobre países menos desenvolvidos. É claro que os Estados europeus exercem uma influencia maior na formação desses valores universais, até porque tiveram a experiência da Segunda Guerra Mundial e puderam refletir a respeito de condutas a serem evitadas. Todavia, existem regras de proteção à pessoa como a ação civil pública e o estabelecimento de Comissões da Verdade em alguns países como Brasil e as mesmas não estão presentes em outros países considerados desenvolvidos. Sendo assim, a construção dos direitos humanos parte de um processo recíproco e contínuo de influência entre Estados que passaram por experiências como períodos ditatoriais e guerras que outros não vivenciaram.

Vale ainda mencionar a multiplicação de temas incluídos na categoria de direitos humanos que contribuiu para a densidade e especificidade do tratamento do tema. Isso pode ser verificado principalmente no contexto da ONU que trouxe não só a Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948, mas criou também, em 1966, dois tratados de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e sobre a Proteção dos Direitos Cíveis e Políticos no âmbito da Comissão de Direitos Humanos, além do tratado de Proteção contra a Discriminação Racial. Posteriormente, surge o tratado de Proteção contra todas as formas de Discriminação das

Mulheres em 1979, todos com seus respectivos comitês de controle. Após a década de 1990, o sistema foi ainda mais reforçado pela incorporação de protocolos adicionais a tratados antigos, assim como pelo surgimento de outros tratados com diversos núcleos como a Convenção sobre Tortura e Outras Formas Cruéis de Punição, de 2002 e seus protocolos adicionais que reforçam a imprescritibilidade dos crimes de tortura; a Convenção sobre Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, de 1999, e seu protocolo adicional; a Convenção sobre Direitos da Criança, de 1989, e os protocolos adicionais sobre seu envolvimento em conflitos armados, sobre venda, prostituição ou pornografia, ambos de 2000 e sobre procedimentos de notificação de violações, de 2011; a Convenção sobre a Proteção dos Migrantes e seus Familiares, de 1990 e 2008; a Convenção sobre os Direitos das Pessoas Portadoras de Necessidades Especiais, de 2006, e seu protocolo adicional, também de 2006; e a Convenção sobre a Proteção Contra o Desaparecimento Forçado, de 2006.

Com essa multiplicidade de temas e instrumentos de proteção, os Estados foram estabelecendo conjuntos normativos em camadas de proteção local, regional e universal, com um nível influenciando o outro e todos trabalhando com o objetivo comum de defesa do ser humano. Alguns autores defendem uma perspectiva de comunidade transcivilizacional que considerasse esses três níveis a partir da especificidade de cada um, sem unificações ou fusões. (ONUMA, 2010, p. 220).

A proliferação de fontes pode ser vista como positiva, no sentido de oferecer novos instrumentos de proteção aos indivíduos, mas também negativa, do ponto de vista de possibilidade de conflitos normativos entre elas. Ou seja, a mesma multiplicidade que permite avanços permite retrocessos. A efetividade e controle dessas normas devem ser feitos a partir da atuação do judiciário na aplicação e harmonização das mesmas, permitindo aos juízes se fundamentarem em outros tribunais fazendo avançar a construção jurisprudencial na perspectiva de humanização do direito internacional.

## **2 A atuação dos tribunais internacionais na formação de uma jurisprudência humanizada**

O incremento dos esforços em defesa dos direitos humanos se verifica no âmbito jurisdicional nacional, regional e internacional. Antigos tribunais como a CIJ acharam por bem reforçar a obrigatoriedade de suas decisões justamente em casos envolvendo direitos humanos.

Isto ocorreu no Caso *LaGrand* sobre o direito de assistência consular, envolvendo EUA e Alemanha (CIJ, *LaGrand*, 2001). Neste caso a Alemanha contestava a pena de morte em relação a alemães em território americano. A CIJ determinou que a pena não fosse aplicada. Mesmo que a decisão da CIJ não tenha impedido a execução dos alemães ela serviu para modificar a sentença de 51 mexicanos em situação análoga (CIJ, *Avena e outros nacionais mexicanos*, 2004).

Novos tribunais têm sido estabelecidos de modo específico para o tratamento do tema como a CEDH, a CIDH e a Corte Africana de Direitos Humanos e na Ásia. No final de 2009, a Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN) criou uma Comissão Intergovernamental de Direitos Humanos. Percebe-se o estabelecimento desses órgãos por continente, o que demonstra uma cobertura quase total de todo o mundo.

No âmbito da CEDH, a entrada dos Estados do Leste Europeu na União Europeia (UE) e o Tratado de Lisboa estabelecendo a UE como um ente de personalidade jurídica própria, permitiu que a atuação dela fosse ampliada. Deve ser ressaltado que a CEDH não constitui órgão da UE, possuindo como membros, Estados como Turquia e Rússia sob sua jurisdição. Já no contexto americano, a CIDH vivenciou, a partir dos anos 90, um aumento do número de ratificações. O Brasil é um exemplo, pois ratificou a Convenção Americana em 1992 e aceitou a competência contenciosa da Corte Interamericana em 1998.

A atuação desses tribunais tem crescido dentro de um contexto de ausência de hierarquia e fertilização cruzada entre eles, principalmente em relação a novos temas e lacunas normativas (TURGIS, 2012). Com isso uma jurisprudência dinâmica tem sido estabelecida não somente entre tribunais de mesmo nível (universal, regional ou nacional), mas também entre níveis diferentes.

## **2.1 Jurisprudência entre Tribunais universais e regionais e entre Tribunais regionais**

Entre os tribunais universais e regionais não existe uma relação de hierarquia, mas tem sido estabelecido um movimento de diálogo de juízes a partir da citação tácita ou expressa de jurisprudências para confirmar seus posicionamentos em casos concretos. Esta citação cruzada entre Tribunais acaba por reforçar a utilização desta fonte do direito internacional.

De forma tácita, verifica-se que a CIJ utilizou a lógica do direito à assistência consular da CIDH no julgamento do Caso *LaGrand*. No mesmo sentido, a CIDH utilizou a lógica da decisão do Caso *Rubio c. Colômbia* da Comissão de Direitos Humanos no Caso *Velásquez Rodrigues*. De maneira expressa, estudos demonstram que a CIJ é a corte mais citada como argumento de autoridade pelas demais cortes. Talvez pelo fato de ser uma das cortes mais antigas e, portanto, com maior legitimidade. A CIJ foi citada em 111 casos, mas em geral não cita ninguém, estabelecendo um monólogo mais do que um diálogo de juízes. A CEDH apresenta oito casos em que cita a jurisprudência de outras Cortes: três vezes o Tribunal de Justiça da União Europeia, três vezes a CIJ, uma vez o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia e uma vez a CIDH. Todavia, a CEDH é citada 61 vezes por outros tribunais, principalmente pelos Tribunais Penais Internacionais e pela CIDH (MILLER, 2002).

Vale ressaltar ainda a relação entre o Tribunal Penal Internacional (TPI) e as Cortes Africanas, visto que pelo receio de ter seus nacionais julgados pelo TPI por incapacidade do judiciário nacional, tem buscado adaptar suas regras e procedimentos se aproximando ao máximo dos padrões defendido pelo TPI.

A interação entre os tribunais internacionais é importante para o processo de fertilização cruzada em torno de ideias jurídicas novas, sendo que a origem comum dos juízes também fomenta esse diálogo entre juízes. De modo mais específico podemos avaliar a relação entre os dois principais tribunais especializados no tratamento dos direitos humanos: CEDH e CIDH.

## **2.2 Jurisprudência entre CEDH e CIDH**

Apesar de atuarem em regiões com realidades fáticas diferentes, essas duas Cortes promovem encontros anuais na busca de um diálogo entre seus juízes. Ambas defendem a busca por um Estado de direito e uma sociedade democrática na apresentação de sua jurisprudência. Em um espírito de confiança mútua, percebe-se uma similitude nos princípios de interpretação que adotam. Isso porque em ambas as Cortes percebe-se uma interpretação que defenda garantias coletivas, pregando uma ordem pública. Em diversos casos, a interpretação se baseia nos objetivos e propósitos dos tratados buscando a efetividade dos direitos que pregam. As limitações aos direitos devem ser expressas e ambos adotam interpretação evolutiva respeitando

a dimensão intertemporal da norma, dando proteção frente a novas situações com direitos preexistentes.

Além disso, a competência das cortes não poderia se submeter a vontades dos Estados como no caso *Castillo Petruzzi e outros c. Peru* em 1999, no âmbito da CIDH, em que o Estado ameaçou retirar o caso de uma hora pra outra. Assim como a Corte não poderia estar subordinada a limitação do direito interno dos Estados, como nas objeções preliminares no caso *Hilaire, Benjamin e Constantine c. Trinidad e Tobago*, de 2001, em que o Estado afirmou que sua constituição estaria acima da Convenção Americana. Este argumento não foi aceito em nome da segurança jurídica e do reforço do sistema. Interessante ainda considerar que no caso *I. Ilascu, A. Lesco, A. Ivantoc and T. PetrovPapa c. Moldova and the Russian Federation* de 2001, a CEDH não aceitou restrições em relação ao local da violação, utilizando técnicas de direito internacional para reforçar e proteger a integridade do sistema de proteção à pessoa. (TRINDADE, 2002, pp. 101 a 110)

Analisando-se a jurisprudência destas duas Cortes a partir de quatro pontos (direito à vida, direito à justiça e julgamento justo, direito à liberdade e direito a liberdade de expressão) percebemos uma complementaridade entre elas. Começando com o direito à vida, percebemos no Caso *Cyprus c. Turquia* (1976) no âmbito da CEDH, o mesmo posicionamento da CIDH no caso *Velásquez Rodrigues* (1988) e no Caso *Barrios Alto* (2001), de determinação que o Estado adote medidas positivas no sentido de assegurar tal direito, devendo não somente prevenir violações aos direitos humanos como investigar os casos de desaparecimento de pessoas e punir os responsáveis por tais violações.

Em relação ao direito à justiça e julgamento justo, ambas as cortes consideram como direito básico de uma sociedade democrática e de um Estado de direito, que todos tenham um processo equitável, como defendido no caso *Golder c. Reino Unido* (1975) no âmbito da CEDH, devendo o Estado adotar ações positivas nesse sentido. Em relação ao direito à liberdade, a CIDH apresentou um posicionamento importante no caso *Meninos de Rua* (1999) em que apresentou as condições degradantes de tais crianças como um cerceamento do direito à liberdade que elas possuíam. Nesse mesmo caso considerou que o direito à vida dessas crianças também estava sendo violado, visto que o conceito de vida compreende condições dignas de viver. Por fim, podemos mencionar o direito à liberdade de expressão que foi questionado no

caso *A Última Tentação de Cristo* (2001) envolvendo o Chile na CIDH, onde se questionou a censura prévia imposta pelo Estado chileno a reprodução do filme em seu território. Nesse caso, o Chile acatou a decisão da CIDH e modificou sua norma constitucional.

Vários pontos unem o entendimento e a forma de proceder dessas duas cortes. Todavia, podemos encontrar uma diferença principalmente em relação à obrigação de reparação e medidas provisórias. Em relação à obrigação de reparação, a CEDH se concentra, sobretudo, em reparação pecuniária. Já a CIDH é mais criativa e admite outras formas de reparação como adoção de políticas públicas e reconhecimento de erro como no caso *Aloeboetoe c. Suriname* (1993). Já em relação a medidas provisórias, não há previsão na Convenção Europeia, mas a CEDH já aplicou em poucas ocasiões como no caso *Ocalan c. Turquia* (1999). Na CIDH há previsão e são aplicadas, sobretudo, em questões relativas à proteção do direito à vida e à integridade, podendo ser oferecida para a proteção de outros direitos desde que comprovada a gravidade da ameaça de violação do direito e a difícil reparação em caso de violação.

Percebe-se, portanto, semelhanças e diferenças na atuação de ambas, sendo interessante ainda considerar um comparativo da atuação dessas cortes em relação aos Estados sob sua jurisdição.

### **2.3 Jurisprudência entre CEDH e Estados**

No contexto europeu<sup>3</sup>, a CEDH estabelece um diálogo com os Estados sob sua jurisdição, estabelecendo uma tensão entre autonomia e subordinação entre ambos, mas com uma harmonia, sobretudo, do ponto de vista normativo com uma constância na internalização das decisões. Isso porque a Convenção Europeia estabelece padrões mínimos de proteção dos direitos humanos, acompanhado de uma margem nacional de apreciação que os Estados podem usar para flexibilizar a defesa desses direitos dentro de sua cultura jurídica particular. Esta margem é fundamental para a integração entre os tribunais, dentro de uma perspectiva de cumprimento político das decisões, oferecendo estabilidade política sem imposição, pela não imposição direta de sanções aos Estados que descumprem suas decisões. O cumprimento das decisões da CEDH é

---

<sup>3</sup> Vale ressaltar que a CEDH não é órgão da UE, admitindo Estados que não pertencem a mesma como Turquia e Rússia.

feito no contexto interno dos Estados e é mais amparado por um controle político do que jurídico na figura do Conselho de Ministros da Europa.

A extensão dessa margem nacional de apreciação depende dos temas tratados. Por exemplo, no caso *Campbell e Cosans c. Reino Unido* envolvendo os castigos escolares no Reino Unido em violação ao direito dos pais de escolherem as medidas educativas a serem adotadas, a CEDH desconsiderou tal violação em virtude da baixa gravidade. Já no caso *Pretty c. Reino Unido* proibiu a eutanásia em caso de doença degenerativa em nome da defesa da vida. Ou seja, situações que envolvem o bem maior vida, permitem uma margem de apreciação menor ou até mesmo inexistente. Em relação a essa margem de apreciação, a CIDH não aplica visto que considera ser um obstáculo para a uniformização dos valores defendidos pelos direitos humanos.

Interessante verificar essa margem de apreciação no caso *Leyla Sahin c. Turquia*, em que a França pode proibir o uso do véu nas escolas pública, assim como outros símbolos religiosos, a partir de uma decisão da CEDH, que oferecia aos Estados a possibilidade de apreciar os padrões do direito à liberdade de expressão religiosa na interpretação sobre a colisão de princípios fundamentais.

A partir desses elementos, temos exemplos onde se verifica um diálogo perfeito e integrado entre a CEDH e o tribunal dos Estados sob sua jurisdição como no caso do Tribunal Constitucional Austríaco. Neste Estado as decisões da CEDH possuem cunho constitucional, visto que a Convenção Europeia foi internalizada como norma constitucional, numa visão pura do monismo de Kelsen. (NEVES, 2009, P. 141)

Todavia, existem outros casos em que essa “lealdade” não se confirma como no caso *Gorgulu* em que o Tribunal Constitucional Alemão considerou que a Convenção Europeia não seria superior a Constituição Alemã e, portanto, não poderia aplicar uma decisão que contrariasse sua Constituição. Temos ainda o caso *Potrimoil* em que o judiciário francês reviu a decisão da Corte de possibilitar o recurso do réu que não compareceu ao julgamento, visto que a decisão da CEDH não teria sido unânime, justificando uma rediscussão do mérito da questão no âmbito nacional. No mesmo sentido o caso *Família Ruiz-Mateos c. Espanha* em que o Tribunal Constitucional Espanhol determinou que não aplicaria uma decisão da CEDH que teria revogado uma decisão sua, tendo em vista que a CEDH não poderia ser considerada uma instância superior a ele.

Vale mencionar que a CEDH também exerce grande influência sobre outros Estados que não estão sob sua jurisdição. Isso poderia ser explicado pelo caráter inovador de sua jurisprudência. Isso pode ser confirmado pela utilização de seus julgados por tribunais em Zimbábue para declarar inconstitucionais penas cruéis e em Israel para a revisão do procedimento de interrogatório considerado desumano.

## 2.4 Jurisprudência entre CIDH e Estados

A CIDH tem buscado construir uma lógica própria com a revisão de políticas sensíveis como lei de anistia e controle de constitucionalidade e convencionalidade de normas. Em suas decisões, a CIDH cita outras cortes como CEDH e CIJ, mas busca, sobretudo, citar a si mesmo como nos casos *Atala Riffo e Filhas c. Chile* ou *Fontevicchia e D'Amico v. Argentina*, nos quais existem mais de cem referências às decisões da própria Corte. Em alguns casos traz inclusive a ideia de norma de *jus cogens* regional, aplicando normas que não necessariamente foram ratificadas pelos Estados.

Não há ainda um amadurecimento em relação ao aspecto de subordinação e autonomia dessa Corte em relação aos Estados sob sua jurisdição. No caso brasileiro, percebe-se uma defesa da Constituição Federal, devendo o Supremo Tribunal Federal (STF) continuar a discussão em torno do amadurecimento desta questão.

Um aspecto bastante interessante da construção da jurisprudência da CIDH está no seu ativismo judicial. Isso porque a partir de casos como *Velásquez Rodrigues e Barrios Altos* criou o direito à verdade que não estava previsto na Convenção Americana, com base em outros direitos existentes nesta. Além disso, a CIDH não possui competência penal, mas em vários casos condena o Estado a processar e julgar criminosos, indicando os procedimentos a serem adotados.

Mencionando ainda o ativismo da CIDH, devemos verificar sua criatividade no momento de determinar a reparação devida pelo Estado violador como no caso *Aloeboetos* em que a punição possuía um cunho social de respeito aos direitos a cultura e costumes da comunidade afetada. No caso *Ximenez Lopes* em 2004, a CIDH determinou que além da reparação dos parentes da vítima que morreu em um hospital psiquiátrico no Ceará três dias após sua

internação, fosse feita uma revisão da política de saúde pública brasileira, principalmente nos aspectos de regulação desse tipo de atendimento.

No mesmo sentido, no caso *Maria da Pena* de 2006, foi determinada a reparação da vítima pelos danos causados pela violência aplicada contra ela por seu companheiro e que o Brasil elaborasse uma legislação específica de proteção à mulher contra a violência doméstica. Tal legislação foi estabelecida e no âmbito nacional, houve inclusive um questionamento se poderia ser aplicada para homens, tendo sido aplicada por juiz nacional em Mato Grosso. Esta extensão na aplicação da lei no âmbito nacional pode ensejar a responsabilização do Brasil no âmbito internacional, não podendo este colocar a culpa em seu magistrado, visto que este teria agido em nome do Estado brasileiro.

Por fim, temos ainda o interessante caso *Escher*, em que a CIDH com base na análise da legislação brasileira relativa a interceptações telefônicas teria condenado o Estado do Paraná a pagar indenização às vítimas e a realizar cursos a seus magistrados para que tal violação não se repetisse. A indenização foi paga, mas os cursos nunca foram ministrados.

De todo modo, percebe-se que as decisões da CIDH são mais eficazes *inter partes* do que *erga omnes*. O cumprimento de suas decisões nem sempre se dá de modo total. Em 63% dos casos, as decisões de modificação da legislação do Estado não são cumpridas. A dificuldade no cumprimento destas sentenças tem sido apontada como um elemento de risco para a legitimidade da corte, sobretudo se for considerado que a CIDH estabelece suas decisões já prevendo que os Estados não iram cumpri-la totalmente.

### **3 A construção jurisprudencial sobre direito de proteção à pessoa no Brasil**

O Brasil é um Estado bastante atuante na defesa dos direitos humanos e em diversas ocasiões figurou em processos perante o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos: setenta casos apresentados a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e sete casos na CIDH, entre eles caso *Ximenez Lopes* e *Escher*. Além disso, teve que cumprir medidas provisórias impostas pela CIDH em casos como o da *Penitenciária do Urso Branco*.

No âmbito interno, o Brasil, em diversas ocasiões, reconheceu a importância dos direitos humanos e entre elas está a edição da emenda constitucional 45/2004, possibilitando aos tratados

em direitos humanos que fossem internalizados como norma constitucional. Para isso, esses tratados deveriam ser internalizados com quórum de emenda, ou seja, “aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”. (art. 5, par. 3 da CF/88). Até a presente data, somente um tratado foi incorporado como norma constitucional: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

A atuação do STF na internalização das decisões da CIDH tem sido escassa. Até 2010, somente duas opiniões consultivas haviam sido incorporadas: a primeira relativa à necessária comunicação ao estrangeiro preso de que ele pode ter acesso ao consulado de 1999 e a eliminação da necessidade de diploma para o exercício da profissão de jornalista na defesa do direito a informação e liberdade de expressão de 1985. Do ponto de vista comparativo, o STF já citou a Corte americana em 80 casos, o Tribunal Constitucional Alemão em 58 casos e a CIDH em apenas dois casos. Todavia, existem 78 acórdãos que fazem referência à incidência de dispositivos da Convenção Americana como a prisão do depositário infiel, o uso de algemas e a presunção de inocência.

Interessante considerar a ADPF<sup>4</sup> 132 e a ADPF 153 na relação entre a CIDH e o STF. No caso da ADPF 132 em que se discutia, em linhas gerais, a possibilidade do casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, o Supremo citou a referência do caso *Loayza Tamayo c. Peru* julgado pela CIDH, para apoiar sua decisão de possibilitar tal união com base na ideia de “projeto de vida” defendida pela CIDH nessa ocasião. Já na ADPF 153 foi discutida a violação de direitos humanos pela Lei de Anistia de 1979 que assegura anistia ampla e irrestrita. O STF decidiu que não poderia modificar a lei, pois isso seria competência do legislativo, arguindo que a lei não teria sido estabelecida para a punição em massa. Reconheceu a importância do respeito à memória do povo e o direito a verdade e por isso defendia e reconhecia que deveria ser observado o acesso aos documentos históricos aos parentes das vítimas. No mesmo ano (maio de 2010), esta lei foi questionada na CIDH no caso *Gomes Lundt* referente ao desaparecimento de integrantes da Guerrilha do Araguaia e se questionava o alcance da Lei de Anistia, além do direito à justiça e direito à verdade. Nesta ocasião o Brasil foi condenado a assegurar o direito de

---

<sup>4</sup> Arguição de descumprimento de preceito fundamental.

informação e estabelecer Comissões da Verdade para apurar os fatos ocorridos na época da Guerrilha do Araguaia.

Em outras ocasiões, o STF defendeu os preceitos fundamentais considerados direitos humanos como na ADPF 186 e na ADI 3510. Na ADPF 186 considerou que o sistema de cotas raciais aplicado pela Universidade de Brasília seria constitucional enquanto ação afirmativa. E na ADI 3510 analisou a Lei de biossegurança em conjunto dispositivos da Convenção Americana que defende o direito a vida.

De toda a jurisprudência brasileira, talvez o caso que possa ser considerado mais emblemático seja o RE 466343, relacionado à prisão do depositário infiel. Este caso foi bastante importante para demonstrar uma mudança na jurisprudência do STF em relação ao status hierárquico dos tratados em direitos humanos no ordenamento brasileiro. Em linhas gerais, o que se discutia era a possibilidade de prisão de um indivíduo considerado depositário infiel. O Pacto de São José da Costa Rica impedia esta prisão, mas a Constituição Federal Brasileira previa a possibilidade em seu art. 5, LXVII. O Código Civil brasileiro posterior ao Pacto também permitia a prisão do depositário infiel. A solução apresentada pelo STF (voto do Ministro Gilmar Mendes) foi de estabelecer que o Pacto tivesse um status de supralegalidade e infraconstitucionalidade, ou seja, estaria acima das demais normas e abaixo da Constituição. Com isso, o Pacto revogaria o dispositivo do Código Civil resolvendo o conflito aparente de normas. O efeito prático dessa decisão foi que o inciso do art. 5 perdeu a eficácia, sem que se admitisse que o Pacto estivesse acima da Carta Magna do Estado Brasileiro.

Interessante considerar que esta decisão contradiz o posicionamento deste mesmo Tribunal no HC 87585 em que os Ministros Eros Grau e Celso de Mello definiram que os tratados iriam compor o bloco de constitucionalidade brasileiro. Vale ainda mencionar que outros posicionamentos provavelmente irão surgir para tratar o “aparente” conflito entre o inciso XLVII do art. 5 da Constituição Federal que proíbe a pena de prisão perpétua e o Estatuto de Roma que criou o TPI e a possibilidade desta pena em seu contexto. Pode ser apoiado o ponto de vista de que nestes casos de conflito deveria prevalecer a regra mais benéfica para o indivíduo. No caso do depositário infiel isso pôde se aplicar, mas no caso do TPI este princípio não é tão facilmente aplicável pelo caráter penal deste tribunal.

Por fim, interessante ainda considerar que a competência para tratar decisões que contrariem tratados seria do STJ (art. 105 III CF) e não do STF, todavia, como em regra se trata de conflito com regra constitucional, a Corte Suprema é acionada.

## **Conclusão**

A construção jurisprudencial relativa aos direitos de proteção à pessoa tem se mostrado dinâmica e inovadora. A utilização de normas externas nas decisões dos tribunais permite uma integração do conjunto normativo que não é identificada em outros ramos como o direito internacional econômico e seu “isolamento clínico”.

É certo que a multiplicação de tribunais e órgãos de controle dessas regras de proteção à pessoa pode trazer problemas de conflito entre decisões, mas podem também representar novos fóruns de defesa dos mesmos. Vários instrumentos podem ser propostos para evitar tais conflitos como a aplicação de princípios como litispendência, coisa julgada, ou *non bis in idem*, todavia, estes dificilmente seriam aplicados frente à estrutura não hierarquizada dos tribunais internacionais e a diversidade de regras de fundo.

Interessante considerar que em caso de não observância de regras de direitos humanos pelos Estados, seria possível apresentá-las enquanto costumes, princípios ou até mesmo regras de *jus cogens* obrigatória a todos independente da ratificação de tratados. Enfim, independente da via que se adote para evitar conflitos de jurisdição ou não observância de direitos, o melhor seria que os operadores de tais regras agissem em harmonia sem que os juízes precisassem declinar de sua competência, mas simplesmente decidindo no mesmo sentido que as demais cortes em uma atitude de cortesia internacional e formação de uma comunidade de juízes em um diálogo constante.

Vale acrescentar que o fator tempo “cura” quase todos os males e que deve ser resguardada a esperança de que tribunais internacionais e nacionais, o que inclui nosso STF, possam agir de modo a entender a necessidade de valores comuns baseados na democracia e no Estado de direito, mas ao mesmo tempo em que respeitem valores culturais e particularidades locais, formando um processo global de formação e implementação de tais valores. Afinal, as

normas evoluem, as pessoas que as elaboram também evoluem e a sociedade em que esta norma será aplicada também muda com o tempo (TRINDADE, 2005).

Críticas são feitas ao ativismo dos tribunais internacionais, sobretudo em relação à ameaça a segurança jurídica e previsibilidade dos Estados. Todavia, este ativismo pode ser importante para a evolução da jurisprudência de algumas cortes no tratamento dos direitos humanos, sendo que tal jurisprudência poderia ser considerada um patrimônio comum da humanidade ajudando na coerência de valores humanistas (TURGIS, 2012, p. 548).

A interação entre cortes universais, regionais e nacionais é fundamental nesse processo de formação de uma universalidade que não está amparada em antagonismos e sim na noção de garantia coletiva dos direitos protegidos, enriquecida pelas particularidades regionais. Vale ainda mencionar que o método comparativo se mostra essencial e eficiente nesta construção, para que seja percebido que a diferença entre o corpus normativo oferecerá uma diversidade de pistas do desenvolvimento que cada um segue, servindo como fontes de inspiração e aprendizagem para o desenvolvimento de um direito internacional de proteção à pessoa.

## **Referências**

- BUGNION, François. Droit de Genève et droit de La Haye. **Revue Internationale de la Croix-rouge**. 2001, n. 844.
- GOODMAN, R. ; JINKS, D. How to influence States: Socialization and International Human Rights Law. **Duke Law Journal**, v. 54, p.1-55, 2004, Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=519565>.
- MARIE, Jean-Bernard. **Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit**. Paris : L.G.D.J., 2 ed., 1993.
- MEYER-BISCH, Patrice. D'une succession de générations à un système de droits humains. In : LIBER, Karel. **Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle**. Bruxelles : Bruylant, 1999, pp. 333-354.
- MILLER, N. An international jurisprudence? The operation of "precedent" across international tribunals. **Leiden Journal of International Law**, 2002, pp. 483-526.

- NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
  - ONUMA, Y. A transcivilizational perspective on international law, Questioning prevalent cognitive frameworks in the emerging multi-polar and multi-civilization world of the twenty-first century. **Recueil de Cours de l'Académie de Droit International**, v. 342, 2010.
  - ROUSSEAU, Dominique. **Les droits de l'homme de la troisième génération. Droit constitutionnel et droits de l'homme**. Paris : Economica, 1987, pp. 125-137.
  - TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Approximations and convergences in the case-law of the European and Inter-American courts of Human Rights. In COHEN-JONATHAN, Gérard, FLAUSS, Jean-François (dir.). **Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme**. Collection Droit et justice , Bruxelles : Bruylant, 2005, pp. 101-138.
  - TURGIS, S. **Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne**. Paris: Pedone, 2012.
- AMARAL JUNIOR, Alberto do, JUBILUT, Liana Lyra. O direito Internacional dos Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal. In **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Sao Paulo Quartier, 2009.

### **Jurisprudencia**

- CEDH. **Rubio v. Colombi**. Decisão de 02 de novembro de 1987.
- CEDH. **Campbell e Cosans c. Reino Unido**. Decisão de 25 de fevereiro de 1982.
- CEDH. **Cyprus c. Turquia**. Decisão de 7 de dezembro de 1976.
- CEDH. **Família Ruiz-Mateos c. Espanha**. Decisão de 23 de julho de 1993.
- CEDH. **Golder c. Reino Unido**. Decisão de 21 de fevereiro de 1975.
- CEDH. **Gorgulu**. Decisão de 26 de fevereiro de 2004.
- CEDH. **Leyla Sahin c. Turquia**. Decisão de 10 de novembro de 2005.
- CEDH. **Ocalan c. Turquia**. Decisão de 1999.

- CEDH. **Potrimoil**.
- CEDH. **Pretty c. Reino Unido**. Decisão de 29 de julho de 2002.
- CIDH. **A Última Tentação de Cristo**. Decisão de 5 fevereiro de 2001. Série C n. 73.
- CIDH. **Aloeboetoe c. Suriname**. Decisão de 10 de setembro de 1993.
- CIDH. **Barrios Alto**. Decisão de 14 de março de 2001.
- CIDH. **Castillo Petruzzi e outros c. Peru**. Decisão de 30 de maio de 1999.
- CIDH. **Hilaire, Benjamin e Constantine c. Trinidad e Tobago**. Objeções preliminares de 2001.
- CIDH. **Meninos de Rua**. Decisão de 16 de dezembro de 1999.
- CIDH. **Parecer n. 16 sobre direito de informação sobre a assistência consular a título de garantias judiciárias**.
- CIDH. **Velásquez Rodrigues**. Decisão de 29 de julho de 1988.
- CIJ. **Avena et autres ressortissants mexicains**. Decisão de 31 de março de 2004, Rec. 2004.
- CIJ. **Barcelona Traction**. Decisão de 5 de fevereiro de 1970. Rec. 1970.
- CIJ. **Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé**. Opinião consultiva de 9 de julho de 2004, Rec. 2004.
- CIJ. **LaGrand (Germany v. United States of America)**. Decisão de 27 de junho de 2001. Rec. 2001.
- CIJ. **Liceité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires**. Opinião consultiva de 8 de julho de 1996, Rec. 1996.