

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM RELAÇÕES INTERNACIONAIS

**A SOBERANIA DOS ESTADOS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE
PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS**

PALOMA MORAIS CORRÊA
Porto Alegre, 2010.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM RELAÇÕES INTERNACIONAIS

**A SOBERANIA DOS ESTADOS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE
PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob orientação da Professora Martha Lucia Olivar Jimenez, como requisito para obtenção do título de Mestre em Relações Internacionais.

PALOMA MORAIS CORRÊA
Porto Alegre, 2010.

Agradecimentos

Aos meus pais, por sustentarem o meu estudo até o vestibular. Aos governos - Brasileiro e Britânico - por sustentarem o meu estudo a partir de então e até o dia de hoje. Aos meus irmãos – minha noção de família. Aos meus amigos e principalmente às amigas – minha noção de cumplicidade. A minha orientadora - pelo apoio incondicional. À *London School of Economics* – exemplo de ambiente de cooperação intelectual. Aos meus colegas do SAJU da UFRGS, em especial ao grupo da Psicologia, por me ensinarem que sensibilidade pode – e deve – estar acima da técnica profissional. Aos meus estagiários queridos, com os quais aprendi muito mais do que lhes ensinei. As nossas clientes, pela confiança depositada no meu trabalho ainda tão iniciante. E um agradecimento especial a minha corretora – que esqueceu que era da família e fez um trabalho profissional - e ao meu cunhado - pra quem eu sei que vai sobrar a tarefa de entregar essa dissertação no Campus do Vale.

Resumo

O Movimento Internacional dos Direitos Humanos desafia o conceito clássico de soberania estatal. Em contrapartida, os argumentos em defesa da soberania representam um obstáculo aos movimentos de universalização e regionalização dos direitos humanos. Esta dissertação realiza uma análise qualitativa jurisprudencial, doutrinária e documental acerca do desenvolvimento dos mecanismos de defesa da soberania dos Estados no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O estudo indica que os mecanismos de defesa da soberania estatal têm sido utilizados pelo Sistema Interamericano de forma mais cautelosa da que tem sido observada no Sistema Europeu. Contudo, a imprecisão na aplicação dos requisitos de admissibilidade das petições internacionais representa um obstáculo ao movimento de regionalização dos direitos humanos no continente americano.

Palavras-chave: soberania, direitos humanos, interdependência e globalização.

Abstract

The International Human Rights Movement challenges the classic concept of state sovereignty. On the other hand, claims on sovereignty represent an obstacle to the universalisation and regionalisation of human rights. This dissertation undertakes a qualitative analysis on jurisprudence, literature and documents concerning the development of mechanisms to protect the sovereignty of states in the Inter-American System of Human Rights. The study indicates that the mechanisms of state sovereignty have been used by the Inter-American System in a more cautious fashion than by the European System. Nevertheless, the impreciseness in the application of admissibility requirements for international claims represents an obstacle to the regionalisation of human rights in the American continent.

Key words: sovereignty, human rights, interdependence and globalisation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DA PETIÇÃO INTERNACIONAL COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO DA SOBERANIA:	15
1.1 O Esgotamento dos Recursos Internos	19
1.2 A Fórmula da Quarta Instância	36
2. OBJEÇÃO À JURISDIÇÃO INTERNACIONAL COMO MECANISMO MATERIAL DE PROTEÇÃO DA SOBERANIA:.....	53
2.1 O Domínio Reservado dos Estados	54
2.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos: Opinião Consultiva 4/84 - a Margem de Apreciação chega à America	68
CONCLUSÃO.....	96
REFERÊNCIAS	99
ANEXO : Convenção Americana de Direitos Humanos	105

Introdução

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 tinha como objetivo estabelecer uma Carta Internacional de Direitos Humanos a ser posteriormente complementada por Convenções que garantissem sua implementação. Esse papel foi desempenhado pelos Pactos Internacionais de 1966 – o de Direitos Civis e Políticos e o de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.¹ Louis Henkin, ao enfatizar o caráter universal da Carta, afirmou:

Essa é a Era dos Direitos. Direitos Humanos e a ideia do nosso tempo, a única ideia político-moral que recebeu aceitação universal. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, foi literalmente aprovada por todos os governos representando todas as sociedades. Direitos Humanos estão codificados nas constituições de praticamente todos os 170 Estados de hoje – velhos e novos (Estados); religiosos, seculares e ateus; ocidentais e orientais; democráticos, autoritários e totalitários; Estados de economia de mercado, socialistas ou mistos; pobres e ricos; desenvolvidos, em desenvolvimento e subdesenvolvidos. Direitos Humanos são objeto de numerosos acordos internacionais, a origem de lucros e vantagens diários em política internacional, e o objeto de disputas contínuas entre superpotências.²

O Movimento de Internacionalização dos Direitos Humanos passou a ser reconhecido a partir da Segunda Guerra Mundial e pode ser considerado uma resposta às tragédias humanitárias ocorridas na Europa durante esta Guerra.³ Como consequência, Steiner e Alston assinalaram para o surgimento de um Direito Internacional dos Direitos Humanos em oposição ao Direito Internacional tradicional. Enquanto este se baseia em normas que surgem da conduta do Estado e correspondem a maioria de seus interesses e comportamentos, aquele é composto por Tratados que representam aspirações, ideais construídos acima do

¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. Porto Alegre: AJURIS, v.25, n.73, julho de 1998, p. 379-419.

² HENKIN, L. *The Age of Rights*, New York: Columbia University Press, 1990, p. ix. Tradução livre.

Ours is the age of rights. Human Rights is the idea of our time, the only political-moral idea that has received universal acceptance. The Universal Declaration of Human Rights, adopted by the United Nations General Assembly in 1948, has been approved by virtually all governments representing all societies. Human Rights are enshrined in the constitutions of virtually every one of today's 170 states – old states and new; religious, secular, and atheist; Western and Eastern; democratic, authoritarian, and totalitarian; market economy, socialist and mixed; rich and poor, developed, developing and less developed. Human Rights is the subject of numerous international agreements, the daily grist of the Mills of international politics, and a bone of continuing contention among superpowers.

³ STEINER, H. and ALSTON, P. *International Human Rights in Context*. Oxford: Oxford University Press, 2 ed., 2000, p. 57.

comportamento estatal.⁴ O Direito Internacional dos Direitos Humanos, portanto, nasceu sob uma perspectiva idealista, em oposição ao realismo característico das disciplinas de Direito Internacional e das Relações Internacionais. O Direito Internacional dos Direitos Humanos, nas palavras de Steiner “possui uma postura profundamente crítica, uma meta transformativa”.⁵ Esse movimento para uma promoção e proteção mais efetiva dos direitos humanos internacionais é, de acordo com Chinkin, “uma das forças sociais mais poderosas da atualidade”.⁶

Assim, o conjunto de Tratados Internacionais para proteção dos direitos humanos e as Convenções Europeia, Americana e Africana de direitos humanos representam os principais documentos relacionados à universalização e regionalização dos direitos do indivíduo. Esses Sistemas – o Universal e os Regionais de Direitos Humanos – originaram legislações e jurisdições internacionais de proteção ao indivíduo. Na Corte Internacional de Justiça, por exemplo, bem como na Europeia e na Interamericana de Direitos Humanos, os Estados são os polos passivos da demanda jurídica, de forma que esses Tribunais possuem poderes supranacionais. Os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos são constituídos por uma Comissão e uma Corte, que são órgãos internacionais de supervisão responsáveis por garantir o cumprimento das normas internacionais de direitos humanos dentro dos continentes. A emergência desses órgãos é um exemplo claro dos limites impostos à soberania estatal, pois os Estados estão agora proibidos de agir contra as liberdades fundamentais do indivíduo mesmo no âmbito de seus territórios.⁷ A concepção de que é dever do Estado, em relação aos cidadãos, o respeito às suas liberdades, bem como a proteção de seus direitos e a promoção do desenvolvimento social através da saúde, educação e acesso ao trabalho para a população traduzem o espírito de uma “Era dos Direitos Humanos”, como enfatizou o professor Cançado Trindade. Nesse contexto, o Estado não é um fim em si mesmo, mas uma instituição cuja função principal é a de facilitar a promoção das capacidades individuais dos seres humanos. A dignidade humana precede, agora, os assuntos de interesse

⁴ STEINER, H. and ALSTON, P. *International Human Rights in Context*. Oxford: Oxford University Press, 2 ed., 2000, p. 573.

⁵ *Idem*

⁶ CHINKIN, C. Human Rights and the Politics of Representation: is there a role for International Law? In BYERS, M (Ed). *The role of Law in international politics: essays in international relations and international Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 133.

⁷ BADIE, B. *Um mundo sem soberania: os Estados entre o artifício e a responsabilidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 277.

governamental, de forma que o ser humano substitui o Estado como figura central do Direito Internacional, demonstrando a transição do mundo realista para o interdependente.⁸

Na Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas de 1999, discussões acerca de intervenções humanitárias *versus* formulações clássicas de defesa da soberania estatal foram uma característica central. O então Secretário Geral das Nações Unidas, Koffi Annan, afirmou que numa era globalizada, “o interesse coletivo é o interesse nacional”, e o Presidente Sul-Africano na época, Thabo Mbeki, enfatizou que o “processo de globalização necessariamente redefiniria o conceito e prática de soberania nacional”. Por outro lado, o então Presidente da Argélia, Abdelaziz Bouteflika, que também era o chefe da Organização da União Africana, respondeu que, embora ele não negasse o direito da opinião pública dos povos do Norte em denunciar violações aos direitos humanos, “soberania seria sua defesa final contra as regras de um mundo desigual”. Ele reclamou, nessa ocasião, que “a África não estava tendo participação no processo de tomada de decisões”.⁹ Essas manifestações políticas demonstram claramente que o maior desafio para os Estados será o de conciliar uma efetivação dos direitos humanos com a promoção dos princípios realistas da diplomacia.¹⁰

Soberania e direitos humanos são os dois principais conceitos com os quais se trabalha nesse estudo. Por essa razão, a seguir, define-se o significado de ambos à luz do desenvolvimento atual das relações internacionais.

Referindo-se ao papel da soberania estatal nas relações internacionais, Chinkin expressou que “o acesso das organizações internacionais intergovernamentais poderia ser obstaculizado pelos Estados através de (...) um retorno ao abrigo sagrado da soberania estatal”.¹¹ O conceito de soberania estatal, relacionado ao direito conferido ao Estado de “exercer suas funções num contexto de independência e igualdade em relação aos demais Estados”, e à “ausência de submissão estatal a uma autoridade superior”, sempre foi, segundo Pagliari, “um dos pilares do direito internacional e das relações internacionais”.¹² De acordo com Steiner e Alston, contudo, “o Movimento de Direitos Humanos confronta, inevitavelmente, os argumentos baseados em concepções de soberania estatal”. Este debate

⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *La Nueva Dimension de las Necesidades de Proteccion del Ser Humano en El inicio del Siglo XXI*. 3 ed. São Jose, Costa Rica, 2004, p. 73.

⁹ KEOHANE, R. e NYE, J. *Power and Interdependence*. 3ª edição, London: Longman, 2001, p. 233. Tradução livre.

¹⁰ BADIE, B. *Um mundo sem soberania: os Estados entre o artifício e a responsabilidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 283.

¹¹ CHINKIN, C. Human Rights and the Politics of Representation: is there a role for International Law? In BYERS, M (Ed). *The role of Law in international politics: essays in international relations and international Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 140. Tradução livre.

¹² PAGLIARI, A.S. *Derecho Internacional Publico: Ensayos II*, Córdoba, Argentina: Grupo Novecento Editor, 2003, p. 19-20. Tradução livre.

está relacionado com a disputa entre a regulação internacional e o controle interno da política por parte dos governos estatais.¹³ Nesse sentido, Krasner afirmou que “a soberania westfaliana é violada quando atores externos influenciam ou determinam as estruturas de autoridade doméstica”, enquanto Falk lembrou que “o aumento do apoio aos direitos humanos (...) fortalece a ideia de que o Estado é sujeito de direitos e obrigações, e que essas obrigações podem ser implementadas (...) pela comunidade internacional”.¹⁴

Soberania estatal é um dogma tão forte que mesmo no interior dos órgãos de supervisão internacional de direitos humanos se observa o desenvolvimento de doutrinas de deferência que objetivam proteger a autonomia da atividade dos poderes Executivo e Judiciário dos Estados. O desenvolvimento desses mecanismos de proteção da soberania estatal demonstra que as estruturas de poder tradicionais estão sendo desafiadas pelos argumentos de defesa dos direitos humanos.

Dessa forma, o princípio clássico da exaustão dos recursos internos como requerimento de admissibilidade da demanda internacional, apenas confirma a subsidiariedade da jurisdição internacional em relação à doméstica. O domínio reservado do Estado, respaldado pelo artigo 2 (7) da Carta das Nações Unidas, por sua vez, garante a primazia da jurisdição nacional em relação a determinados assuntos, entendidos como de exclusivo interesse nacional. No âmbito da prática das Comissões e Cortes internacionais, as doutrinas de deferência na supervisão internacional dos direitos humanos, como a Fórmula da Quarta Instância e a Margem de Apreciação também podem ser consideradas instrumentos de proteção da soberania estatal. De acordo com a Fórmula da Quarta Instância, as decisões dos tribunais domésticos não poderão ser revistas pelos órgãos internacionais de supervisão dos direitos humanos, a menos que os procedimentos adotados tenham infringido tratados internacionais.¹⁵ Outra manifestação de apego ao conceito de soberania estatal é a doutrina da margem de apreciação, desenvolvida pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Conforme entendimento de Charlesworth e Chinkin, “os Estados ocidentais desenvolveram as suas próprias formas de relativismo cultural na área dos direitos humanos, arguindo extensas margens de apreciação na implementação das suas obrigações, baseados em particularidades nacionais.”¹⁶

¹³ STEINER, H. e ALSTON, P. *International Human Rights in Context*. Oxford: Oxford University Press, 2 ed., 2000, p. 573-574.

¹⁴ *Ibid.*, p. 575 e 582.

¹⁵ PASQUALUCCI, J. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 93.

¹⁶ CHARLESWORTH, H. and CHINKIN, C. *The Boundaries of International Law: a feminist analysis*. Manchester: Manchester University Press, 2000, p. 22. Tradução livre.

O conceito de direitos humanos é complexo, podendo ser definido de diferentes maneiras, de acordo com cada grupo de profissionais que o investiga. Dessa forma, o conceito será melhor compreendido em um contexto multidisciplinar, pois não existe um significado único para direitos humanos. Disciplinas como a Filosofia, o Direito e a Sociologia tendem a definir direitos humanos de acordo com as suas ferramentas de investigação, razão pela qual cada disciplina desenvolveu suas próprias críticas e justificativas acerca da ideia de direitos humanos. Razão e valores morais são os pontos iniciais para entender direitos humanos de acordo com a Filosofia. Positivismo e a necessidade de proteger as pessoas são as noções fundamentais para o Direito, tanto na esfera internacional quanto na doméstica. Por sua vez, a Sociologia argumenta que os direitos humanos são fatos sociais.

A disciplina da Filosofia relaciona direitos humanos a Deus, a razão e a Direito Natural. Este último está ligado a noções de justiça universal de acordo com valores morais. A Filosofia Normativa questiona como o mundo deveria ser, enquanto a Filosofia Política importa-se com aquilo que os Estados devem e não devem fazer. Alan Gewirth enfatiza a ligação filosófica aos valores morais universais quando identifica a diferença entre direitos e direitos humanos.¹⁷ De acordo com Gewirth, diferente dos direitos morais comuns, direitos humanos são “direitos morais que devem ser universalmente distribuídos entre todos os seres humanos.”¹⁸ Para um filósofo, portanto, direitos humanos são “requerimentos normativos acerca daquilo que os indivíduos são moralmente merecedores”.¹⁹ Entretanto, não há consenso filosófico acerca de quais sejam os direitos humanos bem como de quem os mereça.

Esta noção de universalidade dos direitos humanos também encontra respaldo na disciplina de Direito Internacional, de acordo com a qual direitos humanos são um conjunto de valores ou requisitos mínimos necessários para se viver com segurança e dignidade. O Direito Internacional entende direitos humanos como universais, iguais e inalienáveis. De acordo com Jack Donnelly, direitos humanos são “direitos que alguém possui pelo simples fato de ser humano”.²⁰ Para o Direito Internacional, portanto, o valor da

¹⁷ GEWIRTH, A. *Human Rights: Essays on Justification and Applications*. London: University of Chicago Press, 1982, p. 42.

¹⁸ *For human rights to exist there must be a valid moral criteria or principles that justify that all humans, qua humans, have the rights and hence also the correlative duties. Human rights are rights or entitlements that belong to every person; thus they are universal moral rights. There may of course be other moral rights as well, but only those that morally ought to be universally distributed among all humans are human rights. Idem.* Tradução livre.

¹⁹ COCHRANE, A. *What are human rights?* The London School of Economics and Political Science (Aula) 15/10/2009. Tradução livre de anotações pessoais.

²⁰ *Human Rights are typically understood, following the manifest, literal sense of the term, as the rights that one has simply because one is human. They are universal human rights: every human being has them. They are equal rights: one either is a human being (and thus has these rights equally) or not. And they are inalienable*

dignidade humana é supremo e deve ser garantido através dos mecanismos internacionais de proteção. Dessa forma, o Movimento Internacional dos Direitos Humanos procura proteger as pessoas através de tratados e costume internacionais.

A noção de que direitos humanos são uma ferramenta para proteger as pessoas é reconhecida também pelo Direito doméstico. De acordo com esse campo de estudo, entretanto, o próprio Estado pode representar um perigo à dignidade e à segurança humana. Por essa razão, o Direito nacional tem o objetivo de limitar a autoridade do Estado dentro do seu território. Para um advogado que atua no âmbito doméstico, portanto, “direitos humanos representam proteção contra o uso arbitrário do poder por parte do Estado”.²¹ Por outro lado, o Direito doméstico também admite que os direitos individuais possam ser restringidos pelo Estado em determinadas circunstâncias. Segurança Nacional e interesses da coletividade podem justificar a limitação dos direitos humanos dos indivíduos de acordo com as particularidades de cada sociedade.

O elo entre Direito doméstico e Sociologia em relação aos direitos humanos pode ser identificado exatamente na ideia de limites. De acordo com a disciplina das Ciências Sociais, direitos humanos são um fato social e, portanto, limitado a um tempo e local particulares.²² Na tentativa de definir direitos humanos, Neil Stammers enfatizou a influência da construção social e fatores históricos.²³ Para a maior parte dos sociólogos, assim como Stammers, direitos humanos devem ser vistos como um processo e não como um elemento fixo. Essa noção reforça a visão dos direitos humanos a partir da ótica do relativismo e da flexibilidade. De acordo com essa noção, direitos humanos são constantemente criados e recriados, demonstrando que, de acordo com a Sociologia, preocupada em observar a realidade como ela se apresenta, distanciando-se dos juízos de valor impostos pela Filosofia e pelo Direito, não só direitos humanos, mas as próprias violações a estes, são socialmente construídas.

rights: one cannot stop being a human being, and thus cannot stop having these rights. DONNELLY, J. The Social Construction of International Human Rights in T. DUNNE and N. WHEELER (Eds.), *Human Rights in Global Politics*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 80. Tradução livre.

²¹ SALOMON, M. *What are human rights?* The London School of Economics and Political Science (Aula 15/10/2009. Tradução livre de anotações pessoais.

²² COCHRANE, A. *What are human rights?* The London School of Economics and Political Science (Aula 15/10/2009. Tradução livre de anotações pessoais.

²³ *To say that human rights are socially constructed is to say that ideas and practices in respect of human rights are created, re-created, and instantiated by human actors in particular socio-historical settings and conditions. It is a way of understanding human rights which does not require them to have any metaphysical existence (for example, through nature or God) nor does it rely on abstract reasoning of logic to ground them.* STAMMERS, N. Social Movements and the Social Construction of Human Rights, *Human Rights Quarterly* 21, 1999, p. 981.

A visão dos direitos humanos sob uma perspectiva multidisciplinar explica o porquê da inclusão do tema em um estudo de relações internacionais. Por uma questão metodológica, contudo, e admitindo que os movimentos de universalização e regionalização dos direitos humanos são manifestações originariamente jurídicas, a preferência será dada ao conceito jurídico de direitos humanos nesse estudo. O significado de direitos humanos a qual se fará referência, portanto, é a mesma oficialmente adotada pela Organização das Nações Unidas, qual seja: “direitos inerentes a todos os seres humanos, universais e garantidos pelo Direito Internacional, que impõe aos governos a maneira de agir para proteger e promover os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos indivíduos e grupos de pessoas.”²⁴

Este estudo enfoca a aplicação de mecanismos de proteção da soberania dos Estados no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Com o objetivo de analisar quais são os impactos observados no movimento de regionalização provenientes do emprego desses instrumentos de preservação da soberania, serão analisados casos Interamericanos nos quais se identificou o debate acerca do tema soberania e direitos humanos.

No primeiro capítulo, examina-se o princípio do esgotamento dos recursos internos positivado no artigo 46 (a) da Convenção Americana, onde se enfoca a aplicação da regra como requisito de admissibilidade da demanda internacional pela Corte Interamericana. A opinião consultiva 11/90, que esclarece as exceções permitidas pela Convenção na aplicação do princípio, exemplificará o entendimento da Corte na aplicação prática do requisito do esgotamento dos recursos internos no Sistema Interamericano.

No capítulo 1.2, a análise dos casos *Marzioni v Argentina*, *Oscar Gonzáles v Costa Rica*, *Clifton Wright v Jamaica* e *Lopez Aurelli v Argentina*, apresentados perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tem o objetivo de demonstrar o desenvolvimento da Fórmula da Quarta Instância no Sistema Interamericano.

²⁴ *Human rights are rights inherent to all human beings, whatever our nationality, place of residence, sex, national or ethnic origin, colour, religion, language, or any other status. We are all equally entitled to our human rights without discrimination. These rights are all interrelated, interdependent and indivisible. Universal human rights are often expressed and guaranteed by law, in the forms of treaties, customary international law, general principles and other sources of international law. International human rights law lays down obligations of Governments to act in certain ways or to refrain from certain acts, in order to promote and protect human rights and fundamental freedoms of individuals or groups.* ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. *What are Human Rights?* Disponível em: www.ohchr.org/EN/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx, acesso em: 14/05/2010.

O domínio reservado do Estado será o tema de estudo capítulo 2.1 e a partir das considerações do professor Cançado Trindade sobre o assunto, procura-se compreender o entendimento dos órgãos do Sistema Interamericano acerca da aplicação desse princípio em Direito Internacional. A questão da violação aos direitos humanos dos trabalhadores migrantes, tradicionalmente entendida como de domínio exclusivo do Poder Executivo dos Estados, será analisada nesta parte do estudo.

Finalmente, o capítulo 2.2 analisa a utilização do argumento da margem de apreciação por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Isso foi observado no parecer da Opinião Consultiva 4/84, sobre as propostas de emenda aos dispositivos constitucionais relativos ao processo de naturalização na Costa Rica.

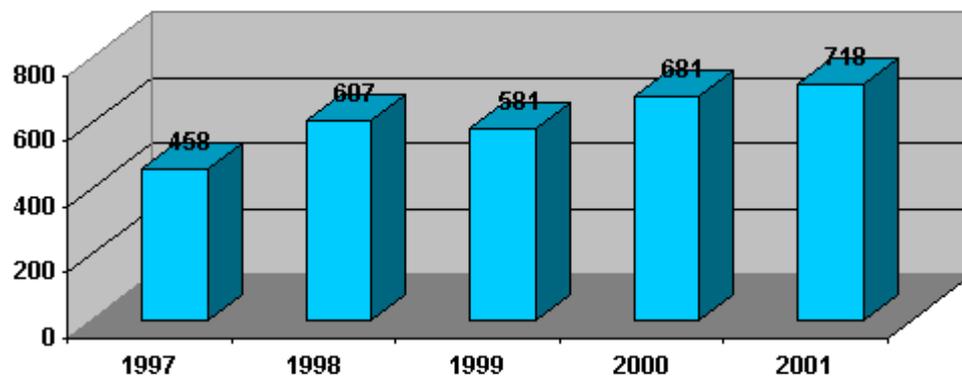
Os casos analisados incluem o debate acerca da aplicação de direitos fundamentais. Criticamente, procura-se observar quando a aplicação desses mecanismos de proteção à soberania dos Estados, por parte do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, impediu ou dificultou o processo de regionalização dos direitos do indivíduo no continente americano.

1. Requisitos de Admissibilidade da reclamação internacional como mecanismo de proteção da soberania:

A prática da Comissão Interamericana de Direitos Humanos relativa à admissibilidade de petições sobre violações de direitos humanos tem até o presente atraído relativamente pouca atenção dos especialistas, em comparação com a vasta bibliografia especializada sobre a prática correspondente da Comissão Europeia. A experiência da Comissão Interamericana no tocante ao exame de petições recebidas contendo alegações de violações de direitos humanos é das mais singulares e interessantes. Ao pronunciar sobre a admissibilidade de tais petições, a Comissão Interamericana profere decisões de natureza antes administrativa do que judicial.²⁵

Os gráficos abaixo são resultado dos relatórios anuais da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O primeiro demonstra o expressivo aumento de denúncias recebidas pela Comissão entre os anos de 1997 e 2001. O segundo gráfico destaca o aumento dos casos de declaração de inadmissibilidade publicados pela Comissão no mesmo período.²⁶

Total de denúncias recebidas por ano

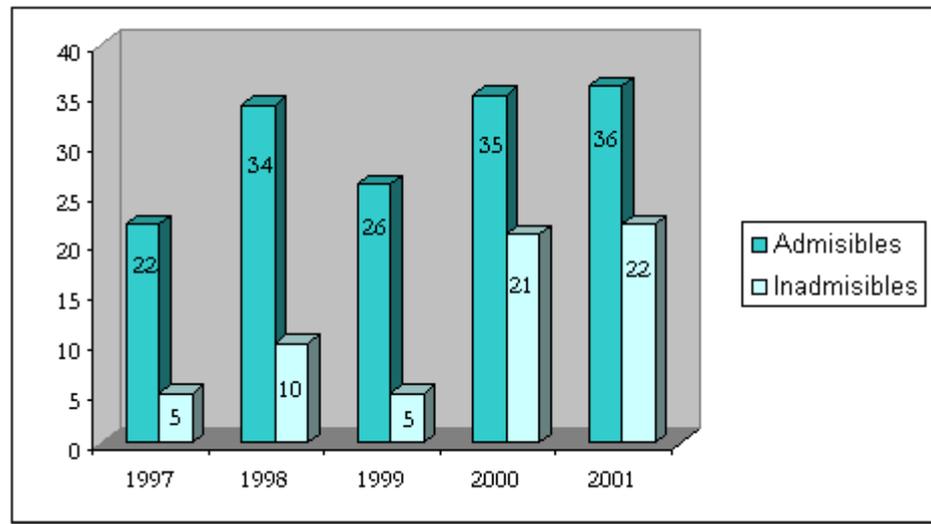


²⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O esgotamento dos recursos internos no direito internacional*, 2ª ed. atualizada. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 232.

²⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Relatório Anual da CIDH 2001 – Capítulo III (quadro h e i). Disponível em www.cidh.org/annualrep/2001port/capitulo3cua.hi.htm, acesso em 11/1/2009. Tradução livre.

O gráfico precedente inclui o número total de denúncias recebidas pela Comissão nos últimos cinco anos. Considera-se como denúncia toda queixa apresentada por escrito, sobre suposta violação da Convenção e/ou a Declaração Americanas ou outro instrumento por um Estado-membro.

Total de relatórios de admissibilidade e inadmissibilidade publicados



O gráfico precedente ilustra os números de relatórios de admissibilidade e inadmissibilidade publicados durante os últimos cinco anos. Estes relatórios refletem a decisão definitiva da CIDH sobre o cumprimento dos requisitos de admissibilidade das petições.

O Sistema Interamericano possui dois sistemas distintos de responsabilização dos Estados por violações aos direitos humanos: o Sistema da OEA - Organização dos Estados Americanos (baseado na Carta da Organização dos Estados Americanos e na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, ambos de 1948); e o Sistema da Convenção Americana de 1969. Os membros do segundo são, sem exceção, membros do primeiro e este é subsidiário em relação àquele. Pelo primeiro sistema, a Comissão elabora recomendações aos Estados; pelo segundo, a Comissão pode processar petições individuais e interestatais contendo alegações de violações aos direitos humanos. Todos os 35 países independentes do continente americano ratificaram a Carta da OEA e são, portanto, membros da Organização.²⁷ Conclui-se, dessa forma, que todos os Estados Americanos podem ser responsabilizados por violações de acordo com os dois diplomas normativos de proteção aos direitos humanos da OEA. O mesmo não ocorre em relação ao segundo sistema. Somente os Estados que ratificaram a Convenção Americana respondem por atos cometidos contra os

²⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS: *Estados membros e missões permanentes*. Disponível em: www.oas.org/documents/eng/memberstates.asp, acesso em: 21/03/2009.

direitos humanos no interior de seus territórios que contrariam o disposto neste Tratado Internacional. Das 25 nações americanas que ratificaram ou adotaram o Pacto de São José da Costa Rica, só aqueles que reconheceram a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos estariam aptos a serem julgados por este Tribunal. Assim, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão autônomo da OEA criado em 1959, pelo artigo 106 da Carta da OEA²⁸, pode ser considerada o principal órgão do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, pois pertence aos dois sistemas e possui faculdades adicionais, anteriores à Convenção Americana, como a de processar casos envolvendo países que ainda não fazem parte da Convenção.²⁹ A Corte Interamericana foi criada pela Convenção em 1969, e entrou em vigor em julho de 1978. A sede da Comissão Interamericana é em Washington, nos Estados Unidos; já a Corte está localizada em São José, na Costa Rica. O fato dos dois órgãos que compõem o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos – a Comissão e a Corte – terem sido criados em épocas distintas e por diplomas normativos diversos, explica a atuação autônoma desses dois órgãos, que origina a dualidade do Sistema.

O artigo 6 (1) da Convenção Americana estabelece que somente Estados-partes e a Comissão podem processar Estados perante a Corte. Particulares que petitionarem à Comissão não poderão acionar a Corte, dependendo inteiramente da convicção jurídica da Comissão sobre o caso. O aumento expressivo dos casos de inadmissibilidade observados no segundo gráfico apresentado expõe a rígida atuação da Comissão na análise dos critérios de admissibilidade de petições. De fato, a Comissão tem atuado como um pré-Tribunal Internacional.

A Comissão Interamericana possui sete membros, eleitos pela Assembleia Geral da OEA, e que atuam independentemente, como representantes de todos os Estados-membros da Organização. Trata-se de um órgão permanente que se reúne em sessões ordinárias e especiais durante o ano. A Comissão realiza visitas para observar a situação geral nos países em relação aos direitos humanos desde 1961, o que origina os Relatórios, destinados a avaliar a atuação dos Estados em relação aos direitos humanos dos cidadãos num dado período. Desde 1965, a Comissão também examina reclamações específicas

²⁸ CARTA DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (1948), artigo 106: “Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria. Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria.” MAZZUOLI, VALERIO DE OLIVEIRA (ORG). *Coletânea de Direito Internacional*. 3ª ed. ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 80-81.

²⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *What is the IACHR?* Disponível em: www.cidh.org.what.htm, acesso em: 5/9/2008.

relacionadas a casos de violações aos direitos humanos. A análise desses casos individuais origina os Relatórios Anuais da Comissão.

Petições relativas a casos individuais podem ser apresentadas à Comissão por qualquer pessoa, grupo de pessoas ou organização não governamental em benefício do próprio requerente ou de um terceiro. A violação ao direito individual que origina a reclamação deve ter sido perpetrada por um dos Estados membros da OEA para que o processo possa ser admitido perante a Comissão. Uma vez recebida a petição, a Convenção Americana será aplicada naqueles casos em que o Estado requerido é parte neste documento, sendo a Declaração Americana aplicada para aqueles Estados que não fazem parte da Convenção.

A Comissão analisará preliminarmente se a vítima esgotou os recursos internos disponibilizados pelo direito nacional, conforme o artigo 46 alínea (a) da Convenção. Em caso afirmativo, a petição deve ainda ter sido apresentada à Comissão dentro do prazo de seis meses da decisão final proferida pelas Cortes domésticas. Após a análise das preliminares, a Comissão analisa a admissibilidade do mérito do caso. Em decidindo pela inadmissibilidade, a Comissão deve publicar tal decisão.

Se a decisão for pela admissibilidade, após a abertura do caso, o Governo requerido é comunicado e requisitado a fornecer informações. A partir de então, estabelece-se o contraditório entre a vítima e o Estado, e a Comissão pode conduzir a investigação através de visitas locais, requisição de informações específicas, designação de audiências e proposição de acordos. A partir de então, a Comissão elabora um relatório contendo as suas conclusões e geralmente recomendações ao Estado envolvido. Esse primeiro relatório não é público, e um prazo é oferecido ao Estado para resolver a situação referida e efetuar as recomendações da Comissão. Após esse período, um novo prazo pode ser concedido ao Estado, se a Comissão entender necessário, e assim sendo, um novo relatório poderá ser então, publicado, ou a Comissão poderá remeter o caso à Corte Interamericana. Para apresentar o caso à Corte, a Comissão possui o prazo de três meses a contar do primeiro relatório enviado ao Estado.³⁰

1.1 Esgotamento dos Recursos Internos:

Quando Estados usam a linguagem de direitos humanos, em geral possuem o intuito de criticar outras sociedades, da mesma forma que quando os

³⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *What is the IACHR?* Disponível em: www.cidh.org.what.htm, acesso em: 5/9/2008.

indivíduos utilizam a linguagem dos direitos no interior das sociedades, o objetivo e o de criticar os governos.³¹

Essa observação de Vincent ratifica a sua afirmação de que “o discurso de direitos humanos é um discurso de poder”. Ainda de acordo com o autor, “direitos humanos tornaram-se um assunto sobre o qual os Estados precisam se comunicar, porque as relações entre as sociedades sobre as quais eles atualmente passaram a ter controle incompleto lhes apresentam esse assunto”.³² Esse fato explica a inserção do tema dos direitos humanos na agenda das Relações Internacionais do mundo atual. O tema foi, e continua sendo, desenvolvido pelo Direito Internacional, sendo reconhecido que os advogados são os especialistas técnicos da área e que as Ciências Sociais ainda estão num nível principiante na investigação do assunto.³³ Por essa razão, a primeira parte do nosso estudo estará voltada para o desenvolvimento dos direitos humanos na disciplina do Direito Internacional, revisando brevemente as teorias filosóficas que baseiam a ideia até a criação normativa do Sistema Internacional de Direitos Humanos. As consequências trazidas para o campo das Relações Internacionais, influenciadas, como veremos, pelo fenômeno da globalização, serão analisadas através da observação das mudanças ocorridas em relação a outro conceito do Direito Internacional: o de soberania. Não são poucas as manifestações de defesa da soberania dos Estados no campo internacional da proteção dos direitos humanos. Esse capítulo foca o princípio da exaustão dos recursos internos, exigência normativa clássica do Direito Internacional e sua interpretação no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

Antony Anghie enfatiza o nexos entre o Direito Internacional e a missão civilizatória do século XIX.³⁴ O autor relaciona a universalização do Direito Internacional como consequência da expansão imperial, afirmando a imposição de uma dicotomia essencial entre os não Europeus e os Europeus, uma vez que as potências ocidentais eram vistas como civilizadas e soberanas, enquanto suas colônias faziam parte do mundo não civilizado.³⁵ “Os sistemas de desigualdade política e econômica que foram criados pelo colonialismo durante o século XIX continuam a operar. O Direito Internacional permanece enfaticamente Europeu.”³⁶ A principal afirmação de Antony Anghie, com a qual se concorda neste estudo, é

³¹ VINCENT, R. J. *Human Rights and International Relations*, Cambridge: Cambridge University Press, 1986, p. 123. Tradução livre.

³² *Ibid.*, p. 137. Tradução livre.

³³ FREEMAN, M. *Human Rights: an interdisciplinary approach*, Cambridge: Polity Press, 2002, p. 6.

³⁴ ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge: CUP, 2005.

³⁵ *Ibid.*, p. 113. Tradução livre.

³⁶ *Ibid.*, p. 112. Tradução livre.

a de que o conceito de soberania, que foi desenvolvido principalmente durante o século XIX, permanece sendo o núcleo do Direito Internacional hoje em dia e que esse conceito tem sido utilizado como obstáculo à universalização dos direitos humanos.

Historicamente, o Direito Internacional passou de uma concepção do Direito Natural dos séculos XVI e XVII para um enfoque positivista no século XIX. Os naturalistas defendiam um Direito Internacional universal derivado da razão humana aplicado a todos os povos. Nesse sentido, Direito estaria relacionado a conceitos de moral e de justiça, cuja origem é o pensamento liberal de que os indivíduos possuem direitos naturais de liberdade e igualdade. O liberalismo impõe limites na ação do Estado, uma vez que o Estado não é considerado uma fonte de direitos, mas uma instituição designada por contrato para proteger os interesses dos indivíduos na sociedade. Liberais como Kant e Rawls, por exemplo, afirmam a dignidade humana como o direito humano supremo, que é baseado em noções de justiça e não está submetido a interesses políticos.³⁷ Alexis de Tocqueville já afirmava que “a ideia de direitos elevava e sustentava o espírito humano, colocando no mesmo nível os sujeitos passivo e o ativo dos direitos. Assim, direitos tornam-se uma arma dos fracos contra os fortes”. Em *A República*, Cícero manifestou-se acerca das regras de Direito Natural como sendo “eternas e imutáveis.”³⁸

O enfoque positivista do século XIX, por sua vez, entendia Direito Internacional como uma criação da vontade soberana, focado na primazia do Estado. De acordo com o Direito Internacional Positivista, essa disciplina aplicar-se-ia somente aos Estados soberanos que compunham a Família das Nações, demonstrando a cumplicidade entre positivismo e colonialismo.³⁹ Positivistas veem a soberania como a exclusiva e última fonte de direito e de acordo com esse pensamento, ratificaram os regimes coloniais criados por tratados desiguais.⁴⁰ Para os positivistas, “o próprio direito é uma criação da vontade soberana.” De acordo com as ideias de Vattel, o soberano não poderia estar obrigado pelo Direito Internacional, porque sendo a mais alta autoridade, ele somente poderia obrigar-se por aquilo com o qual tivesse concordado.⁴¹ Diferente da concepção naturalista, a autoridade

³⁷ SANDEL, M. *Morality and the Liberal Idea in Public Philosophy: Essays on Morality in Politics*. Cambridge Ma: Harvard University Press, 2005, p. 147-155. Tradução livre.

³⁸ VINCENT, R.J. *Human Rights and International Relations*, Cambridge: Cambridge University Press, 1986, p. 17 e 21.

³⁹ SANDEL, M. *Morality and the Liberal Idea in Public Philosophy: Essays on Morality in Politics*. Cambridge Ma: Harvard University Press, 2005, p. 33-36. Tradução livre.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 44 and 73. Tradução livre.

⁴¹ ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge: CUP, 2005, p. 41-43. Tradução livre.

positivista estava baseada na soberania, que por sua vez era independente dos apelos relativos à moralidade ou à justiça.⁴²

Após a Segunda Guerra Mundial, observou-se um retorno às concepções de Direito Natural como base do Movimento Internacional dos Direitos Humanos. A necessidade de definir as violações aos direitos humanos cometidas durante o Holocausto como crimes de acordo com o Direito Internacional estava por trás dessa reconsideração da Teoria Naturalista. O objetivo principal era o de evitar que leis raciais como as promulgadas durante o regime Nacional-Socialista fossem consideradas legais simplesmente porque satisfaziam o requisito de derivarem de uma autoridade legal soberana. Como bem analisado por François Rigaux, direito não poderia ser unicamente uma questão de legalidade, mas deveria ser uma questão de legitimidade.⁴³ Legalidade era uma preocupação positivista, enquanto legitimidade podia ser mais bem explicada pelo Direito Natural, pois estava ligada a noções de ética. Portanto, o Direito Internacional pós-1945 não pode ser visto sem os Direitos Humanos, uma vez que ele está no topo na hierarquia do Direito Internacional; ele reorienta o Direito Internacional em geral, distanciando-se de uma visão positivista em direção aos conceitos de certo e errado característicos do Direito Natural. Consequentemente, os Direitos Humanos questionam a legitimidade do Estado'.⁴⁴

Os argumentos em prol de um direito de valores humanitários, que se impusesse sobre as legislações nacionais dos Estados, adquiriram força após a Segunda Guerra Mundial, quando da divulgação dos crimes ocorridos durante o Holocausto.⁴⁵ A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a Convenção Europeia de 1950 e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 1948, foram reflexos de movimentos conhecidos como de universalização e regionalização dos direitos humanos, resultado da influência da globalização nesta área⁴⁶. Sob um ponto de vista sociológico, Bryan Turner advoga que a institucionalização dos direitos humanos através das Nações Unidas é

⁴² *Ibid.*, p. 101. Tradução livre.

⁴³ RIGAUX, F. *A Lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁴⁴ SALOMON, M. *The Approach and Tools of International Human Rights Law*. [Aula] The London School of Economics and Political Science, 26/11/2009. Na mesma linha de raciocínio, a afirmação de Freeman: “Apelamos aos direitos humanos precisamente quando as instituições legais falham em reconhecê-los e aplicá-los. Se o positivismo legal fosse verdadeiro, uma base importante para criticar sistemas legais injustos estaria sendo eliminada”. FREEMAN, M. *Human Rights: an interdisciplinary approach*, Cambridge: Polity Press, 2002, p. 10. Tradução livre.

⁴⁵ MUTUA, MAKAU WA. *Politics and Human Rights: An Essential Symbiosis* in BYERS, MICHAEL (Ed). *The Role of Law in International Politics: Essays in International Politics and International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 149.

⁴⁶ KEOHANE, R. e NYE, J. *Power and Interdependence*. 3ª ed., London: Longman, 2001, p. 233.

uma característica importante do processo social da globalização onde direitos humanos passam a ser vistos como uma ideologia global.⁴⁷

A possibilidade e a utilidade da coexistência do sistema mundial e de sistemas regionais em matéria de proteção e promoção dos direitos humanos são aceitas e defendidas. O sistema universal coexiste com os três mais importantes sistemas regionais, ou seja, o europeu, o interamericano e o africano.⁴⁸

Keohane e Nye definem globalização como aumento do globalismo, que vem a ser um tipo de interdependência referente a relações múltiplas envolvendo distâncias multicontinentais. Haverá globalização quando as diferentes relações de interdependência tornarem-se mais profundas e envolverem pontos de conexão mais variados.⁴⁹ Como exemplos históricos de globalismo, os autores citam os fenômenos de globalização ambiental, biológica, militar, econômica e sociocultural, além da globalização política e legal, definidos nos movimentos de transporte e intercâmbio de capital, mercadorias, informações, ideias, pessoas, trabalho e substâncias que trazem mudanças como consequência.⁵⁰ As consequências advindas desses processos de interconexão são avaliadas pela sensibilidade e vulnerabilidade dos receptores de mudanças, outros dois conceitos, também desenvolvidos pelos autores para explicar a globalização e que estão relacionados à velocidade e intensidade dos efeitos observados em um país em função das mudanças realizadas em outra localidade. Se a globalização pode ser descrita como um “aumento das redes de interdependência entre distâncias multicontinentais”, os mesmos efeitos, quando observados em distâncias intracontinentais, caracterizam o fenômeno da regionalização.⁵¹

Jaime Ruiz de Santiago relaciona o fenômeno da globalização ao incremento da proteção internacional dos direitos humanos, observando que:

A globalização implica numa mudança ideológica mundial. Fazem parte dela os regimes de livre comércio, de liberdade de mercado, que produzem uma integração mundial no que se refere a novos atores que aparecem, novos participantes, novas regras e normas. Existe uma redução do espaço - acontecimentos distantes têm repercussão em nosso entorno pessoal imediato -; uma redução do tempo - os mercados e tecnologias se transformam com rapidez sem precedentes -; as fronteiras desaparecem (...).

⁴⁷ TURNER, B. Outline Theory on Human Rights in *Sociology*, vol. 27 n. 3, Oxford: Oxford University Press, p. 489-512.

⁴⁸ SILVA, G.E do Nascimento e ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 15ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 356.

⁴⁹ No mesmo sentido, a afirmação de BRYANT: *after an increase in interdependence, a given-sized policy action in one nation will typically have greater spillover effects on variables in the rest of the world, whereas less of the impacts will remain in the nation initiating the action*. KEOHANE, R. & MILNER, H. *Internationalization and Domestic Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 17

⁵⁰ KEOHANE, R. e NYE, J. *op. cit.*, p. 231-232.

⁵¹ KEOHANE, R. e NYE, J. *Power and Interdependence*. 3ª ed., London: Longman, 2001, p. 229.

No mundo globalizado a vida das pessoas se encontra vinculada de maneira mais profunda, intensa e imediata que nunca. Acrescenta-se também o fenômeno de uma crescente cultura mundial, graças à expansão dos meios de comunicação de massa que permitem o contato entre povos e culturas. No nível jurídico mundial percebe-se o aumento de convenções e declarações sobre direitos humanos a nível universal e regional, bem como o crescimento de mecanismos de proteção destinados a garantir sua existência e fortalecimento.⁵²

O processo atual de globalização, relativo principalmente à década de 90, está intimamente ligado à revolução das informações, com as mudanças nas tecnologias de comunicação. Outro aspecto importante dessa era, contudo, é sinalizado pelo fim da Guerra Fria, e o conseqüente fortalecimento do capitalismo como sistema econômico, bem como das tradições ocidentais do Liberalismo, Estado de Direito e Democracia.⁵³ Da mesma forma, renasce a crença da civilização ocidental na existência de uma lei comum que se estenda a toda sociedade internacional, e que por isso transcenda a lei particular de uma determinada comunidade política. Esse resgate da Teoria do Direito Natural⁵⁴, que ocorreu logo após o fim da Segunda Guerra Mundial e possibilitou a criação de legislações internacionais de direitos humanos, pode ser observado também com o fim da Guerra Fria, quando a citada valorização da tradição ocidental após o colapso do socialismo incentivou a implantação de jurisdições internacionais de direitos humanos.⁵⁵

No segundo pós-guerra, a ruptura totalitária levou à afirmação de um Direito Internacional Penal, que procura tutelar interesses e valores de escopo universal, cuja salvaguarda é fundamental para a sobrevivência não apenas de comunidades nacionais, de grupos étnicos, raciais ou religiosos, mas da própria comunidade internacional.⁵⁶

Em relações internacionais, o conceito de direitos humanos pertence à tradição idealista, uma vez que ele impõe altos padrões éticos a serem atingidos por parte dos

⁵² RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. *Diagnóstico de la Realidad de los derechos humanos en América Latina: tendencias y desafíos*. La Nueva Dimensión de Las Necesidades de Protección del Ser Humano en el inicio del siglo XXI, 3ª ed., San José, Costa Rica, 2004, p. 123. Tradução livre.

⁵³ KEOHANE, R. e NYE, J. *op.cit.*, p. 250.

⁵⁴ O Direito Natural, como antes mencionado, está associado à ideia de Justiça, vinculando norma e valor, direito e moral. De acordo com o chamado “processo de humanização do direito internacional”, “a razão da humanidade passa a impor limites à razão do Estado.” O homem passa a ser visto como um fim em si mesmo, e o Estado, como um meio para a realização das suas potencialidades”. RIGAUX, F. *A Lei dos Juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 131-150.

⁵⁵ LAFER, C. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*: Companhia das Letras, São Paulo, 1998, p. 35.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 23. Interessante notar, contudo, que as jurisdições internacionais, a exemplo do TPI, que só veio a ser estabelecido em 2003, necessitaram do incentivo dos movimentos de globalização e integração para serem, de fato, reconhecidas. A Corte Europeia de Direitos Humanos, por exemplo, apesar de ter sido criada em 1959, analisou apenas 7 casos em 1981. Em 1997, porém, este número cresceu para 119 casos. Já a Comissão Europeia, que iniciou seus trabalhos em 1954 e em 1981 recebeu apenas 404 petições, em 1997 contabilizou 4.750 petições recebidas. Dados disponíveis em: www.echr.coe.int, acesso em 17/09/08.

governos. A teoria predominante na disciplina, contudo, é a realista, de acordo com a qual são os Estados os atores principais nas relações internacionais e esses agem motivados primeiramente por interesses próprios o que explica uma marginalização do conceito de direitos humanos na disciplina. O realismo, portanto, explica o porquê dos Estados negligenciarem os direitos humanos, mas essa teoria é incapaz de justificar a introdução e o crescimento da influência dos direitos humanos nas relações internacionais.⁵⁷ Essas questões podem ser explicadas no contexto da teoria da Interdependência.

A emergência de novos atores, como as instituições internacionais, a expansão dos níveis de atividade de outras, como as ONGs, o aumento de dependência mútua entre os países ou entre atores de diferentes países, com a consequente diminuição de autonomia de cada um desses países ou atores, caracterizam a Interdependência.⁵⁸ Keohane destaca, ainda, como características de uma Interdependência Complexa, a existência de múltiplos canais de conexão entre as sociedades, podendo haver relações interestatais, transgovernamentais e transnacionais; a ausência de hierarquia entre os assuntos, uma vez que a distinção entre negócios domésticos e estrangeiros se enfraquece; e a diminuição do papel da força militar, que deixa de ser usada pelos governos como forma de resolução de conflitos.⁵⁹

A interdependência possibilitou que as pressões políticas emanadas do Sistema Internacional passassem a ter um papel mais significativo, da mesma forma que o Processo de Regionalização fomenta os fóruns de discussão internacional.⁶⁰ O incremento do Processo de Regionalização dos direitos humanos no continente americano está, portanto, inserido num contexto maior de interdependência. Relações de interdependência geralmente ocorrem e são afetadas por redes de regras, normas e procedimentos que regularizam comportamentos e regulam seus efeitos. Esses compromissos que afetam as relações de interdependência são os chamados Regimes Internacionais.⁶¹ Um Direito Regional, de cunho humanitário, capaz de assegurar a prevalência do Estado Democrático de Direito em todos os países americanos passa a ser proposto e exigido como condição para que os Estados permaneçam incluídos no Regime Internacional. Multiplicam-se as instâncias supranacionais às quais os Estados, através de um ato unilateral de exercício de soberania, comprometem-se a delegar poderes antes conferidos unicamente ao Estado-nação. O papel das organizações internacionais, por

⁵⁷ FREEMAN, M. *Human Rights: an interdisciplinary approach*, Cambridge: Polity Press, 2002, p. 131.

⁵⁸ KEOHANE, R. e NYE, J. *Power and Interdependence*. 3ª ed., London: Longman, 2001, p. 7.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 21-22.

⁶⁰ *The internationalization is having profound effects on domestic politics, although the forms that these effects take vary cross-nationally due to different institutional as well as political-economic conditions.* KEOHANE, R. & MILNER, H. *Internationalization and Domestic Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 7.

⁶¹ KEOHANE, R. e NYE, J. *Power and Interdependence*. 3ª ed., Longman: London, 2001, p. 17.

isso, aumenta no mundo interdependente. Na política mundial moderna, os direitos humanos foram em grande parte colocados na agenda devido a campanhas dos grupos não governamentais na Conferência de São Francisco, que originou a Organização das Nações Unidas.⁶²

(...) num mundo de múltiplos assuntos ligados imperfeitamente, no qual coalizões se formam de forma transnacional e transgovernamental, o papel potencial das instituições internacionais na barganha política é fortemente aumentado. Em particular, elas ajudam a definir a agenda internacional e atuam como catalisadoras na formação de coalizões e como arenas de iniciativa política e ligação para Estados mais fracos.⁶³

Os Regimes Internacionais de Direitos Humanos são constituídos pelos arranjos internacionais relativos à promoção e à proteção dos direitos humanos. Esses Regimes podem ser definidos pelo conjunto de normas e procedimentos estatais que visam o tratamento de indivíduos e grupos na arena mundial, independentemente da nacionalidade desses. A formação desses Regimes representa, portanto, uma revolução nas Relações Internacionais, pois passa a incluir na sociedade mundial outros membros além do Estado, como os indivíduos e os atores não estatais. A partir de então, passa a ser difícil definir com clareza antigos princípios da sociedade internacional, como os de soberania e não intervenção.⁶⁴ Mais do que isso, os direitos humanos colocam o indivíduo em posição de igualdade com o Estado na hierarquia mundial, sendo aquele capaz de demandar direitos em relação a esse.

Se por um lado as relações de interdependência entre os países, aliadas aos movimentos de globalização e regionalização, impõem uma maior flexibilização de normas, com a conseqüente internacionalização de legislações e jurisdições, o princípio clássico de soberania estatal, tido como direito fundamental do Estado, ainda permanece como um forte argumento a justificar a manutenção das diferenças.⁶⁵ De uma forma geral, soberania está ligada aos conceitos de independência e autodeterminação. Rosalyn Higgins afirma “a importância da soberania no sistema de direito internacional, uma vez que os Estados ainda são os atores mais importantes”, enquanto Koskeniemmi enfatiza que “soberania Estatal é o

⁶² VINCENT, R.J. *Human Rights and International Relations*, Cambridge: CUP, 1986, p. 98.

⁶³ KEOHANE, R. e NYE, J. *op.cit.*, p. 30. Tradução livre.

⁶⁴ VINCENT, R.J. *op.cit.*, p. 99.

⁶⁵ O conceito clássico de soberania ao qual se faz referência é o entendimento da falta de submissão do Estado a uma autoridade ou poder superior. A soberania estatal constitui um dos elementos mais importantes da comunidade internacional, ao lado da igualdade soberana dos Estados. *La soberanía constituye un principio constitucional del derecho internacional, y su esencia consiste en el derecho a ejercer las funciones del Estado en un plano de independencia e igualdad respecto de otros Estados*. PAGLIARI, A.S. *Derecho Internacional Publico: Ensayos II*, Córdoba, Argentina: Grupo Novecento Editor, 2003, p. 19-20.

ponto inicial do direito internacional”.⁶⁶ No campo dos direitos humanos, esse argumento aparece positivado sob a forma de cláusula em inúmeros Tratados Internacionais ou mesmo na prática decisória dos Órgãos Internacionais responsáveis pela supervisão dos Direitos Individuais.

De acordo com Martti Koskenniemi, “teorias seculares de legislação e soberania política emergiram no século XIII”. Essas teorias frutificaram a partir da transformação das comunidades feudais em monarquias nacionais e conseqüentemente, da erosão da fé na autoridade Divina e da necessidade de explicar o poder soberano. Jean Bodin reconhecia soberania como uma autoridade suprema impossível de ser compartilhada ou dividida. O autor explicava o Estado e a legitimidade de sua soberania através da tarefa de proporcionar segurança e bem-estar aos cidadãos. Esse entendimento representava uma mudança em relação ao argumento medieval e, seguindo o pensamento de Thomas Hobbes, relacionava a legitimidade do poder soberano à necessidade de se evitar uma guerra civil e ao mesmo tempo de proteger os indivíduos uns dos outros. De acordo com essas ideias, portanto, direito e ordem na sociedade eram as razões tidas como explicativas da autoridade política.⁶⁷

Soberania, num contexto positivista, era definida como controle sobre o território, e partindo das influências coloniais do século XIX, estava também “identificada com características culturais particulares, bem como com um processo cultural particular: o da Europa (...). O continente Europeu era o sujeito da soberania, enquanto que os não Europeus eram o objeto da soberania”. Soberania estava, portanto, “alinhada às noções de ordem social, organização política, progresso e desenvolvimento”, de onde Antony Anghie nota o “papel da raça e da cultura na formação de doutrinas básicas de Direito Internacional, como a da Soberania”.⁶⁸

O reconhecimento da soberania como um conceito flexível pode ser demonstrado através da observação de Koskeniemmi de que “não é pouco frequente que ambas as partes em uma disputa coloquem seus argumentos conflitantes em termos de sua soberania”.⁶⁹ Isto pode ser facilmente demonstrado através das inúmeras maneiras com as quais demandas em torno da soberania têm determinado as Relações Internacionais desde o século XIX. Como já afirmado, durante o século XIX, soberania constituiu uma “afirmação de poder e autoridade do mundo Europeu, mas representou alienação e subordinação para os

⁶⁶ KOSKENNIEMI, M. *From Apology to Utopia: the structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 236 and 256. Tradução livre.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 77-79. Tradução livre.

⁶⁸ ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge: CUP, 2005, p. 100-103. Tradução livre.

⁶⁹ *Idem*. Tradução livre.

não Europeus”. Nesse sentido, os legados do século XIX influenciaram os esforços empreendidos pelas antigas colônias em reformar o Direito Internacional e criar um sistema que refletisse as necessidades dos povos do Terceiro Mundo com todos os obstáculos inerentes a esse processo.⁷⁰ Os esforços desses países para criar um Direito Internacional útil aos seus interesses podem ser observados ainda hoje, e também estão relacionados com a causa da proteção da soberania.

Como observou Antony Anghie, “a Nova Ordem Econômica Mundial foi um exemplo dos esforços da parte do Terceiro Mundo em utilizarem a soberania para reverter os efeitos do colonialismo”. Nesse sentido, outras estratégias foram adotadas pelos países do Terceiro Mundo, como as doutrinas de autodeterminação dos povos, a de Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais, dos Direitos Humanos, de Responsabilidade Estatal e a do Direito Internacional do Desenvolvimento, por exemplo.⁷¹

O Relatório do *Special Rapporteur* das Nações Unidas sobre violência contra as mulheres de 2007, também assinalou um ponto importante ao relacionar a opressão colonial e as campanhas em prol dos direitos da mulher. Nas palavras de Yakin Ertürk “educação social com o objetivo de melhorar as condições de vida das mulheres, que incluíam o aumento da idade mínima para casamento e a introdução de educação básica tornaram-se emblemáticos dos avanços imperiais”. Posteriormente, a autora enfatiza: “(...) a contínua validade dos aspectos do direito costumeiro que assinalam discriminação de gênero são ainda hoje defendidas em nome do anticolonialismo, anti-imperialismo e restauração da cultura original”.⁷² Esta afirmação exemplifica como os argumentos relativos à cultura podem opor-se às tentativas de aplicação universal dos direitos humanos, assim como demonstra claramente que a proteção da soberania é um argumento que tem constantemente desafiado as concepções de Direitos Humanos Internacionais.

Objetivou-se até agora, portanto, demonstrar que a força do conceito de soberania no Direito Internacional deveu-se muito às consequências da expansão imperial do século XIX. O próximo argumento, entretanto, é o de que a riqueza deste conceito faz com que ele possa ser utilizado de forma ambígua, tanto para promover quanto para dificultar a aplicação dos direitos humanos.

As próprias variações contextuais acerca do conceito de soberania são capazes de explicar tal ambiguidade, pois se for considerado o enfoque legal, assim como defendido

⁷⁰ *Ibid.*, p. 105 e 110. Tradução livre.

⁷¹ *Ibid.*, p. 198-199. Tradução livre.

⁷² ERTÜRK, YAKIN. Informe do *Special Rapporteur* sobre violência contra as mulheres, suas causas e consequências. *Intersections between culture and violence against women*, 2007, p. 17 e 22. Tradução livre.

por Kelsen, de que a ordem legal precede a soberania do Estado, concorda-se com a possibilidade de restrições à soberania estatal. Por outro lado, de acordo com o enfoque *pure facto*, de Schmitt, soberania deve ser entendida como um fato normativo com o qual o direito deve se adaptar. Tal pensamento reforça a liberdade do Estado, afirmando que a ordem soberana precede ao Direito.⁷³

Krasner nomina soberania de quatro formas diferentes, conforme a relação de autoridade observada dentro do território do Estado: soberania internacional legal seria aquela dependente de reconhecimento mútuo entre a comunidade internacional; soberania westfaliana estaria relacionada à exclusão de atores externos nas relações de poder observadas dentro do Estado; a doméstica, a que requer autoridade política sobre o território e a interdependência a que levaria em consideração a habilidade das autoridades públicas no controle dos fluxos no interior do território estatal. O mesmo autor diferencia os conceitos de autoridade e controle, sendo este possível de ser atingido simplesmente através do uso da força, enquanto aquele necessitaria de reconhecimento mútuo. Para Krasner, portanto, autoridade é o direito reconhecido de um agente para exercer determinadas atividades.⁷⁴

Krasner analisa, ainda, as origens das possíveis violações aos diferentes tipos de soberania. Assim, conforme o autor, a violação da soberania internacional legal tem ocorrido através de acordo mútuo, uma vez que reconhecimento depende da aceitação voluntária de outros Estados. Já violações da soberania westfaliana podem ocorrer tanto através de acordos voluntários quanto pelo uso da força. Com relação a esse ponto, o autor destaca,

A norma de autonomia, núcleo da soberania westfaliana, tem sido desafiada por alternativas que incluem direitos humanos, direitos das minorias, responsabilidade fiscal, e manutenção da ordem mundial. (...) As pressões sofridas pelos governantes tem levado à separação entre a norma da autonomia e a prática. Discurso e ação não coincidem.⁷⁵

Krasner identifica as assimetrias do sistema internacional, que levam às contradições entre o discurso e a prática dos governantes, uma vez que argumentos como o da proteção dos direitos humanos podem - e de fato tem – representado uma justificativa racional para explorar as oportunidades apresentadas pelas diferenças de poder no plano

⁷³ KOSKENNIEMI, M. *From Apology to Utopia: the structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 228-234. O princípio de acordo com o qual a soberania estatal deve ser presumidamente extensiva e conhecido em Direito Internacional como “Princípio Lotus”, julgamento da Corte Permanente de Justiça de 1972 no “*Caso Lotus*”.

⁷⁴ KRASNER, D. *Sovereignty: Organised Hypocrisy*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 3, 4 e 10.

⁷⁵ KRASNER, D. *Sovereignty: Organised Hypocrisy*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 8.

internacional.⁷⁶ A realidade demonstra, assim, similaridade com a crítica de Karl Marx aos direitos humanos. Conforme Marx, direitos não são inerentes ou universais, como defendia o pensamento liberal. Os direitos humanos são uma criação estratégica da sociedade burguesa para defender relações de poder e manutenção de privilégios.⁷⁷ A alta politização do principal órgão executivo mundial para a proteção dos direitos humanos, o Conselho de Segurança das Nações Unidas, também exemplifica o pensamento Marxista nesse ponto.

Como ressalta Freeman, as Nações Unidas introduziram o conceito de direitos humanos no direito internacional sem alterar o de soberania. A estrutura legal está, contudo, sujeita a intensas pressões políticas, com os Estados e outros atores procurando realizar seus interesses na arena internacional. A implementação dos direitos humanos por parte das Nações Unidas é, portanto, altamente politizada, o que leva a uma atenção seletiva aos problemas de direitos humanos, barganha política e atrasos na concretização dos objetivos. Em suma, as Nações Unidas têm sido a instituição central onde os direitos humanos internacionais e a política se encontram e com frequência entram em conflito, além de ser o fórum internacional onde podemos presenciar as contradições entre os ideais de direitos humanos e a realidade.⁷⁸ Outro exemplo do reflexo das diferenças de interesse são as prioridades em relação aos direitos humanos entre os países do Norte e do Sul. A história da evolução da doutrina dos direitos humanos nas Nações Unidas revela a mudança no equilíbrio de poder na Assembleia Geral dessa Organização, que reflete o fato de ser composta em sua maioria por países do Sul.⁷⁹ Após a Segunda Guerra Mundial, portanto, governantes ratificaram inúmeros acordos para proteção dos direitos humanos, originando o chamado Regime Internacional dos Direitos Humanos. As razões para tanto, na visão de Krasner, vão desde uma tentativa de aproximação do Estado com a modernidade do século XX para atrair apoio interno e externo, até esforços para atrair apoio do bloco dos países do Terceiro Mundo, ou ainda, uma forma de garantir sucessão no governo. O autor conclui, porém, que a motivação dos governantes ao ratificarem Convenções parece não ter tido, na genuína promoção dos direitos humanos, um fator decisivo. A respeito dessa afirmação, Krasner observa ainda que a prática estatal tende a desviar-se dos valores com os quais o Estado se comprometeu sob a forma de Tratados quando o regime não possui dispositivos de

⁷⁶ *Idem*

⁷⁷ MARX, K. On the Jewish Question, in David McLellan (Ed.). *Karl Marx: Selected Writings*, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 46-70.

⁷⁸ FREEMAN, M. *Human Rights: an interdisciplinary approach*, Cambridge: Polity Press, 2002, p. 9.

⁷⁹ VINCENT, R.J. *Human Rights and International Relations*, Cambridge: Cambridge University Press, 1986, p. 83. A dicotomia Norte-Sul a que se refere este trecho relaciona-se ao desenvolvimento, sendo os países desenvolvidos representados pelo Norte do globo, e os em desenvolvimento pelo Sul.

monitoramento e aplicação dos direitos. A falta de apoio doméstico para a causa dos direitos humanos também parece ser um fator relevante a influenciar o baixo índice de aplicabilidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no plano nacional.⁸⁰ Considera-se, ainda, a publicidade como um fator central no processo de implantação dos direitos.⁸¹

Os Direitos Humanos são exemplo de uma tensão entre a autonomia dos Estados e os esforços internacionais para regular as relações entre governantes e governados. Nesse sentido, as Convenções, apesar de dependerem de ratificação voluntária para serem invocadas e ainda quando não possuem mecanismos claros de aplicação prática, são capazes de alterar as estruturas de autoridade doméstica ao introduzirem fontes externas de legitimidade.⁸² Nenhum dos acordos de direitos humanos das Nações Unidas violam o conceito internacional legal de soberania, uma vez que todos dependem da ratificação voluntária dos Estados para serem reconhecidos como operantes no território estatal. No mesmo contexto, porém, a soberania westfaliana pode ser comprometida uma vez que se passa a exigir legitimação externa para práticas domésticas nas relações entre governantes e governados. O impacto real das Convenções internacionais nas estruturas de autoridade nacional indicam o maior ou menor grau de comprometimento da soberania westfaliana.⁸³ Assim, a soberania doméstica também seria afetada pela criação de autoridades supranacionais. O Regime Internacional dos Direitos Humanos, dessa forma, altera as relações de autoridade e legitimidade dentro do Estado, pondo em xeque a soberania entendida nos conceitos westfaliano e doméstico de Krasner, e ainda no conceito de interdependência, devido à incapacidade dos governos em resistir à influência estrangeira.⁸⁴

De acordo com as ideias de Stephen Krasner, Richard Falk também relaciona a Interdependência com os desafios impostos ao conceito de soberania estatal:

No discurso contemporâneo tornou-se comum para os observadores notarem que a soberania estatal tem sido diluída pela globalização. Tais analistas preocupam-se fundamentalmente com questões de controle, e não de autoridade. A inabilidade para regular o fluxo de mercadorias, pessoas, poluentes, doenças e ideias através das fronteiras territoriais tem sido descrita como uma perda de soberania (...).⁸⁵

⁸⁰ KRASNER, D. *Sovereignty: Organised Hypocrisy*. Princeton: New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 122.

⁸¹ VINCENT, R.J. *op.cit.*, p. 96.

⁸² KRASNER, D. *op.cit.*, p. 121-126.

⁸³ KRASNER, D. *Sovereignty: Organised Hypocrisy*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 31.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 113-119.

⁸⁵ KRASNER, S. In STEINER, H. and ALSTON, P. *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*. 2ª ed., Oxford University Press, 2000, p. 575. Tradução livre.

A difusão do apoio aos direitos humanos e a emergência de uma norma democrática credencia a visão de que o próprio Estado é sujeito não só de direitos, mas também de obrigações, e que estas obrigações podem ser implementadas através de um processo de intervenção humanitária por parte da comunidade internacional.⁸⁶

Citando conclusões de Andrew Moravcsik em relação aos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, Krasner observa uma maior elaboração formal nos dispositivos do sistema Interamericano em comparação com o Europeu. Contudo, o Sistema Europeu tem se mostrado mais eficiente em termos de consequência do que o Interamericano, David Forsythe sugere que as diferenças nos níveis de apoio político local seria a razão para essa diferença:

Governantes nos Estados da América Latina ratificaram acordos de direitos humanos mas têm frequentemente falhado na sua aplicação. Fatores domésticos que fizeram do Regime Europeu de Direitos Humanos tão efetivo, inclusive o apoio de grupos da sociedade civil e estruturas institucionais, especialmente os Tribunais, tiveram menos consequência na América Latina.⁸⁷

A partir de uma análise da aplicação prática do conceito de soberania no interior dos órgãos supranacionais de defesa dos direitos humanos, o Professor Cançado Trindade observa que “ambas as exceções de domínio reservado e de não esgotamento de recursos internos constituem artifícios a serviço da soberania dos Estados”.⁸⁸ Segundo a exigência de esgotamento dos recursos internos, princípio clássico do direito internacional, uma reclamação somente será aceita no plano internacional depois que tenham sido esgotados os recursos – administrativos e jurídicos – no nível nacional. Trata-se de uma ratificação da subsidiariedade da jurisdição internacional em relação à estatal. Conforme salientou o Professor Cançado Trindade, “o propósito do princípio dos recursos internos é o de proteger o direito de um Estado de exercer a sua jurisdição interna dentro de suas próprias fronteiras. Há o ingrediente territorial básico neste princípio.”⁸⁹

Ressalta ainda, o autor, as condições para a aplicação da regra dos recursos internos, fruto da observação da jurisprudência dos órgãos internacionais. Tais requerimentos estão baseados na “especificidade do direito internacional dos direitos humanos”, pois flexibilizam a norma com o fim de facilitar o processo de admissibilidade da demanda

⁸⁶ FALK, R. In STEINER, H. and ALSTON, P. *op.cit.*, p. 582. Tradução livre.

⁸⁷ FORSYTHE, D. cited in KRASNER, D. *op.cit.*, p. 118. Tradução livre.

⁸⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O esgotamento dos recursos internos no direito internacional*. 2ª ed. atual. – Universidade de Brasília: Brasília, 1997, p. 48.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 66.

internacional.⁹⁰ Assim, os recursos domésticos devem ser acessíveis e úteis (Teste da Eficácia). Além disso, para que a cláusula seja válida como requisito preliminar de admissibilidade, devem ser levados em consideração a hipossuficiência da vítima, bem como o dever preventivo do Estado de prover recursos internos eficazes para evitar que a violação ocorra. Entende-se, também, algumas regras processuais que devem ser mantidas para a aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos, como a da renúncia tácita e consequente *estoppel* (preclusão processual). De acordo com esse entendimento processual, a invocação da regra deve ser feita no início, em sede de preliminares. Se posteriormente, no decorrer do processo, o governo deixar de mencioná-la, por exemplo, considera-se renúncia tácita a preliminar arguida. Outro requisito relaciona-se a não aplicação da exigência do esgotamento dos recursos internos em casos gerais, onde se questiona unicamente a compatibilidade de legislações com a Convenção Internacional. Por fim, deve ser considerado também o amplo alcance das exceções à regra, que devem ocorrer sempre que forem demonstradas práticas estatais de violações aos direitos humanos, além da distribuição do ônus da prova, de forma que o maior ônus deva recair sobre os governos demandados, como forma de proteção ao sujeito vulnerável da relação processual.⁹¹

A Corte Interamericana de Direitos Humanos pronunciou-se a respeito da regra do esgotamento dos recursos internos, presente no artigo 46 da Convenção Americana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva 11/90, solicitada pela Comissão Americana de Direitos Humanos⁹² Nesse parecer, os juízes interamericanos pronunciaram-se a respeito das exceções à regra do *caput* do artigo 46, presentes nos incisos 2 (a) e 2 (b) do referido artigo. Duas eram as situações a serem analisadas pela Corte:

1. Se o requisito de esgotamento dos recursos jurídicos internos se aplicaria ao indigente que, devido a circunstâncias econômicas, não fosse capaz de fazer uso dos recursos jurídicos internos de seu país;

2. Se a exigência permaneceria também para o reclamante individual que não pudesse obter representação legal devido à existência de um temor generalizado no ambiente jurídico do seu país;

Para ambas as dúvidas referidas, em caso de se considerar que nessas situações a exigência de esgotamento dos recursos internos poderia ser eximida, a Corte foi questionada

⁹⁰ *Ibid.*, p. 237.

⁹¹ *Ibid.*, p. 237.

⁹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Opinião Consultiva 11/90, de 10 de agosto de 1990. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.doc, acesso em 06/02/2010. Tradução livre.

sobre quais seriam os critérios a serem estabelecidos pela Comissão para análise de admissibilidade desses casos.⁹³

Com relação à questão da indigência, a Corte manifestou estar ciente de que as Defensorias Públicas, órgãos destinados a fornecer assistência jurídica gratuita à população carente, não se faziam presentes na totalidade dos Estados americanos, de forma que, em alguns casos, o requisito de esgotamento dos recursos internos poderia ser discriminatório com base na condição social do indivíduo, o que atentaria contra o Artigo 1.1 da Convenção Americana. Relativamente ao temor generalizado que poderia impedir o trabalho dos advogados em determinados casos, a Corte mostrou-se sensível ao fato de que “quando prevalece um ambiente de temor, os advogados não aceitam casos que possam por em perigo a sua vida ou a de seus familiares”⁹⁴, o que seria também um empecilho ao esgotamento dos recursos da jurisdição doméstica.

No mérito, a Corte reiterou as exceções à regra do esgotamento dos recursos internos presentes no próprio texto da Convenção, conforme as alíneas a, b e c do inciso 2 do Artigo 46, que permitem a flexibilização da regra quando:

- a) não exista na legislação interna do Estado de que se trata o devido processo legal para a proteção do direito ou dos direitos que se alega terem sido violados;
- b) não se tenha permitido à vítima o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou lhe tenham impedido de esgotá-los;
- c) caso haja atraso injustificado na decisão sobre os mencionados recursos.

Uma vez que não há referência específica à questão da indigência ou do temor generalizado, as respostas às perguntas formuladas pela Comissão dependiam então de determinar se tais hipóteses seriam abrangidas por alguma das exceções a que se refere o Artigo 46 da Convenção. A Corte considera, assim, que a terminologia do Artigo 46 (2) indica que o indigente terá que esgotar os recursos internos do seu país antes de ingressar com uma demanda internacional, dependendo da lei e das circunstâncias, a que este estiver submetido. Dessa forma, a Corte assim se pronuncia:

Se uma pessoa que busca a proteção da lei para fazer valer os direitos que a Convenção lhe garante, encontra que sua posição econômica (no caso, a indigência), lhe impede de fazê-lo porque não pode pagar a assistência legal necessária ou cobrir as custas do processo, resultará discriminada em função

⁹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Opinião Consultiva 11/90, de 10 de agosto de 1990. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.doc, acesso em 06/02/2010, p. 2. Tradução livre.

⁹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Opinião Consultiva 11/90, de 10 de agosto de 1990. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.doc, acesso em 06/02/2010, p. 3. Tradução livre.

de sua posição econômica e colocada em condições de desigualdade perante a lei (...).⁹⁵

Constitui dever dos Estados-partes organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos.⁹⁶

Com relação à questão da indigência, portanto, a Corte conclui que a Convenção não exige que haja assistência jurídica gratuita aos cidadãos. Por isso, um indigente seria discriminado em razão de sua situação econômica caso seu Estado não provesse tal assistência de forma gratuita. Por unanimidade, a Corte entende que, “se um indivíduo requer assistência legal para proteger um direito garantido pela Convenção e sua indigência o impede de obtê-la, relevar-se-á a exigência de esgotamento dos recursos internos.

Na análise da questão relativa ao temor generalizado como obstáculo à efetivação do direito do acesso à justiça, a Corte reitera que o Artigo 1 da Convenção Americana, relativo ao dever dos Estados de respeitar os direitos e liberdades dos indivíduos, bem como de garantir o pleno exercício destes, afirma-se como uma obrigação positiva para os Estados-partes. Assim, é obrigação estatal tomar todas as medidas necessárias para remover os obstáculos que possam existir a fim de que os indivíduos possam desfrutar dos direitos que lhes são reconhecidos pela Convenção. Nas palavras dos juízes:

(...) quando se demonstra que os recursos são negados sem chegar ao exame da validade dos mesmos, ou por razões fúteis, ou se comprova a existência de uma prática ou política ordenada ou tolerada pelo poder público, cujo efeito é o de impedir a certos demandantes a utilização dos recursos internos que, normalmente, estariam ao alcance dos demais... Confiar nesses recursos seria uma formalidade que carece de sentido. As exceções do artigo 46.2 seriam plenamente aplicáveis nestas situações e eximiriam da necessidade de esgotar os recursos internos que, na prática, não podem alcançar seu objeto.⁹⁷

Reafirma também, a Corte Interamericana, que o ônus da prova é do Estado que alega a exceção preliminar, ou seja, incumbe ao Estado que alegou a exceção de não

⁹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Opinião Consultiva 11/90, de 10 de agosto de 1990. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.doc, acesso em 06/02/2010, p. 7. Cabe lembrar, contudo, que esse entendimento da Corte relaciona-se apenas a alguns países americanos, aqueles que não possuem serviço de assistência jurídica gratuita. Tal justificativa para exclusão da regra dos recursos internos, se baseada unicamente na carência de recursos financeiros, seria inadmissível, provavelmente, em países como o Brasil, por exemplo, onde existem Defensorias Públicas federais e estaduais, além do benefício da assistência jurídica gratuita, que exime os cidadãos de baixa renda de arcarem com as custas processuais.

⁹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Velasquez Rodriguez*, julgamento de 29/07/1988 in Opinião Consultiva 11/90, de 10 de agosto de 1990. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.doc, acesso em 06/02/2010, p. 7. Tradução livre.

⁹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Velasquez Rodriguez*, julgamento de 29/07/1988 in Opinião Consultiva 11/90, de 10 de agosto de 1990. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.doc, acesso em 06/02/2010, p. 9. Tradução livre.

esgotamento provar que no seu sistema interno existem recursos cujo exercício não foram esgotados. A partir de então, o ônus da prova passa a ser do reclamante, que deve demonstrar que as exceções contempladas no artigo 46 (2) são aplicáveis.

Também de forma unânime, a Corte conclui essa Opinião Consultiva manifestando que, “quando existe um medo generalizado, a exceção do artigo 46 inciso 2 é plenamente aplicável e o indivíduo estará eximido de esgotar os recursos de direito interno.”

O Estado poderá ser responsabilizado tanto quando a violação foi cometida por um agente estatal quanto em casos em que o Estado falhou no dever de prevenir a ocorrência do dano ou ainda quando falhou na realização de investigação e sanção aos responsáveis e indenização à vítima.⁹⁸ O caso 12.051, que originou a Lei Maria da Penha no Brasil, exemplifica uma situação de violação perpetrada por um agente particular (no caso o marido da requerente), na qual o Estado brasileiro foi responsabilizado por falhar na investigação e sanção do agressor e reparação à vítima. Nesse caso, ícone da violência doméstica no Brasil, a Comissão entendeu como injustificada a demora do Judiciário brasileiro na realização do julgamento do agressor.⁹⁹

Com base em exemplos da área dos direitos da mulher e da prática do Sistema Interamericano de Direitos Humanos com relação à exigência do esgotamento dos recursos internos, argumentou-se que soberania tem sido atualmente utilizada para limitar os impactos das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no território dos Estados. Ainda quando exceções são autorizadas com o intuito de efetivar a jurisdição inter-regional, como observamos na Opinião Consultiva 11/90, a questão que se destaca é a dificuldade imposta ao Sistema - e muitas vezes pelo próprio Sistema – no monitoramento e conseqüente julgamento de violações aos direitos humanos. O princípio do esgotamento dos recursos internos, exigência que se observa em todos os Sistemas de Direitos Humanos – Universal e Regionais, enfatiza a subsidiariedade desses em relação à jurisdição dos Estados, reafirmando a cautela do Direito Internacional quando o assunto é soberania. Um ponto inicial para solucionar esse desafio, contudo, parece estar situado na própria flexibilidade do conceito. Sendo, como foi demonstrado, um instrumento modificável, soberania pode ser reconstruída em prol da aplicação dos Direitos Humanos Internacionais.

⁹⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *What is the IACHR?* Disponível em: www.cidh.org.what.htm, acesso em: 5/9/2008.

⁹⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: Informe 54/01, caso 12.051: *Maria da Penha Maia Fernandes v Brasil*. Disponível em: www.cidh.org/annualrep/2000sp/capituloiii/fondo/brasil12.051.htm, acesso em: 18/08/2009.

1.2 A Fórmula da Quarta Instância

Em 13 de novembro de 1984, a Comissão recebeu a denúncia individual do Sr. Clifton Wright, prisioneiro condenado à morte na Jamaica acusado de homicídio. O réu, contudo, alegava inocência, e recorria à Comissão Interamericana por entender que seu acesso à Justiça havia sido negado durante o processo que culminou com a sua condenação. Entre as denúncias do Sr. Wright, estavam as de abuso de autoridade por parte dos policiais jamaicanos que o prenderam, incluindo tortura física. Informou ainda, o requerente, que o acesso a advogado de defesa lhe foi disponibilizado apenas algumas semanas antes do julgamento, e que ele não havia tido oportunidade de relatar o ocorrido, pois havia sido interrompido pelo juiz antes de terminar seu depoimento. Ainda, foi demonstrado que evidências periciais impossibilitavam a conclusão relativa à autoria do crime de homicídio pelo qual o Sr. Wright havia sido condenado, tendo em vista a informação de que o réu já se encontrava sob custódia policial no momento em que a vítima havia sido agredida. A Comissão não aceitou a alegação do Governo jamaicano de que as vias domésticas não haviam sido esgotadas e recomendou que fosse realizada uma nova investigação, além de que fosse possibilitado ao réu um recurso judicial que pudesse sanar a injustiça cometida. O caso *Clifton Wright v Jamaica*, de 1988, embora não ilustre um caso de inadmissibilidade, apresenta a primeira referência da Comissão Interamericana relativa à Fórmula da Quarta Instância. O desenvolvimento jurisprudencial desta fórmula possibilitou a declaração de inadmissibilidade de casos como *Marzioni v Argentina (1996)* e *Oscar Gonzales v Costa Rica (2003)*, que será visto a seguir.

Assim, nas suas considerações a respeito do caso *Clifton Wright v Jamaica*, a Comissão declarou que “não é função da Comissão Interamericana de Direitos Humanos agir como uma quarta instância *quasi-judicial* e revisar o que já foi decidido pelas cortes domésticas dos Estados-membros da OEA”.¹⁰⁰ Essa afirmação foi repetida pelo governo argentino no caso *Marzioni v Argentina (1996)*, no qual o Estado em questão alegou que “não deveria assumir-se que a Comissão é uma quarta instância nacional perante a qual é possível apresentar e resolver diferenças em relação às reparações deferidas pelo Judiciário na

¹⁰⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Resolução nº 29/88, caso 9260: *Clifton Wright v Jamaica*, de 14 de Setembro de 1988, p. 6. Tradução livre. Disponível em: www.cidh.oas.org/annualrep/87.88eng/Jamaica9260.htm, acesso em: 21/03/2009.

aplicação do direito.”¹⁰¹ Nesse caso, Santiago Marzioni peticionou à Comissão contra o Estado argentino alegando violação dos direitos de propriedade (artigo 21) e igualdade perante a lei (artigo 24), ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos. O Sr. Marzioni reclamava do valor indenizatório que lhe havia sido deferido pelas cortes trabalhistas argentinas em uma ação por acidente de trabalho. Alegava o requerente que a diferença em valores monetários era bastante significativa, pois a Suprema Corte Argentina havia previamente, em dois casos semelhantes, deferido o valor indenizatório de 81.932 pesos às vítimas de acidente de trabalho, e no seu caso, esse valor havia sido de apenas 520 pesos. A Suprema Corte Argentina não aceitou o recurso do Sr. Marzioni por “falta de fundamentação autônoma”, de acordo com o artigo 15 da Lei 48 do Estado argentino.¹⁰² O requerente justificou, ainda, que a disparidade entre os valores conferidos refletia os efeitos do processo de hiperinflação observados na Argentina entre 1988 e 1989. A crise econômica seria responsável pela desvalorização verificada nas quantias indenizatórias. O Governo argentino alegou que a reclamação do requerente era essencialmente uma questão de diferença monetária que não recaía no âmbito da privação da propriedade. Em resumo, o requerente referia a uma aplicação judicial da lei doméstica que regulava os valores de compensação deferidos em acidentes de trabalho. A Comissão Interamericana contrapôs que o conceito de propriedade não incluía o de compensação potencial, ou a mera possibilidade de se obter uma decisão favorável em litígios que envolvessem valores monetários. A Comissão concluiu, portanto, que uma indenização potencial por danos requerida perante as Cortes domésticas, não constituía propriedade consoante o significado do artigo 21 da Convenção.

Com relação à alegação de violação ao direito de igualdade perante a lei, a Comissão concluiu que o reclamante não provou a inexistência de “justificativa objetiva e razoável” para a diferença de tratamento. O fato de que a ele não foi deferida a mesma quantia que a outros requerentes, por si só, não constituía discriminação no entendimento da Comissão. Nesse sentido, explica-se que o direito à igualdade perante a lei não pode ser

¹⁰¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório nº 39/96, caso 11673: *Marzioni v Argentina*, de 15 de Outubro de 1996, p. 3. Tradução livre. Disponível em: www.cidh.oas.org/annualrep/96eng/argentina11673.htm, acesso em: 23/05/2008.

¹⁰² A lei requer que as razões para recurso sejam claramente percebidas no caso, e sejam diretamente relacionadas à questão federal ou constitucional invocada. A Suprema Corte Argentina revisará decisões através de recurso extraordinário unicamente se este pré-requisito for preenchido. De acordo com o direito argentino, o recurso extraordinário permite acesso à Corte após uma instância prévia ter sido superada. É um recurso excepcional, restrito a questões federais, que pode ser utilizado como uma forma de revisão para anular certas questões decididas em primeiro grau. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório nº 39/96, caso 11673: *Marzioni v Argentina*, de 15 de Outubro de 1996, p. 3. Tradução livre. Disponível em: www.cidh.oas.org/annualrep/96eng/argentina11673.htm, acesso em: 23/05/2008, p. 10. Tradução livre.

assimilado como um direito a resultados iguais em procedimentos judiciais envolvendo matérias semelhantes. Nesse ponto, a Comissão invocou a necessidade de consideração das circunstâncias particulares de cada caso.

Ainda, relativamente à alegação de violação ao direito à garantia e proteção judicial, artigos 8 e 25 da Convenção, respectivamente, afirmou a Comissão que “o histórico do tratamento judicial argentino ao processo do requerente não evidenciava violação ao devido processo legal”. Enfaticamente, reforçou a Comissão que o requerente não reclamou de falta de “competência, independência ou imparcialidade em qualquer instância do Judiciário argentino”. Conclusivamente, a Comissão expôs que não houve violação aos artigos 8 e 25 da Convenção.

(...) a proteção judicial garantida pela Convenção inclui o direito a um julgamento justo, imparcial e composto por procedimentos que possibilitam, mas não garantem um resultado favorável. Um resultado negativo em um julgamento justo por si só não constitui uma violação à Convenção.¹⁰³

A parte relevante, em relação à fundamentação da Comissão no caso *Marzioni v Argentina*, contudo, diz respeito à análise da competência da Comissão Interamericana para manifestar-se em relação ao caso. Foi quando a Comissão invocou novamente e desenvolveu o argumento relativo à Fórmula da Quarta Instância, mencionada anteriormente, como visto, no caso *Clifton Wright v Jamaica*.

Nesse ponto da fundamentação, a Comissão iniciou enfatizando que “a proteção internacional proporcionada pelos órgãos de supervisão da Convenção são de natureza subsidiária”. Nesse sentido, reconhece o Preâmbulo da Convenção Americana o caráter “coadjuvante ou complementar oferecido pela proteção internacional ao direito interno dos Estados Americanos”.¹⁰⁴

A própria regra de exaurir previamente os recursos domésticos está baseada no princípio de que ao Estado requerido deve ser permitida a revisão dos seus próprios atos e de acordo com a estrutura do seu sistema legal interno. O efeito dessa regra seria, assim, proporcionar à jurisdição da Comissão um papel essencialmente subsidiário. Essa mesma

¹⁰³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório nº 39/96, caso 11673: *Marzioni v Argentina*, de 15 de Outubro de 1996, p. 6. Tradução livre. Disponível em: www.cidh.oas.org/annualrep/96eng/argentina11673.htm, acesso em: 23/05/2008. Embora a violação aos artigos 8 e 25 da Convenção não tenha sido expressamente alegada pelo requerente neste caso, as frequentes referências feitas pelo Sr. Marzioni aos procedimentos judiciais em seu país instigaram a Comissão Interamericana a examinar essas questões.

¹⁰⁴ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, Costa Rica, 22.11.1969. MAZZUOLI, VALERIO DE OLIVEIRA (ORG). *Coletânea de Direito Internacional*. 3ª ed. ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 663-680.

natureza constitui, segundo a Comissão Interamericana, a base da chamada Fórmula da Quarta Instância.

A premissa básica dessa fórmula é a de que a Comissão não pode revisar julgamentos realizados pelos Tribunais domésticos que atuaram dentro de suas competências e com as devidas garantias judiciais, a menos que se considere que uma possível violação da Convenção esteja envolvida.¹⁰⁵

Em *Clifton Wright v Jamaica*, apesar de ter desenvolvido a Fórmula da Quarta Instância como um mecanismo de limitação da sua competência jurisdicional, a Comissão admitiu o caso sob a alegação de que “o Governo da Jamaica havia violado o direito do requerente à proteção judicial, o que representava uma violação a um direito fundamental, porque o processo legal doméstico não lhe permitia uma correção a erros de direito eventualmente cometidos”. Em *Marzioni v Argentina*, a Comissão declarou que o caso era inadmissível conforme o artigo 47 (b) da Convenção.¹⁰⁶

A Comissão é competente para declarar a admissibilidade de uma petição e manifestar-se quanto ao seu mérito quando esta comporta uma reclamação de que uma decisão legal doméstica constitui uma desconsideração ao direito a julgamento justo, ou se parece violar qualquer outro direito garantido pela Convenção. Entretanto, se contém nada mais que a alegação de que uma decisão foi errada ou injusta, a petição deve ser rejeitada de acordo com essa fórmula. A tarefa da Comissão é assegurar a observância das obrigações assumidas pelos Estados-partes da Convenção, mas esta não pode servir como uma Corte de apelação para examinar alegações de erro de fato ou de direito interno que possam ter sido cometidos pelas Cortes domésticas atuando dentro de suas jurisdições. Tal exame só poderia ser admitido se os erros alegados culminassem numa possível violação a qualquer dos direitos estabelecidos na Convenção.¹⁰⁷

Ainda no âmbito da justificativa da declaração de inadmissibilidade do caso *Marzioni v Argentina*, a Comissão Interamericana citou a jurisprudência da Comissão Europeia de Direitos Humanos no tocante à aplicação da Fórmula da Quarta Instância.¹⁰⁸ Os

¹⁰⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório nº 39/96, caso 11673: *Marzioni v Argentina*, de 15 de Outubro de 1996, p. 7. Tradução livre. Disponível em: www.cidh.oas.org/annualrep/96eng/argentina11673.htm, acesso em: 23/05/2008.

¹⁰⁶ Conforme esse requisito de admissibilidade, a Comissão “declarará inadmissível toda petição ou comunicação que não expuser fatos que caracterizem violação dos direitos garantidos pela Convenção”. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, Costa Rica, 22.11.1969. MAZZUOLI, VALERIO DE OLIVEIRA (ORG). *Coletânea de Direito Internacional*. 3ª ed. ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 663-680.

¹⁰⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório nº 39/96, caso 11673: *Marzioni v Argentina*, de 15 de Outubro de 1996, p. 7. Tradução livre. Disponível em: www.cidh.oas.org/annualrep/96eng/argentina11673.htm, acesso em: 23/05/2008.

¹⁰⁸ A Comissão Europeia de Direitos Humanos afirmou repetidas vezes que não possui competência para revisar as decisões tomadas pelas cortes domésticas a menos que esteja envolvida uma violação à Convenção Europeia. No caso *Alvaro Baragiola v Suíça (1990)*, a Comissão Europeia afirmou que a interpretação e aplicação do

casos europeus foram citados com o intuito de colaborar com o argumento da Comissão Interamericana relativamente ao seu papel na supervisão das decisões tomadas pelos tribunais domésticos.

Nas sociedades democráticas, onde as cortes funcionam de acordo com um sistema de poderes estabelecidos pela Constituição e legislação doméstica, é de responsabilidade dessas cortes a revisão das questões trazidas perante elas. Onde ficar claramente demonstrado que houve uma violação a um dos direitos protegidos pela Convenção, então a Comissão será competente para revisar. A Comissão tem plena autoridade para julgar irregularidades de procedimentos judiciais domésticos que resultem em manifestas violações do devido processo legal ou de qualquer dos direitos protegidos pela Convenção.¹⁰⁹

Além do caso *Cifton Wright v Jamaica*, o caso *Lopez Aurelli v Argentina*, de 1988, também constitui uma exceção à aplicação da Fórmula da Quarta Instância. Esse último, em especial, por ter como requerido também o Estado Argentino, pode exemplificar de forma comparativa quais são os requisitos necessários para evitar a declaração de inadmissibilidade de uma petição de acordo com a Fórmula da Quarta Instância. A Argentina ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana em 1984.

No caso *Lopez Aurelli v Argentina*, embora a Comissão tenha afirmado não ser competente para decidir se o direito doméstico havia sido corretamente aplicado pelas cortes nacionais, declarou que o Judiciário argentino havia falhado na revisão dos procedimentos criminais realizados contra o Sr. Lopez Aurelli após a instalação do governo democrático argentino e a ratificação da Convenção Americana. O requerente, um trabalhador argentino, foi preso sob a acusação de cometer ofensas políticas em novembro de 1975. Em sua petição,

direito doméstico são, primeiramente, de responsabilidade das autoridades nacionais. Quando declarou a inadmissibilidade do caso *Gudmundur Gudmundsson (1960)*, a Comissão Europeia fundamentou sua decisão da seguinte forma: “(...)whereas errors of law or fact, including errors as to the question of the constitutionality of acts passed by a national parliament, committed by the domestic courts, accordingly concern the Commission during its examination of the admissibility of the application only insofar as they appear to involve the possible violation of any of the rights and freedoms limitatively listed in the Convention.” COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, petição nº 511/59, decisão de 20/12/1960 in COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório nº 39/96, caso 11673: *Marzioni v Argentina*, de 15 de Outubro de 1996, p. 8. Tradução livre. Disponível em: www.cidh.oas.org/annualrep/96eng/argentina11673.htm, acesso em: 23/05/2008. Esse procedimento também encontra guarida na prática do Comitê de Direitos Humanos da ONU. O órgão das Nações Unidas também se recusa a reavaliar os fatos e provas de um caso já decidido por uma Corte doméstica, bem como se recusa a interpretar o direito nacional. Nesse sentido, a reclamação só será admissível quando a avaliação dos fatos ou a interpretação jurídica realizada pela Corte doméstica for manifestamente arbitrária ou injusta. PASQUALUCCI, Jo. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 95.

¹⁰⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório nº 39/96, caso 11673: *Marzioni v Argentina*, de 15 de Outubro de 1996, p. 8. Tradução livre. Disponível em: www.cidh.oas.org/annualrep/96eng/argentina11673.htm, acesso em: 23/05/2008.

o requerente reclamava que o seu julgamento havia sido conduzido sem as mínimas garantias legais, pois, segundo ele, os juízes responsáveis pelo seu julgamento não eram imparciais nem independentes da Ditadura Militar que governou a Argentina entre os anos de 1976 a 1983. Concluiu a Comissão, nesse caso, que os direitos do requerente constantes nos artigos 8 e 25 da Convenção haviam sido violados pelo Estado Argentino.

Quando peticionou à Corte Interamericana, em dezembro de 1986, o cidadão argentino Hector Geronimo Lopez Aurelli encontrava-se em liberdade condicional. Havia sido preso por razões políticas em novembro de 1975¹¹⁰, e condenado num processo onde as confissões haviam sido obtidas sob tortura, e onde as testemunhas de acusação eram as mesmas pessoas que o haviam capturado e torturado. O requerente alegava inconstitucionalidade e arbitrariedade na condução do seu processo criminal, cujo juiz era reconhecidamente cúmplice da junta militar que governava o país naquela época. O governo constitucional que assumiu o comando do Estado argentino posteriormente rejeitou todas as apelações interpostas pelo requerente para reverter a condenação a ele imposta. O Recurso Especial interposto perante a Suprema Corte Argentina permanecia por quase dois anos sem julgamento.

Quando expôs suas razões, o requerente afirmou ser de conhecimento público o fato de que muitos presos políticos haviam sido injustamente condenados durante a ditadura militar argentina. A injustiça residia na manifesta falta de independência do Poder Judiciário daquele país durante o período de 24 de março de 1976 a 10 de dezembro de 1983. As leis criminais haviam sido promulgadas através de decretos-lei emitidos pelas autoridades de fato sem que os requisitos constitucionais fossem respeitados. Torturas eram deliberadamente cometidas. Os oficiais responsáveis pelas investigações foram posteriormente reconhecidos como torturadores, e o juiz titular da Corte Federal nº 1, Sr. Zamboni Ledesma, atuava a serviço dos interesses da ditadura militar.¹¹¹ A parcialidade dos Tribunais de Apelação

¹¹⁰ Nesse ponto do seu relato, esclarece o Requerente que na Província de Córdoba, onde ele foi preso, um golpe havia deposto o governador constitucionalmente eleito já em 1974. Tal fato marcou o início de numerosos assassinatos de líderes políticos, trabalhistas e estudantis, além do desaparecimento de inúmeras pessoas, presas por agências parapoliciais ou de segurança. O Requerente juntou um dossiê judicial intitulado “CONADEP – Córdoba” que prova a existência de um Centro de Tortura que posteriormente controlava uma prisão secreta na região. O local mencionado era conhecido como “Casa de Hidráulica”, que cooperava com campos de concentração (nas palavras do Requerente), esses conhecidos como “La Perla” e “La Rivera”. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório nº 74/90, caso 9850: *Lopez Aurelli v Argentina*, de 04 de Outubro de 1990, p. 2-3. Disponível em: www.cidh.oas.org/annualrep/90.91eng/Argentina9850.htm, acesso em: 21/03/2009.

¹¹¹ Na sua denúncia, o Requerente comprova a parcialidade do referido magistrado. No Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos na Argentina, emitido pela Comissão Interamericana em 4/11/1980, descrevem-se alguns assassinatos de presos políticos ocorridos na Unidade 28 da Penitenciária de Córdoba em 1976. A ordem de transferência desses presos era sempre assinada pelo mesmo juiz que os havia condenado, o Sr.

Argentinos em relação aos recursos interpostos pelo Sr. Lopez Aurelli também era evidente. Em relação às torturas perpetradas, informam que “são interrogatórios autorizados conforme um procedimento para coleta de provas em casos de investigações difíceis, principalmente em tempos de distúrbios como esses que marcam esse período, o que explica as omissões ou defeitos nas investigações”.¹¹²

O Sr. López Aurelli alegou que foi submetido à tortura, permaneceu por longo período sem acesso a advogado, que sua esposa foi assassinada, que provas contra ele teriam sido forjadas e que sua condenação havia sido decidida por um juiz não independente. Como resultado, foi condenado à prisão perpétua pelos seguintes crimes: posse de armas militares, posse de emblemas de organizações subversivas, posse de materiais que podem ser usados para manufaturar explosivos, seqüestro, homicídio e lesões corporais.

Após o fim da Ditadura Militar Argentina, o Sr. Lopez Aurelli interpôs vários recursos visando à reabertura do seu caso, em função da tortura contra ele infligida durante as investigações, e à anulação dos procedimentos que culminaram com a sua condenação. Ambos os pedidos foram negados. Até mesmo a descoberta de uma prova classificada como crucial por ser um documento que só se tornou público após o seu julgamento, conforme requer o artigo 551 do Código de Processo Criminal argentino para revisão de coisa julgada, foi desconsiderada pelos Tribunais de Apelação. Tratava-se de testemunhos dados por uma antiga guerrilha a agências internacionais. Demonstravam a ação coordenada entre as forças armadas, a polícia e o Judiciário na repressão ocorrida na Província de Córdoba, inclusive fazendo referência específica aos procedimentos relativos à condenação do Sr. Lopez Aurelli. Esse recurso não só foi negado como houve também a aplicação de penalidades contra a advogada do requerente, sob a alegação de conduta inadequada. Em visita ao requerente na prisão, o juiz responsável pelo seu caso teria lhe aconselhado, inclusive, a procurar outro advogado, tendo em vista o “comportamento desorganizado da sua procuradora”.¹¹³

Zamboni Ledesma. Entre as acusações contra esse magistrado estão as de não investigar as alegações de tortura bem como de validar depoimentos obtidos mediante essa forma. Há ainda acusações de transferência de presos para campos ilegais e a proibição de que os réus se encontrassem com advogados. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório nº 74/90, caso 9850: *Lopez Aurelli v Argentina*, de 04 de Outubro de 1990, p. 4 Disponível em: www.cidh.oas.org/annualrep/90.91eng/Argentina9850.htm, acesso em: 21/03/2009.

¹¹² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório nº 74/90, caso 9850: *López-Aurelli v Argentina*, de 04 de Outubro de 1990, p. 4. Disponível em: www.cidh.oas.org/annualrep/90.91eng/Argentina9850.htm, acesso em: 21/03/2009.

¹¹³ O comportamento da procuradora do Requerente que desagradava às autoridades judiciárias, segundo o Sr. Lopez Aurelli, consistia na sua insistência para que alguns oficiais fossem afastados do caso. Entre os pedidos da procuradora, estava o de que o juiz federal, Sr. Rodriguez Villafane, declarasse seu impedimento para atuar no caso. O motivo para tanto seria o fato de que à época dos fatos, o magistrado era oficial do governo e que em outubro de 1978, como professor universitário, havia assinado uma carta pública endereçada ao Embaixador dos

Uma vez considerada ilegal, a prisão do Sr. Lopez Aurelli era classificada como crime continuado, onde cada momento em que ele permanecesse preso representava uma violação ao artigo 7 (direito à liberdade pessoal) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Alegava o requerente que os seguintes direitos, expressos na Convenção, estavam sendo violados: art.7 (3) o de que ninguém pode ser submetido à detenção ou encarceramento arbitrários; art. 8 (1), (2) *d, g* e (3), o direito que tem toda pessoa de ser ouvida, com as devidas garantias, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial; o direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha, e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; bem como o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado; por fim, a regra de que a confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.¹¹⁴

Em resposta, o Governo argentino afirmou que não havia provas de que o Judiciário do país tivesse falhado na observância de qualquer dos artigos da Convenção Americana. Ainda, tendo em vista que ainda havia recurso pendente perante a Suprema Corte, requereu o Governo do Estado demandado que a petição do Sr. Lopez Aurelli fosse declarada inadmissível por não ter o requerente exaurido os recursos nacionais internos, conforme o artigo 46 (a) da Convenção. Tendo em vista o extenso período de tempo (mais de dois anos) sem que a Suprema Corte Argentina publicasse o resultado do último recurso a que tinha direito o Sr. Lopez Aurelli perante o direito nacional, a Comissão Interamericana declarou o caso admissível e recomenda às partes uma solução amistosa para o conflito, conforme dispõe o artigo 48 (1) *f* da Convenção. Em resposta, o Governo argentino arguiu a ilegitimidade passiva, tendo em vista que os fatos narrados ocorreram antes da democracia argentina ser restabelecida. Baseado no princípio da irretroatividade das normas internacionais, o Governo constitucional argentino afirmou que não podia ser considerado responsável pelos eventos ocorridos antes de sua eleição, e antes da ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos na Argentina. Reafirmou também, o Estado Requerido, a não exaustão dos remédios do direito interno como requisito para admissibilidade da petição do Sr. Lopez

Estados Unidos na Argentina, Sr. Raul Castro, afirmando que “criticar a Argentina por seu histórico de direitos humanos era intrometer-se nos assuntos internos do país”, e descrevendo como “antiargentinas” as campanhas pela proteção aos direitos humanos. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório nº 74/90, caso 9850: *López-Aurelli v Argentina*, de 04 de Outubro de 1990, p. 6. Disponível em: www.cidh.oas.org/annualrep/90.91eng/Argentina9850.htm, acesso em: 21/03/2009.

¹¹⁴ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, Costa Rica, 22.11.1969. MAZZUOLI, VALERIO DE OLIVEIRA (ORG). *Coletânea de Direito Internacional*. 3ª ed. ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 663-680.

Aurelli até 1987.¹¹⁵ Com relação a esses argumentos, contrapôs o requerente que a sua permanência na prisão, mesmo após a ratificação da Convenção Americana, bem como as restrições impostas a ele em função da liberdade condicional a que estava submetido, eram fatos pelos quais o Governo argentino atual podia ser responsabilizado sem que isso representasse aplicação retroativa da lei internacional. Ainda, postulou pela aplicação da alínea c do parágrafo 2º do artigo 46 da Convenção, que excepciona a exigência da exaustão dos remédios do direito interno em casos em que há demora injustificada na decisão sobre os recursos.

Em suas conclusões, a Comissão declarou que embora muitas das violações aos direitos do requerente tenham sido de fato cometidas antes de 5 de setembro de 1984, data em que a Argentina deposita o instrumento de ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não se pode considerar que até essa data os Estados-membros da OEA estivessem livres de qualquer obrigação internacional. Enfatiza a Comissão, nesse ponto, que os eventos ocorridos na Argentina antes da ratificação da Convenção, representaram graves violações aos direitos humanos consagrados na Declaração Americana sobre os Direitos e Deveres do Homem, documento este que era fonte de obrigações internacionais para os Estados Americanos. Pertinente lembrar, assim, que o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos existe desde 1948, e que no caso em questão, os direitos dispostos nos artigos I, XVIII e XXVI da Declaração Americana, quais sejam os direitos à segurança e integridade da pessoa, a um julgamento justo e ao devido processo legal, haviam sido violados pelo Estado Argentino.

Além disso, a Comissão Interamericana considerou que as reiteradas negativas de recurso do Requerente por parte do Judiciário nacional ocorridas após a ratificação da Convenção Americana pelo Estado Argentino também representaram violações aos direitos do Reclamante. Tais recursos foram negados pelo Judiciário Argentino sob a alegação de que “não havia sido provada a existência de situações que teriam autorizado uma investigação judicial”. Nesse ponto, contestou a Comissão que o apego ao formalismo na consideração das provas inviabilizava a efetiva proteção aos direitos humanos.

Entre as instituições democráticas, é papel do Judiciário o de zelar pela correta aplicação do direito e administração da justiça. Nada enfraquece mais o respeito pela autoridade dos tribunais do que sua própria indiferença ou

¹¹⁵ A Suprema Corte Argentina finalmente rejeitou o recurso do apelante em 18 de fevereiro de 1988. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório nº 74/90, caso 9850: *Lopez Aurelli v Argentina*, de 04 de Outubro de 1990, p. 14. Disponível em: www.cidh.oas.org/annualrep/90.91eng/Argentina9850.htm, acesso em: 21/03/2009.

impotência face às graves injustiças, que podem resultar da aderência cega a fórmulas legais. Nações democráticas que respeitam os direitos humanos do seu povo obrigam-se não só perante seus próprios cidadãos, mas também perante a comunidade internacional como um todo, a garantir o respeito pelos direitos humanos fundamentais.¹¹⁶

A Comissão Interamericana finalizou esclarecendo que não era o seu papel decidir se o direito argentino havia sido corretamente aplicado pelas cortes nacionais. Por isso, não se baseou nas provas produzidas para emitir qualquer juízo sobre a culpa ou a inocência do Requerente, pois tal avaliação estava fora da jurisdição da Comissão, porquanto plenamente dentro da jurisdição das cortes nacionais competentes. Entretanto, tendo em vista que os princípios estabelecidos nos artigos 8 e 25 da Convenção – direito a garantias judiciais e à proteção judicial – são direitos fundamentais do Tratado, pois protegem os indivíduos na sua complexa relação com o Estado, a aplicação desses princípios não pode estar confinada a uma verificação meramente formal ou procedimental dos requisitos. Especificamente nesse caso, explicou a Comissão sua competência para analisar como a prova foi obtida, mas não para examinar “como a prova foi avaliada pela Corte nacional, a menos que tenha havido grave injustiça”.¹¹⁷ Em resumo, a Comissão analisa a justiça do procedimento efetuado, mas não a justiça do resultado obtido.

Assim como *Marzioni v Argentina*, outro caso de declaração de inadmissibilidade no Sistema Interamericano em razão da aplicação da Fórmula da Quarta Instância é o caso *Oscar Gonzales v Costa Rica (2003)*. Nesse caso, o Requerente reclamava da violação dos seus direitos constantes nos artigos 5, 8, 10, 11 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.¹¹⁸

O Requerente, um médico, alegou ter sido despedido injustamente de sua função em um hospital costa-riquenho como consequência de uma reclamação advinda de um paciente, que o acusava de abuso durante um exame físico. O Requerente relatava que seu direito ao devido processo legal havia sido negado tanto na esfera administrativa quanto na

¹¹⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório nº 74/90, caso 9850: *Lopez Aurelli v Argentina*, de 04 de Outubro de 1990, p. 23, parágrafo 15. Tradução livre. Disponível em: www.cidh.oas.org/annualrep/90.91eng/Argentina9850.htm, acesso em: 21/03/2009.

¹¹⁷ A Comissão Interamericana recomendou ao Estado argentino o pagamento de indenização para compensar os danos sofridos pelo Sr. Lopez Aurelli, pois entendeu que o Estado argentino falhou na observação dos direitos do Requerente consagrados tanto pela Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem como pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório nº 74/90, caso 9850: *Lopez Aurelli v Argentina*, de 04 de Outubro de 1990, p.24. Disponível em: www.cidh.oas.org/annualrep/90.91eng/Argentina9850.htm, acesso em: 21/03/2009.

¹¹⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório nº 86/03, petição 116/01: *Oscar Gonzales v Costa Rica*, de 22 de Outubro de 2003, p. 1. Disponível em: www.cidh.oas.org/annualrep/2003eng/CostaRica.116.01.htm, acesso em: 23/05/2008.

esfera legal às quais recorreu da decisão. Segundo o Sr. Gonzales, administrativamente, as provas por ele apresentadas para demonstrar sua inocência haviam sido desconsideradas. Tais provas incluíam um relato técnico que especificava que o exame realizado no paciente pelo Sr. Gonzales era, na verdade, um procedimento médico adequado. Outro documento era uma retratação feita pelo próprio paciente que lhe havia acusado, onde este afirmava que não havia tido a intenção de atribuir ao médico uma conduta inadequada, e que posteriormente compreendeu a necessidade do exame físico realizado. Judicialmente, o Requerente reclamava que a decisão favorável a ele concedida em primeira instância havia sido revertida através de um processo onde houve falha no exame das principais provas. Na visão do Sr. Gonzales, ainda, o princípio *in dubio pro operario* não havia sido respeitado, pois muitas alegações que não haviam sido provadas foram consideradas pelos magistrados em sede recursal. O Requerente sentiu-se também ofendido na sua integridade moral conforme o artigo 5 (1) da Convenção Americana por uma afirmação da Suprema Corte de Justiça da Costa Rica, que o classificou como abusador sexual. Finalmente, alegou o Sr. Gonzales a sua hipossuficiência no processo que ratificou sua despedida, processo esse que no entender do Requerente foi injusto e arbitrário.

Em resposta, o Estado da Costa Rica negou as acusações do Requerente no tocante à violação dos seus direitos ao devido processo legal e à ampla defesa. O Estado reconheceu, contudo, que enquanto o Órgão de Relações Trabalhistas do país havia considerado a despedida do Sr. Gonzales ilegal por falta de provas, a decisão final da Direção Médica do Hospital havia sido contrariamente a de ratificar a despedida. Esclarece o Estado Requerido, nesse ínterim, que existe discricionariedade da administração nessas questões, de forma que as decisões eventualmente manifestadas não possuem caráter vinculante e, portanto, decisões administrativas divergentes não representam uma violação aos direitos do trabalhador.

O Estado afirmou, ainda, que o Requerente estaria buscando na Comissão Interamericana uma nova instância através da qual pudesse expressar seu descontentamento com os resultados adversos obtidos tanto na esfera judicial quanto na administrativa. Entretanto, reforçou o Estado, a “Comissão já teria indicado que não poderia assumir o papel de uma Corte de Apelação para examinar alegações de erros de fato ou de direito eventualmente cometidas pelas cortes nacionais atuando dentro de suas áreas de

competência”.¹¹⁹ Requereu o Estado costarriquenho, assim, que de acordo com a Fórmula da Quarta Instância, fosse a petição do Sr. Oscar Gonzales declarada inadmissível consoante os artigos 47 (b) da Convenção Americana de Direitos Humanos e 34 (a) do Estatuto da Comissão.¹²⁰

Na sua análise, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos considerou os requisitos de admissibilidade da petição do Sr. Oscar Gonzales, tendo declarado sua competência para examinar a denúncia apresentada, uma vez satisfeitos os requisitos relativos à matéria, aos sujeitos envolvidos, ao local e ao tempo de ocorrência dos fatos. Com relação aos requisitos de admissibilidade constantes no artigo 46 da Convenção, a Comissão declarou que os recursos internos haviam sido esgotados, que a petição havia sido apresentada durante o prazo legal de seis meses a contar da notificação da decisão final e que não havia litispendência ou coisa julgada. Contudo, a Comissão aceitou a alegação do Estado costarriquenho referente à aplicação da Fórmula da Quarta Instância, justificando que “a subsidiariedade do sistema internacional para a proteção dos direitos humanos e o princípio da economia processual proporcionam a base para a adoção desta Fórmula por parte da Comissão”.¹²¹ Reiterou também a Comissão que não possui a faculdade de revisar os julgamentos realizados no âmbito da jurisdição doméstica, pois a imparcialidade dos membros das cortes nacionais é presumida, de forma que qualquer afirmação contrária deverá ser provada. A Comissão concluiu, portanto, que apesar de preencher os requisitos formais de admissibilidade, a petição 116/01 era inadmissível consoante o artigo 47 (b) da Convenção.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a doutrina da Fórmula da Quarta Instância serviu de base da exceção preliminar interposta pelo Estado da Guatemala no caso *Villagrán Morales e outros v Guatemala*, de 1997. Denunciava-se, no presente caso, o sequestro, tortura e assassinato de meninos de rua por parte de agentes do

¹¹⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório nº 86/03, petição 116/01: *Oscar Gonzales v Costa Rica*, de 22 de Outubro de 2003, p. 4, parágrafo 16. Disponível em: www.cidh.oas.org/annualrep/2003eng/CostaRica.116.01.htm, acesso em: 23/05/2008.

¹²⁰ REGULAMENTO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Artigo 34. Outras causas de inadmissibilidade: A Comissão declarará inadmissível qualquer petição ou caso quando: a. não expuserem fatos que caracterizem uma violação dos direitos a que se refere artigo 27 do presente Regulamento. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>, acesso em 14/09/2009.

¹²¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório nº 86/03, petição 116/01: *Oscar Gonzales v Costa Rica*, de 22 de Outubro de 2003, p. 6, parágrafo 31. Disponível em: www.cidh.oas.org/annualrep/2003eng/CostaRica.116.01.htm, acesso em: 23/05/2008. A subsidiariedade dos órgãos internacionais e regionais de direitos humanos em relação às autoridades domésticas dos Estados também havia sido reforçada pela Comissão Interamericana em referência específica à Fórmula da Quarta Instância no caso *Emiliano Castro Tortino v Argentina*. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Informe nº 7/98, caso 11.597: *Emiliano Castro Tortino v Argentina*, de 2 de março de 1998. Disponível em: www.cidh.oas.org/annualrep/97span/argentina.11597.htm, acesso em: 12/09/2009.

Estado. O Estado guatemalteco arguiu a incompetência da Corte para examinar o caso sob a justificativa de que esta não poderia se estabelecer como uma quarta instância recursal da sentença declarada pela Corte Suprema da Guatemala que havia absolvido os acusados da morte das pessoas assinaladas como vítimas pela Comissão Interamericana no presente caso. Ressaltava para tanto um princípio constitucional guatemalteco de que nenhuma outra autoridade poderia intervir na administração da justiça do país e que a revisão judicial de casos julgados pela Corte Suprema do país implicaria, necessariamente, na criação de uma nova instância jurisdicional. A Corte rejeitou essa preliminar do Estado, por entender que se tratava de uma questão efetivamente vinculada ao mérito da controvérsia, não sendo, portanto, passível de ser analisada em sede de preliminares. Fundamentou essa decisão ao considerar que a demanda apresentada pela Comissão Interamericana não pretendia a revisão da falha da Corte Suprema da Guatemala, mas sim a declaração de que o Estado violou vários preceitos da Convenção Interamericana pela morte das pessoas citadas. Atribuindo as mortes à polícia estatal, postulou a Comissão que fosse declarada a responsabilidade do Estado da Guatemala no caso.¹²²

Frequentemente, os Estados-partes alegam que os órgãos do Sistema Interamericano estariam infringindo a soberania estatal. A posição da Corte nesse sentido tem sido a de lembrar aos Estados da natureza dos compromissos assumidos por eles ao ratificarem os documentos de Proteção Internacional dos Direitos Humanos, bem como das funções que devem ser exercidas pela Comissão e pela Corte Interamericana para garantir o funcionamento do Sistema.¹²³

Perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Guatemala expressou que uma revisão do caso “*Villagrán Morales e outros*” por parte da Corte Interamericana violaria os artigos 1, 2, 3, 9, 11, 12, 16, 17 e 18 da Carta da OEA referentes à soberania dos Estados e independência dos Poderes Nacionais. Em resposta, a Comissão afirmou que a ideia de que “o mero fato de a matéria ter sido processada e decidida em nível nacional impedir aos órgãos supervisores do Sistema o exercício de sua jurisdição é uma interpretação errônea dos objetivos e procedimentos do Sistema.”¹²⁴

¹²² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Villagrán Morales e outros v Guatemala (caso Niños de la Calle)*, sentença de 11/09/1997, Exceções Preliminares, parágrafos 15-20. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_32_esp.pdf, acesso em 12/09/2009.

¹²³ PASQUALUCCI, Jo. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 94.

¹²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Villagrán Morales e outros v Guatemala (caso Niños de la Calle)*, sentença de 11/09/1997, Exceções Preliminares, parágrafo 16. Tradução livre. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_32_esp.pdf, acesso em 12/09/2009.

Na sentença que reconheceu a responsabilidade do Estado da Guatemala nesse caso, é de especial sensibilidade o voto concorrente dos juízes Cançado Trindade e Abreu Burelli. Após destacarem a situação do sofrimento dos meninos de rua nos países da América Latina, ressaltam o caráter fundamental do direito à vida que, conforme positivado na Convenção Americana, requer medidas positivas de proteção por parte do Estado. A responsabilização estatal no caso *Villagrán Morales v Guatemala*, assim, deu-se, sobretudo, em função da omissão do Estado com relação à proteção da vida de pessoas vulneráveis e indefesas em situação de risco, como é a dos meninos de rua. Nas palavras dos magistrados “a privação arbitrária da vida não se limita ao ilícito de homicídio, mas se estende igualmente à privação do direito de viver com dignidade”.¹²⁵

Ainda com referência a casos levados pela Comissão à Corte Interamericana, em *Castillo Petruzzi e outros v Peru (1998)*, o Estado peruano contestou, em alegações que intitulou “soberania e jurisdição”, que “existiam aspectos inerentes à soberania dos Estados e dos indivíduos que a compõem e aos quais não é possível renunciar sem afetar a ordem pública”, e que por isso, “a decisão soberana de qualquer organismo jurisdicional do Peru não podia ser modificada, e menos ainda, anulada por nenhuma autoridade nacional, estrangeira ou supranacional”.¹²⁶ Nesse sentido, a Comissão afirmou o que seria reforçado posteriormente no caso *Cesti Hurtado v Peru*, onde mais uma vez o Estado Peruano utilizou o argumento da soberania estatal nas suas exceções preliminares. Acrescentou o Estado Requerido que os artigos 138 e 139 (1) da Constituição Peruana dispõem que a administração da Justiça é atribuição privativa do Estado. A aceitação da demanda pela Corte, dessa forma, “desestabilizaria as instituições constitucionalmente vigentes”.¹²⁷ Nos dois casos, a resposta da Comissão às alegações peruanas foi a mesma:

O Peru, **precisamente no exercício de sua soberania**, aceitou as obrigações consagradas pela Convenção Americana na área dos Direitos Humanos.

¹²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Villagrán Morales e outros v Guatemala (caso Niños de la Calle)*. Mérito. Sentença de 19/11/1999. Voto Concorrente dos juízes Cançado Trindade e Abreu Burelli. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf, acesso em 14/09/2009. “*En el presente caso Villagrán Morales versus Guatemala (Fondo), atinente a la muerte de niños por agentes policiales del Estado, hay la circunstancia agravante de que la vida de los niños ya carecía de cualquier sentido; es decir, los niños victimados ya se encontraban privados de crear y desarrollar un proyecto de vida y aun de procurar un sentido para su propia existencia.(...) Una persona que en su infancia vive, como en tantos países de América Latina, en la humillación de la miseria, sin la menor condición siquiera de crear su proyecto de vida, experimenta un estado de padecimiento equivalente a una muerte espiritual; la muerte física que a ésta sigue, en tales circunstancias, es la culminación de la destrucción total del ser humano*”.

¹²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Castillo Petruzzi e outros v Peru*, sentença de 04/09/1998, Exceções Preliminares, parágrafo 100. Tradução livre. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_41_esp.pdf, acesso em 12/09/2009.

¹²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Cesti Hurtado v Peru*, sentença de 26/01/1999, Exceções Preliminares, parágrafo 35. Tradução livre. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_49_esp.pdf, acesso em 12/09/2009.

Dessa forma, ao constituir-se como Estado-parte na Convenção, o Peru admitiu a competência dos órgãos do Sistema Interamericano.¹²⁸

Uma explicação mais vasta acerca da Fórmula da Quarta Instância foi incluída pela Comissão na fundamentação do caso *Juan Carlos Abella v Argentina*, em 1997. Essa situação ilustra um caso de admissibilidade onde a Comissão concluiu sua análise com recomendações ao Estado Argentino por ter considerado que o Estado era responsável por violações aos direitos humanos constantes na Convenção Americana. Com esgotamento do prazo para que a Argentina cumprisse com as recomendações sem qualquer manifestação desse país, a Comissão resolveu publicar o informe relativo ao caso no Informe Anual à Assembleia Geral da OEA. Especificamente com relação à Fórmula da Quarta Instância, reiterou a Comissão a sua competência para admitir uma petição em casos de violação dos direitos garantidos pela Convenção Americana, ainda que a lide objeto da denúncia já tenha sido decidida em nível nacional. Contudo, a Fórmula da Quarta Instância permite a rejeição de petições que se limitem a alegar que a aplicação do direito doméstico foi equivocada ou injusta.¹²⁹

¹²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Castillo Petruzzi e outros v Peru*, sentença de 04/09/1998, Exceções Preliminares, parágrafos 100-102. Tradução livre. Grifo nosso. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_41_esp.pdf, acesso em 12/09/2009. As palavras da Corte no caso *Cesti Hurtado* fundamentam ainda melhor a decisão: *La Corte recuerda que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre). En la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna. En el presente caso, el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si la supuesta víctima violó la Ley peruana (ya sea ésta la ordinaria o la militar), sino si el Perú ha violado las obligaciones internacionales que contrajo al constituirse en Estado Parte en la Convención Americana.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Cesti Hurtado v Peru*, sentença de 26/01/1999, Exceções Preliminares, parágrafo 47. Tradução livre. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_49_esp.pdf, acesso em 12/09/2009.

¹²⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Juan Carlos Abella v Argentina*, Informe nº 55/97 de 18/11/1997. Disponível em: www.cidh.org/annualrep/97Span/Argentina11137c.htm, acesso em 12/09/2009. A Comissão discorre sobre a **Fórmula da Quarta Instância** entre os parágrafos 138 e 145 dessa análise, como destacamos: “*La Comisión es competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando ésta se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso, o que presumiblemente viola cualquier otro derecho garantizado por la Convención Americana. Si, en cambio, se limita a afirmar que el fallo fue equivocado o injusto en sí mismo, la petición debe ser rechazada conforme a la fórmula arriba expuesta. La función de la Comisión consiste en garantizar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados partes de la Convención Americana, pero no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia. Un examen de tal naturaleza solamente correspondería en la medida en que los errores resultaran en una posible violación de cualquiera de los derechos consagrados en la Convención Americana. En las sociedades democráticas, en donde los tribunales funcionan en el marco de un Estado de Derecho, ello es, en un sistema de organización de los poderes públicos establecido por la Constitución y la legislación interna, corresponde a los tribunales competentes considerar los asuntos que ante ellos se plantean. Cuando es evidente que ha existido la violación de uno de los derechos protegidos por la Convención Americana, la Comisión tiene competencia para entender en el caso, conforme a las reglas de agotamiento de los recursos internos. La Comisión está plenamente facultada para fallar con respecto a*

As declarações de inadmissibilidade de petições baseadas na Fórmula da Quarta Instância são, portanto, fundamentadas no artigo 47 (b) da Convenção Americana, relativo a questões que não estão claramente caracterizadas como direitos protegidos pela Convenção. As decisões de inadmissibilidade assim fundamentadas possuem caráter preclusivo, de forma que as petições não podem ser emendadas, completadas ou corrigidas pelo Requerente para serem novamente apresentadas ao Sistema Interamericano. Uma declaração de inadmissibilidade conforme o artigo 47 (b), portanto, é uma decisão de mérito. Por essa razão, alerta Diego Rodríguez Pinzón para a necessidade de esforços acadêmicos que visem a compreender o impacto desta doutrina no sistema de petições individuais de direitos humanos, bem como da importância de uma fiscalização pública ativa no sentido de evitar inconsistências na sua aplicação. Da análise da aplicação jurisprudencial da doutrina no Sistema Interamericano, Diego Rodríguez Pinzón destaca ainda que, em Estados onde vigora a democracia, as sociedades gozarão do benefício de um grau de deferência concedido pela Comissão às cortes domésticas. Em contrapartida, onde existirem regimes autoritários, ou onde a independência ou imparcialidade do Judiciário nacional estiverem em questão, as decisões das cortes domésticas serão submetidas a uma fiscalização mais rigorosa por parte da Comissão Interamericana.¹³⁰

supuestas irregularidades de los procedimientos judiciales internos que den lugar a manifiestas violaciones del debido proceso, o de cualquiera de los derechos protegidos por la Convención Americana.”

¹³⁰ RODRÍGUEZ PINZÓN, D. The “Victim” Requirement, the Fourth Instance Formula and the Notion of “Person” in the Individual Complaint Procedure of the Inter-American Human Rights System. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 7:369, 2001, p. 369-383.

2. Objeção à jurisdição internacional como mecanismo material de proteção da Soberania

“A linguagem dos direitos humanos está errada”, afirmou recentemente Mahmood Mamdani.¹³¹ Baseando-se em estudos relativos às atrocidades¹³² ocorridas em Darfur e Ruanda, o professor ugandês vai adiante: “punição alimenta o ciclo de violência”. Mamdani argumenta que a justiça criminal é ineficaz, devendo ser substituída pela justiça política. Nas palavras do autor, “as regras do jogo precisam mudar”. A base da crítica de Mamdani ao Movimento dos Direitos Humanos está na consideração de que “a linguagem dos direitos humanos pressupõe a existência de um espaço entre direito e política”. Este espaço, na visão do autor, não existe e jamais existirá. Conforme Mamdani, a atuação das organizações não governamentais de direitos humanos está errada, pois está focada nos perpetradores das ditas violações aos direitos humanos, excluindo do processo tanto a atuação da vítima quanto as questões históricas inerentes aos fatos. Em suma, para Mamdani, direitos humanos é uma discussão política e não jurídica.¹³³

As considerações de Mamdani contrapõem a ideia da existência de uma “consciência jurídica universal” na área dos direitos humanos, conforme proclamou o professor Cançado Trindade¹³⁴, da mesma forma que contradizem a afirmação de Dworkin, segundo a qual “certos assuntos de justiça fundamental devem ser removidos da área da política comum”.¹³⁵ As críticas de Mamdani aos direitos humanos internacionais da atualidade, por isso, são contrárias ao argumento em prol da possibilidade de universalização dos direitos humanos como uma ordem jurídica superior, baseada na dignidade de todos os seres humanos, ideia essa que vem sendo apoiada nesse estudo até o presente momento.

O trabalho de Mahmood Mamdani, bem como o de outros críticos da linguagem dos direitos humanos, precisaria ser analisado de forma mais cuidadosa para poder ser debatido. Tal não será realizado nesse estudo, que seguirá na crença da possibilidade – e necessidade – de uma esfera jurídica independente para análise dos direitos humanos internacionais. Contudo, as afirmações do professor Mamdani adquirem especial importância

¹³¹ MAMDANI, M. *Lessons from Rwanda and Darfur*. London School of Economics and Political Science (aula), 09/05/10.

¹³² A palavra “genocídio” foi propositalmente evitada aqui em razão das implicações políticas relacionadas ao conceito. A referência a “atrocidades” foi igualmente mencionada pelo professor Mahmood Mamdani no evento citado.

¹³³ MAMDANI, M. *Lessons from Rwanda and Darfur*. London School of Economics and Political Science (aula), 09/05/10.

¹³⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *La Nueva Dimension de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el inicio del Siglo XXI*. 3 ed. São Jose, Costa Rica, 2004, p. 73.

¹³⁵ DWORKIN, R. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 1977, p. 73.

nessa segunda parte da análise acerca dos mecanismos materiais de proteção da soberania dos Estados. Como será visto a exceção do domínio reservado, ou jurisdição interna dos Estados, bem como a teoria da margem de apreciação, demonstram claramente a influência da política na área dos direitos humanos internacionais. Provavelmente, esses dois próximos capítulos são os exemplos mais fiéis da intersecção absoluta entre política e direito na área da proteção internacional aos direitos humanos. Deve-se admitir, portanto, que o domínio reservado e a margem de apreciação não são mecanismos jurídicos de proteção da soberania dos Estados. Ambos são políticos.

No primeiro caso, como o Direito Internacional não regulamenta quais assuntos pertencem ao domínio reservado dos Estados é o desenvolvimento das relações internacionais que procederá essa determinação, portanto. Com relação à doutrina da margem de apreciação, as origens políticas – e não jurídicas - desse instrumento ficam claras a partir da observação da sua aplicação por parte da Corte Europeia de Direitos Humanos, pois a doutrina tem se demonstrado uma fonte de insegurança jurídica na promoção dos direitos humanos do continente.

2.1 O Domínio Reservado

O princípio do domínio reservado dos Estados constitui-se de uma categoria especial de matérias sobre as quais os Estados possuem “competência discricionária, exclusiva, autônoma e plena”.¹³⁶ Segundo o professor Cançado Trindade, “o critério material ou objetivo para determinação dos tópicos pertencentes ao domínio reservado (...) não possui qualquer fundamento no mundo de hoje”. Ainda de acordo com o autor, isso se deve à realidade de intensa cooperação internacional nos assuntos sociais, econômicos e científicos das relações internacionais da atualidade.¹³⁷

A questão não é fácil de elucidar porque não existe uma enumeração categórica das matérias que integram o domínio reservado, e em muitos casos, essas matérias são de regulamentação conjunta – nacional e internacional. A relatividade do conteúdo do domínio reservado (...) depende de circunstâncias precisas em um momento histórico determinado, do desenvolvimento do direito internacional e da análise dos compromissos internacionais vigentes; não se trata, portanto, de um conceito absoluto, pois assim como o conceito de soberania, tem-se modificado historicamente com

¹³⁶ PAGLIARI, A. S. *Derecho Internacional Publico: Ensayos II*, Córdoba, Argentina: Grupo Novecento Editor, 2003, p. 59-60, Tradução livre.

¹³⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O Estado e as Relações Internacionais. O Domínio Reservado dos Estados na Prática das Nações Unidas e Organizações Regionais*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 42.

a evolução da comunidade internacional e o desenvolvimento do direito internacional.¹³⁸

A cláusula do domínio reservado foi introduzida inicialmente no artigo 15 (8) do Pacto da Liga das Nações, por influência dos Estados Unidos¹³⁹ e foi posteriormente incluída na Carta da ONU, estando até hoje preservada no artigo 2 (7) deste documento, que declara:

Nada contido na presente Carta deve autorizar as Nações Unidas a intervirem em matérias que estão essencialmente dentro da jurisdição doméstica de cada Estado ou deve requerer aos Membros submeterem tais questões à negociação; mas esse princípio não deve prejudicar a aplicação das medidas de segurança contidas no Capítulo XII.¹⁴⁰

No Pacto da Liga das Nações, havia a determinação de que o Conselho seria a autoridade competente para considerar se um determinado assunto recairia ou não na esfera do domínio reservado. A Carta da ONU, contudo, permaneceu silente em relação a este aspecto, e divergências na questão de competência para aplicação da cláusula passaram a ser observadas. Em relação a este impasse, o professor Cançado Trindade observou que deve prevalecer o reconhecimento implícito do critério do Direito Internacional, que concede essa faculdade aos órgãos internacionais, e não aos Estados, tendo em vista que tal decisão seria um problema de interpretação da Carta. Destaca, ainda, o autor, que essa atribuição de competência “evidencia a artificialidade do dispositivo do domínio reservado como salvaguarda da soberania”.¹⁴¹

No sistema Regional, o artigo 12 da Carta da OEA, que proíbe a restrição dos direitos fundamentais dos Estados, pode ser interpretado como uma manifestação da cláusula do domínio reservado, caso a leitura do artigo venha a facilitar a arguição da jurisdição doméstica como um “direito fundamental dos Estados.” Porém, a influência da cláusula do domínio reservado no Sistema Interamericano pode ser mais bem identificada nos artigos 18 e 19 da Carta da OEA, que dizem respeito ao dever de não intervenção nos assuntos internos dos Estados-membros.¹⁴²

De acordo com o artigo 3 da Carta da OEA, são princípios do Sistema Interamericano: a não intervenção, a solidariedade continental (com base no exercício da

¹³⁸ PAGLIARI, A. S. *Derecho Internacional Publico: Ensayos II*, Grupo Novecento Editor, Córdoba, Argentina: 2003, p. 59-60, Tradução livre.

¹³⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O Estado e as Relações Internacionais. O Domínio Reservado dos Estados na prática das Nações Unidas e Organizações Regionais*. Editora Universidade de Brasília: 1979.

¹⁴⁰ CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945, artigo 2 (7). GHANDI, S. (Ed) *Blackstone's International Human Rights Documents*. 6ª ed. Oxford: Oxford University Press, p. 3, Tradução livre.

¹⁴¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *op.cit.*, p. 16.

¹⁴² *Ibid.*, p. 42.

democracia representativa), a solução pacífica de controvérsias, os direitos humanos fundamentais e a cooperação econômica. O princípio da não intervenção foi consagrado também no artigo 8 da Convenção de Montevideu, de 1933, e na Resolução 78, de 1972, da Assembleia Geral da OEA.¹⁴³

A Comissão Jurídica Interamericana rejeitou, em 1959, uma proposta da delegação do México para inclusão de uma cláusula de domínio reservado na Carta da OEA, com o propósito de evitar a experiência de ambiguidades causada pelo artigo 2 (7) da Carta das Nações Unidas.¹⁴⁴ A prática latino-americana do direito internacional, vale lembrar, está profundamente baseada no princípio do dever de não intervenção nos assuntos internos de qualquer Estado.¹⁴⁵

Na esfera dos tratados interamericanos, o Pacto para Solução Pacífica de Controvérsias, ou Pacto de Bogotá, de 1948, em seu artigo 5, atribuiu à Corte Internacional de Justiça a competência para decidir se a controvérsia dizia respeito a um assunto do domínio reservado. Argentina, Peru e Estados Unidos anexaram reservas a esse dispositivo, todas favorecendo a determinação por parte do próprio Estado envolvido.¹⁴⁶ Nesse sentido, o professor Cançado Trindade esclarece a contradição existente em tais instrumentos de reserva, uma vez que “(...) o argumento do domínio reservado, quando invocado na forma de reserva automática, destrói a própria finalidade (...) da declaração, qual seja, a aceitação da jurisdição obrigatória da Corte”.¹⁴⁷ No âmbito do Sistema Interamericano, portanto, a positivação do domínio reservado pode ser observada no Pacto de Bogotá.

O Sistema Internacional de Direitos Humanos, que prevê procedimentos através dos quais um Estado-parte, ou um indivíduo, possam reclamar a um órgão internacional a violação aos direitos humanos por parte de outro Estado-parte, levaria, inevitavelmente, à intervenção nos assuntos internos dos Estados. Dessa forma, qualquer

¹⁴³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Curso de Derecho Internacional*, organizado por El Comitê Jurídico Interamericano. Rio de Janeiro, 1982, p. 34.

¹⁴⁴ “As incertezas com relação a aplicação da exceção do domínio reservado devem-se em grande parte ao problema da competência para proceder a sua determinação”. CANÇADO TRINDADE, A. A. *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*. 2 edição atualizada. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 60.

¹⁴⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O Direito das Organizações Internacionais*. 3ª Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 192.

¹⁴⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O Estado e as Relações Internacionais. O Domínio Reservado dos Estados na prática das Nações Unidas e Organizações Regionais*. Editora Universidade de Brasília: 1979, 34. Conforme o artigo 5 do Pacto de Bogotá, “Os processos acima previstos não poderão aplicar-se aos assuntos que são essencialmente da alçada da jurisdição interna do Estado. Se as partes não estiverem de acordo sobre o fato de versar a controvérsia sobre um assunto de jurisdição interna, a pedido de qualquer delas, esta questão prévia será submetida à decisão da Corte Internacional de Justiça”. Disponível em: www2.mre.gov.br/dai/m_57785_1948.htm, acesso em: 10/05/10.

¹⁴⁷ *Idem*

procedimento estaria violando o artigo 2 (7) da Carta. Em relação a esse aspecto contraditório do sistema, concluiu o professor Cançado Trindade que:

A adoção de um sistema de controle internacional, no campo dos direitos civis e políticos, não seria contrária à Carta: ao aceitar os Pactos, no pleno exercício de sua soberania, os Estados-partes assumiriam obrigações de caráter internacional, e dificilmente poder-se-ia argumentar que os dispositivos daqueles instrumentos viessem a se constituir em matéria pertencente exclusivamente ao domínio reservado.¹⁴⁸

No mesmo sentido, prevalece o entendimento atual de que, nas petições enviadas à ONU relativas a violações de direitos humanos, “o artigo 2 (7) não pode ser invocado em caso de violações flagrantes e sistemáticas aos direitos humanos”.¹⁴⁹ O fato de que os debates dos casos relativos a direitos humanos, na Organização das Nações Unidas, ensejavam intervenções de várias delegações, acabaram por demonstrar, por exclusão lógica, que os assuntos que fossem alvo de interesse internacional não pertenciam ao domínio reservado dos Estados. Assim, debates sobre o caso argelino, em 1955, consagraram o reconhecimento, por parte da Assembleia Geral da ONU, de que nenhum Estado possui a faculdade de interpretar seus próprios direitos, deveres ou responsabilidades provenientes de tratados ou do costume internacionais. O princípio, segundo Quincy Wright, é o de que “a interpretação e aplicação das obrigações de direito internacional dos Estados são por definição questões internacionais e não internas”.¹⁵⁰

Em se tratando de direitos humanos, portanto, o artigo 2 (7) da Carta da ONU não é absoluto. Conclusão contrária traria como consequência, de acordo com o professor Cançado Trindade, o reconhecimento aos Estados-membros da capacidade de anular ou frustrar o propósito do Tratado Internacional.¹⁵¹ Admitir que um Estado apresente a cláusula do domínio reservado, ou jurisdição interna, como defesa para o não cumprimento de suas obrigações internacionais de direitos humanos seria o mesmo que inviabilizar este sistema de proteção, o que acabaria por impossibilitar a realização da proteção judicial efetiva nas relações internacionais. Nesse sentido, as palavras de Pescatore, “efetividade é a razão de ser das normas legais (...)”.¹⁵²

Esse argumento pode ser reforçado através da reflexão acerca do comprometimento da Organização das Nações Unidas com o valor supremo da dignidade da

¹⁴⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O Estado e as Relações Internacionais. O Domínio Reservado dos Estados na prática das Nações Unidas e Organizações Regionais*. Editora Universidade de Brasília: 1979, p. 42.

¹⁴⁹ *Idem*

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 22.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 26.

¹⁵² PESCATORE, P. The Doctrine of “Direct Effect”: an infant disease of community Law. *European Law Review*, 8, 1983, p. 177.

pessoa humana aqui traduzida nas palavras de Koffi Annan, que afirmou sua crença em que, “no século 21, a missão da ONU seria definida por um comprometimento mais profundo com a santidade e dignidade de cada vida humana”. Ainda de acordo com o antigo Secretário Geral das Nações Unidas, “(...) isso requer um olhar além das estruturas dos Estados, e além da superfície das nações e comunidades”. De forma conclusiva, Koffi Annan expressou o posicionamento da ONU em relação ao obstáculo representado pelo argumento da soberania como justificativa para a não aplicação das normas internacionais de direitos humanos, ao elucidar “(...) a soberania dos Estados não poderá mais ser usada como um abrigo para violações de direitos humanos”.¹⁵³

Dessa forma, que a elaboração, por parte do próprio Sistema da ONU, de um mecanismo através do qual os Estados pudessem evitar a responsabilidade internacional por violação aos direitos humanos em seus territórios contradiria a essência do Sistema. Por essa razão, em se tratando de direitos humanos, a exceção do domínio reservado do Estado, contida no artigo 2 (7) da Carta da ONU, não merece guarida nas relações internacionais contemporâneas.

Trata-se, portanto, de consenso entre a vasta maioria dos especialistas as noções de que, com relação à aplicação do artigo 2 (7) da Carta da ONU, a interpretação do artigo é de competência da Assembleia Geral, que deverá, nessa tarefa, fazer uso da interpretação teleológica à luz dos propósitos da Organização, que incluem, de acordo com o artigo 1, paz, segurança e justiça conforme o direito internacional. Além disso, a referida interpretação do artigo 2 (7) deve ser feita de forma restritiva e finalmente, o entendimento majoritário também conclama a ideia de que “direitos humanos, por serem legitimamente matéria de interesse internacional, não poderão ser caracterizadas como sendo uma questão exclusivamente interna”.¹⁵⁴

A mudança radical na política adotada em relação ao assunto da jurisdição interna ocorreu após o final da Guerra Fria, quando se passou a reconhecer que o domínio exclusivo da soberania estatal já não era mais um princípio absoluto. Assim, em Outubro de 1991, durante a Reunião de Moscou da Conferência de Segurança e Cooperação na Europa (processo de Helsinki), os Estados participantes endossaram a seguinte conclusão:

¹⁵³ DIXON, M. and McCORQUODALE, R. *Cases and Materials on International Law*. 4 ed., Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 17.

¹⁵⁴ STEINER, H., ALSTON, P and GOODMAN, R. *International Human Rights in Context: law, politics, morals*. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 701.

(...) questões relacionadas a direitos humanos, liberdades fundamentais, democracia e Estado de Direito são de interesse internacional, pois o respeito a esses direitos e liberdades constitui uma das bases da ordem internacional. Os Estados categoricamente e irrevogavelmente declaram que os compromissos assumidos no campo humanitário nessa Conferência são questões de interesse direto e legítimo de todos os Estados participantes, e não pertencem à esfera exclusiva das relações internas de cada Estado.¹⁵⁵

Na mesma linha de raciocínio em relação à aplicação do artigo 2 (7), a Comissão Especial para a Situação Racial na África do Sul, nomeada pela Assembleia Geral da ONU em 1952, concluiu que a cláusula do domínio reservado referia-se “unicamente à intervenção direta na economia doméstica, na estrutura social ou nas características culturais do Estado envolvido, mas que de maneira alguma precluiria recomendações, ou mesmo investigações conduzidas fora do território estatal”.¹⁵⁶

Atualmente, a exceção do domínio reservado é raramente referida nos debates da ONU, provavelmente devido aos inúmeros insucessos observados em casos em que a questão foi discutida em décadas anteriores.¹⁵⁷

O estágio atual de desenvolvimento do tema dos direitos humanos nas relações internacionais da América Latina, trazido pela disciplina do direito internacional, segue o entendimento do professor Cançado Trindade, no sentido de que “(...) à hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, nos planos tanto nacional quanto internacional (...) os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tais”.¹⁵⁸ Com relação às influências do direito internacional dos direitos humanos no plano da política interna dos Estados americanos, o autor enfatiza:

As jurisdições internacional e nacional são copartícipes no labor de assegurar a plena vigência dos direitos humanos, (...) em matéria de proteção e garantias judiciais, o direito interno dos Estados se enriquece na medida em que incorpora os padrões de proteção requeridos pelos tratados de direitos humanos.¹⁵⁹

¹⁵⁵ STEINER, H., ALSTON, P and GOODMAN, R. *International Human Rights in Context: law, politics, morals*. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 702.

¹⁵⁶ *Idem*

¹⁵⁷ *Idem*. A defesa da jurisdição doméstica foi arguida na década de 60, nos casos do Vietnã e Israel, e no Chile em 1970, bem como no Irã e Afeganistão, na década de 80. Em nenhum desses casos, contudo, esse argumento de defesa da soberania dos Estados logrou êxito nos fóruns de debate das Nações Unidas.

¹⁵⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O Brasil e o direito internacional dos direitos humanos: as duas últimas décadas (1985-2005) in *Relações Internacionais do Brasil: temas e agendas*. ALTEMANI, H. e LESSA, AC. (Org.)., v. 2, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 230.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 240. Tais argumentos foram citados pelo professor Cançado Trindade como razões para que o Brasil reconhecesse a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A íntegra do discurso está na Informação 126 de 27/08/1998 do Ministério das Relações Exteriores, publicada na Revista do IBDH, 2, 2001, p. 227-230. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional in *Relatório da III Conferência Nacional dos*

Os tratados internacionais de direitos humanos, portanto, possuem hierarquia superior aos demais tratados do direito internacional, razão pela qual qualquer regra que tenha como consequência dificultar ou limitar a aplicação dessas normas internacionais deverá ser interpretada com especial cautela. Isso se aplica à interpretação da cláusula do domínio reservado no Sistema Universal, mas também pode ser estendido como norma interpretativa em casos semelhantes nos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos. Ainda de acordo com os ensinamentos do professor Cançado Trindade, em referência específica ao contexto do Sistema Interamericano:

Um instrumento como a Convenção Americana de Direitos Humanos impõe uma interpretação consoante o caráter essencialmente objetivo das obrigações contraídas pelas Partes Contratantes visando à proteção dos direitos humanos, e não uma interpretação restritiva pelas próprias Partes Contratantes visando ao estabelecimento de direitos recíprocos e subjetivos para si mesmas.¹⁶⁰

O direito individual à proteção judicial na esfera territorial dos Estados obedece ao princípio da subsidiariedade da jurisdição internacional em relação à nacional, conforme estabelecido nos artigos 13 e 25 das Convenções Européia e Americana de direitos humanos, respectivamente. Tendo em vista o fato de que uma reclamação interestatal de violação aos direitos humanos tem repercussões mais amplas e profundas nas relações internacionais da região do que as petições individuais, estatísticas demonstram que o registro de queixas interestatais tanto no Sistema Europeu como no Americano é modesto. Esse dado pode ser entendido como influência do princípio da não intervenção de um Estado nos assuntos internos de outro.¹⁶¹

Se a matéria sobre qual versa a reclamação internacional pertence ao domínio reservado, o tribunal é definitivamente incompetente para investigar o mérito. A demanda, nesse caso, é retirada da esfera internacional e deixada a cargo das autoridades do direito nacional. Para que se determine se a matéria pertence ou não ao domínio reservado, uma investigação de mérito deverá ser realizada. Isso aproxima a exceção do domínio reservado da teoria da margem de apreciação, pois ambos estão, como será visto a seguir, diretamente relacionados ao direito material, ou seja, ao bem da vida que se pretende proteger através do

Direitos Humanos, 1998. Brasília: Câmara dos Deputados/Comissão dos Direitos Humanos, 1998. Republicado no Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, volume 51, 1998.

¹⁶⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Curso de Derecho Internacional*, organizado por el Comitê Jurídico Interamericano. Rio de Janeiro, 1982, p. 22-23.

¹⁶¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O Impacto de Tratados e Resoluções nas Relações Internacionais da América Latina in *Octavo Curso de Derecho Internacional* organizado por El Comitê Jurídico Interamericano. Rio de Janeiro, agosto de 1981, p. 260.

direito internacional dos direitos humanos. Diferentemente do esgotamento dos recursos internos e da fórmula da quarta instância, anteriormente analisados, onde o foco de admissibilidade da demanda em nível internacional está baseada na formalidade do procedimento das jurisdições de cada Estado requerido. Para esses dois mecanismos de proteção da soberania, portanto, a análise de mérito do caso não é relevante.¹⁶²

A opinião do professor Cançado Trindade sobre a adoção da cláusula do domínio reservado na Conferência de São Francisco é a de que “ela teve sobretudo um efeito psicológico de tranquilizar alguns Estados em relação a preservação de sua soberania”.¹⁶³ Essa afirmação demonstra a preocupação excessiva dos Estados no resguardo de sua soberania. Outro ponto a reafirmar tal argumento é o fato de que, mesmo após a inclusão do artigo 2 (7) na Carta da ONU, alguns Estados fizeram uso do instrumento de reservas à jurisdição obrigatória da Corte, comprovando que, para alguns governantes, nem mesmo a positivação do domínio reservado em forma de cláusula parece ser suficiente quando o assunto é a proteção da soberania estatal.¹⁶⁴

Da mesma forma, no Sistema Interamericano, a Comissão de Segurança Hemisférica do Conselho Permanente da OEA lamentou a baixa aplicação do Pacto de Bogotá, relacionando-a “às ressalvas feitas por alguns Estados por causa do mecanismo de arbitragem obrigatória e do recurso à Corte Internacional de Justiça”. Segundo a Comissão, muitos Estados não aceitam que a determinação dos fatos pertencentes à jurisdição interna estatal seja feita por um órgão internacional. Segundo a Comissão, ainda, as reservas opostas ao artigo 5 do Pacto de Bogotá “afetam, consideravelmente, a validade e eficácia desse instrumento”.¹⁶⁵

Historicamente, questões relativas à política de imigração dos países são tratadas no âmbito doméstico. Mesmo na esfera nacional, o mérito das questões relativas à imigração dificilmente chega a ser analisado pelo Poder Judiciário, tendo em vista o entendimento majoritário de que o assunto pertence à área de discricionariedade da administração pública.

¹⁶² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*. 2ª ed. atual. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 57.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 63.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 56.

¹⁶⁵ CONSELHO PERMANENTE DA OEA, COMISSÃO DE SEGURANÇA HEMISFÉRICA, Solução Pacífica de Controvérsias na Organização dos Estados Americanos, 15/03/2000, disponível em: WWW.oas.org/csh/portuguese/novosdocsolcpacf.asp, acesso em 11/05/2010.

A título de exemplo, citam-se jurisprudências recentes da Justiça Federal brasileira que respaldam a deferência do Poder Judiciário à Administração Pública em assuntos de elevado interesse político, como no caso da ementa abaixo transcrita:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTRANGEIRO. DECLARAÇÃO DA CONDIÇÃO DE REFUGIADO. GUERRA NO PAÍS DE ORIGEM. ALTO GRAU DE DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO.

1. O controle de estrangeiros no território brasileiro quanto à entrada, permanência e saída compulsória é matéria cometida à Administração com elevado grau de discricionariedade.

2. Os compromissos brasileiros com a proteção dos direitos humanos não afastam a discricionariedade no exame dos casos individuais de pedido de proteção. Tal exame de conveniência deflui da responsabilidade diplomática cometida ao Chefe do Executivo, em exercício de soberania estatal perante a sociedade internacional, e revela circunstâncias delicadas de responsabilidades e ônus nesse campo.

3. Não reconhecida a condição de refugiado após conclusão de regular processo administrativo, não cabe ao Poder Judiciário intervir para modificar a decisão da administração.¹⁶⁶

No corpo do acórdão, o Juiz Federal Marcelo De Nardi fundamenta a decisão acima referida, enfatizando a importância do exercício da soberania do Poder Executivo nacional para a proteção das relações diplomáticas do Estado brasileiro:

A entrada, a permanência e a saída compulsória de estrangeiro são matérias cometidas à autoridade do Poder Executivo com elevado grau de discricionariedade. O controle de quem são os estrangeiros autorizados a sentar pé no território nacional é inerente à ideia de Estado, intrinsecamente inserido em seus fundamentos, e exercício típico de soberania. Como manifestação direta e muito próxima dessa soberania, peculiar à matéria que esteja submetida à conveniência da autoridade: daí o alto grau de discricionariedade.

Os compromissos internacionais do Brasil com a proteção dos direitos humanos não autorizam o Judiciário a sobrepujar a conveniência da Administração. A ação diplomática - a par de atribuída com exclusividade ao Chefe do Executivo - tem sempre presente a soberania do Estado: daí novamente o exercício da discricionariedade.

Não se olvide que o acolhimento de refugiados - sobre ser compromisso assumido pelo Brasil internacionalmente, com muita frequência praticado e confirmado - interpõe à diplomacia brasileira um ponto de atrito com o país de origem dos refugiados, quando menos não seja pelo reconhecimento de que aquele país não é capaz de produzir condições mínimas de segurança para que seus próprios nacionais lá permaneçam.

¹⁶⁶ BRASIL, JUSTIÇA FEDERAL DO PARANÁ, Agravo de Instrumento n. 2008.04.00.004430-0/PR, Agravante: União Federal. Agravado: Tanous Hanna. Juiz Relator: Marcelo De Nardi. Decisão de: 13/05/2008. Disponível em: WWW.jfpr.gov.br, acesso em: 13/05/2010.

A conveniência administrativa, portanto, há de sopesar todas essas considerações, a modo de não haver prevalência absoluta das condições individuais sobre as condições de exercício de soberania do Brasil.¹⁶⁷

Ainda, em Apelação Cível na Justiça Federal Brasileira em caso de pedido de indenização por deportação da autora de país estrangeiro, a Juíza Vânia Hack de Almeida mencionou a definição dos chamados atos de império, que são aqueles atos que, “por sua natureza, somente podem ser praticados pelo Estado ou em nome do Estado, representado o exercício da soberania e gozando, por isso, de imunidade jurisdicional”. Na mesma decisão, a Magistrada esclareceu quais seriam esses atos, mencionando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça do Brasil de que atos de império seriam, por exemplo, “a expulsão de um estrangeiro, a promulgação de uma lei de nacionalização ou concessão de permanência a um estrangeiro”.¹⁶⁸

A área de discricionariedade conferida à Administração Pública está, de acordo com a jurisprudência brasileira, relacionada aos assuntos que são tradicionalmente reconhecidos como de interesse político, como enfatizou o Desembargador Federal Valdemar Capeletti, “o reconhecimento da condição de refugiado é ato decorrente do Poder Soberano do Estado solicitante e, portanto, um ato eminentemente político, a respeito do qual não pode o Judiciário imiscuir-se”.¹⁶⁹

Assim, questões relativas a fluxo de estrangeiros no território nacional é reconhecidamente uma matéria de ordem política, e por essa razão, fácil será argumentar em favor da proteção da soberania estatal em semelhança ao princípio do domínio reservado. Uma breve análise do Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre políticas migratórias e violações aos direitos humanos tem por objetivo ilustrar esse fato.

Inicialmente, a Comissão reconheceu que o fenômeno migratório deve ser entendido como um fato social, de forma que a violação aos direitos humanos dos imigrantes

¹⁶⁷ BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, Agravo de Instrumento n. 2008.04.00.004430-0/PR. Agravante: União Federal. Agravado: Tanous Hanna. Juiz Relator: Marcelo De Nardi (3ª Turma). Decisão de 13/05/2008, disponível em: WWW.trf4.jus.br, acesso em: 13/05/2010.

¹⁶⁸ BRASIL, JUSTIÇA FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL, Apelação Cível nº 2003.71.08.002453-6/RS. Apelante: Nancy Licks Kraemer. Apelado: Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. Juíza Relatora: Vânia Hack de Almeida (3ª Turma). Decisão de: 03/04/2006, disponível em: WWW.jfrs.jus.br, acesso em: 13/05/2010.

¹⁶⁹ BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, Agravo de Instrumento n. 2008.04.00.011472-7/PR Agravante: União Federal. Agravado: Nur Ja Cob e outro. Relator: Desembargador Federal Valdemar Capeletti (4ª Turma). Decisão de 18/04/2008, disponível em: WWW.trf4.jus.br, acesso em: 13/05/2010.

faz parte de um contexto vinculado à política migratória dos Estados. Nas palavras da Comissão:

A migração é um processo complexo de múltiplas repercussões políticas, sociais, culturais e econômicas, que inclui diversos atores cujos interesses diferem. Esses atores são, de uma parte, os Estados que regulam a entrada e saída de pessoas para garantir seus interesses e por outra, os indivíduos e suas famílias que migram porque aspiram a melhorar suas condições de vida. Entre os Estados, podemos distinguir entre os países receptores, de origem e de trânsito de migrantes.¹⁷⁰

A posição dos Estados receptores em relação à imigração dependerá dos interesses de ordem econômica e política dos referidos Estados em um dado momento histórico. Entre os fatores que determinam a política imigratória dos Estados receptores estão flutuações no mercado de trabalho, quantidade de mão de obra disponível, seja especializada ou não especializada, taxa de natalidade populacional, relações entre a população estrangeira e a local, bem como eventuais choques culturais entre essas.

Já nos Estados de origem o fomento à imigração também poderá estar relacionado a problemas sociais. Como salientou o Relatório Interamericano, a emigração pode representar uma fonte importante de divisas para o Estado de origem. Há casos, ainda, em que o mercado de trabalho local não é capaz de absorver a mão de obra qualificada, de forma que a emigração passa a ser uma alternativa, inclusive para aliviar a demanda dos serviços sociais públicos. Há vezes, também, em que o Estado de origem tem interesse em qualificar profissionalmente seus cidadãos no estrangeiro, ou mesmo livrar-se da presença de transgressores através da emigração.

Com relação aos Estados de trânsito, políticas de imigração mais rígidas tendem a criar animosidades nas relações diplomáticas com os países de origem. De outra sorte, quando as políticas imigratórias nos países de trânsito são mais flexíveis, essa postura pode dificultar as relações diplomáticas com os países receptores. Ademais, segundo o Relatório analisado, “a entrada massiva de estrangeiros no território desses Estados, ainda que temporariamente, pode repercutir negativamente na economia e na convivência pública.”¹⁷¹

¹⁷⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Informe Anual 2000, capítulo VIb. Parágrafo 56. Disponível em: www.cidh.org/annualrep/2000sp/cap.6b.htm, acesso em 10/05/2010. Tradução livre.

¹⁷¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Informe Anual 2000, capítulo VIb. Parágrafo 56. Disponível em: www.cidh.org/annualrep/2000sp/cap.6b.htm, acesso em 10/05/2010. Tradução livre.

Interesses sociais estão na base da motivação pessoal dos indivíduos que veem na imigração uma oportunidade para melhorar de vida. Nesses casos, um contexto de violência, guerra ou pobreza pode representar a realidade dos Estados de origem, o que acaba por determinar a saída de cidadãos de seu país. A questão acerca da adoção de políticas migratórias revela estar, portanto, intimamente ligada aos interesses dos Estados.

Conforme análise da Comissão Interamericana, a maior parte das violações aos direitos humanos ocorre nos países receptores e nos de trânsito. Muitas vezes, tais abusos refletem o desejo deliberado dos Estados em retaliar a imigração, e frequentemente encontram refúgio no dogma da soberania estatal. Em tradução literal do Relatório Anual de 2000, assim manifestou-se o órgão interamericano:

(...) é importante entender o dilema com o qual se deparam esses países. Ao regular a imigração de acordo com seus interesses e prioridades os Estados tropeçam num problema político e ético de muito difícil solução. Ao estruturarem qualquer política de imigração, os Estados estão forçados a reconciliar dois princípios fundamentais, porém contrapostos: por um lado, seu direito a regular a entrada e saída de pessoas em seu território de acordo com suas necessidades, em outras palavras, de **exercer sua soberania**; e por outro, respeitar a dignidade intrínseca e o direito de milhões de seres humanos que buscam emigrar de seus países em busca de melhores condições de vida para eles próprios e suas famílias.¹⁷²

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos conclui enfatizando a situação de vulnerabilidade estrutural dos imigrantes, especialmente mulheres e crianças. Detenções arbitrárias e ausência do devido processo legal; deportações em massa; discriminação para concessão da nacionalidade, ou para ter acesso a serviços sociais; condições carcerárias sub-humanas e exploração no trabalho são algumas das intempéries a que estão particularmente expostos os imigrantes de acordo com o Relatório anual do órgão da OEA. Outra realidade preocupante enfatizada no documento diz respeito ao aumento das máfias de tráfico de pessoas e da criminalidade nas fronteiras, ambos incentivados pelo processo ilegal de imigração.

Finalmente, a Comissão reconheceu a lacuna na jurisprudência internacional em relação à proteção dos imigrantes. De acordo com o documento examinado, isso se deve em grande parte à reticência dos Estados em firmar acordos que possam limitar sua capacidade para controlar a imigração¹⁷³, ou seja, que possam comprometer a sua soberania.

¹⁷² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Informe Anual 2000, capítulo VIb, parágrafo 62. Disponível em: www.cidh.org/annualrep/2000sp/cap.6b.htm, acesso em 10/05/2010. Tradução livre. Grifo nosso.

¹⁷³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Informe Anual 2000, capítulo VIb, parágrafo 62. Disponível em: www.cidh.org/annualrep/2000sp/cap.6b.htm, acesso em 10/05/2010. Tradução livre.

A Relatora Especial da ONU sobre direitos humanos dos trabalhadores migrantes, Gabriela Rodriguez Pizarro, manifestou sua preocupação em relação às falhas no sistema de proteção, tendo em vista que no caso dos refugiados, por exemplo, o Regime Universal permite reconhecer e remediar violações dos direitos civis e políticos que ameaçam a vida e a segurança dos indivíduos, forçando-os a deixarem seu país de origem. Contudo, o mesmo reconhecimento não ocorre em casos nos quais a violação dos direitos econômicos, sociais e culturais das pessoas vem a ser a causa do movimento migratório.¹⁷⁴ Embora a indivisibilidade e interdependência dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais seja o posicionamento oficial da ONU em relação aos direitos humanos¹⁷⁵, o procedimento de responsabilização estatal perante o Pacto de Direitos Civis e Políticos possui instrumentalidade jurídica internacional, através do Primeiro Protocolo Opcional e do Comitê de Direitos Humanos da ONU. Em 2008, ano do 60º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Assembleia Geral finalmente adotou um Protocolo Opcional estabelecendo um procedimento para petições individuais perante o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. O novo protocolo está agora aberto a ratificações, e poderá representar um passo a mais no reconhecimento da pobreza como uma violação aos direitos humanos.¹⁷⁶

Nas considerações finais, a Comissão Interamericana publicou recomendações aos Estados-membros a fim de sugerir harmonizar a política dos Estados com relação ao tratamento dispensado aos trabalhadores migrantes. Discriminação e ausência do devido processo legal foram as principais preocupações demonstradas pelo Órgão Interamericano no tocante aos movimentos migratórios no continente.¹⁷⁷

A questão da imigração é, dessa forma, um assunto de difícil análise por parte dos órgãos internacionais de supervisão dos direitos humanos, tendo em vista o fato de que se

¹⁷⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório Anual 2000, capítulo VIb, Relatora: Gabriela Rodriguez Pizarro. Disponível em: www.cidh.org/annualrep/2000sp/cap.6b.htm, acesso em 10/05/2010.

¹⁷⁵ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. *What are human rights?* “All human rights are indivisible, whether they are civil and political rights, such as the right to life, equality before the law and freedom of expression; economic, social and cultural rights, such as the rights to work, social security and education, or collective rights, such as the rights to development and self-determination, are indivisible, interrelated and interdependent. The improvement of one right facilitates advancement of the others. Likewise, the deprivation of one right adversely affects the others”. Disponível em: www.ohchr.org/EN/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx, acesso em: 14/05/2010.

¹⁷⁶ O conceito de pobreza, de acordo com a Organização das Nações Unidas, engloba mais do que simplesmente uma questão de renda. Pobreza deve ser definida como deprivações múltiplas que levam a exclusão do indivíduo e exposição à violência. ALTO COMISSARIADO DA ONU PARA OS DIREITOS HUMANOS. *Claiming the Millenium Development Goals: A Human Rights Approach* (2008), p. 1-15.

¹⁷⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório Anual 2000, capítulo VIb. Disponível em: www.cidh.org/annualrep/2000sp/cap.6b.htm, acesso em 10/05/2010.

procura reconhecer a autonomia dos Estados no tocante à regulamentação do fluxo de estrangeiros no interior de seus territórios. Como visto, mesmo no âmbito nacional, questões relacionadas à imigração pertencem tradicionalmente à esfera administrativa dos governos, razão pela qual até mesmo a interferência do Judiciário doméstico em matérias relacionadas à imigração será incerta.

Referindo novamente ao Relatório Interamericano analisado, salienta-se que previamente à divulgação do estudo, a Comissão Interamericana procedeu ao envio de um questionário aos Estados-membros da OEA, requisitando informações acerca da situação dos trabalhadores migrantes. Os Estados deveriam responder aos quesitos apresentados pela Comissão informando sobre as práticas e legislações vigentes em seus territórios com relação a políticas de imigração. Quinze dos trinta e cinco Estados-membros da OEA responderam a esse questionário.¹⁷⁸ Em todos os sete Estados cujas respostas ao questionário foram divulgadas pela Comissão, o processo de deportação de trabalhadores imigrantes e de suas famílias trata-se de um procedimento administrativo, e não judicial. Somente em Belize, contudo, essa decisão administrativa do Estado receptivo não está sujeita a qualquer tipo de recurso.¹⁷⁹

Soberania e independência são os corolários do artigo 2 (7) da Carta da ONU, conforme Malcolm Shaw. Na definição do autor, “o conceito de jurisdição doméstica não é imutável, mas um princípio de direito internacional que delinea quais são as esferas doméstica e internacional de operação.”¹⁸⁰

O entendimento atual em relação a essa matéria, contudo, é o mesmo tanto na esfera das Nações Unidas quanto no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e pode ser sintetizadas nas palavras do professor Cançado Trindade, de que “a própria Carta da OEA admite que a questão dos direitos humanos não recai hoje sob o domínio reservado dos

¹⁷⁸ Os Estados que enviaram respostas completas ao questionário foram: Bolívia, Belize, Brasil, Canadá, Costa Rica, Equador, Estados Unidos, Guatemala, México, Jamaica, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Trinidad y Tobago e Venezuela. Disponível em: WWW.cidh.org/annualrep/2005sp/cap.6anexo.a.htm, acesso em 13/05/2010. Interessante notar que, entre essa relação de Estados, encontramos Canadá e Estados Unidos, que não ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como Trinidad y Tobago, que denunciou o Tratado. Muito embora esses Estados respondam perante o Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos por serem membros da OEA, evidencia-se o interesse de Estados receptores, como Estados Unidos e Canadá, no debate acerca da migração no continente. A primazia do interesse político dos Estados nas decisões relativas à migração fica, mais uma vez, claramente demonstrada.

¹⁷⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório Anual 2000, capítulo VIb. Disponível em: www.cidh.org/annualrep/2000sp/cap.6Anexo.a.htm, acesso em 10/05/2010.

¹⁸⁰ SHAW, Malcolm. *International Law*. 6ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 1205. Tradução livre. *the concept of domestic jurisdiction is not immutable but a principle of international law delineating international and domestic spheres of operations.*

Estados, podendo ser objeto de regulamentação internacional e dotada de mecanismos internacionais de proteção”.¹⁸¹

2.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos: Opinião Consultiva 4/84 – a margem de apreciação chega à América.

Em 1983, a Corte Interamericana de Direitos Humanos recebeu, do Governo da Costa Rica, uma solicitação de Opinião Consultiva relativa a propostas de emendas aos dispositivos constitucionais que regiam a naturalização naquele país.

A solicitação costa-riquenha originou, em 19 de janeiro de 1984, a publicação da Opinião Consultiva 4/84, na qual a Corte Interamericana, pela primeira e única vez, fez referência, no seu parecer, à doutrina da margem de apreciação desenvolvida pela Corte Europeia de Direitos Humanos.¹⁸²

A requisição governamental solicitava a análise de compatibilidade das propostas de emenda aos artigos 14 e 15 da Constituição da Costa Rica com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Abaixo, apresenta-se o texto constitucional original seguido das propostas de modificação em itálico:

Artigo 14. São costa-riquenhos por naturalização:

1. Aqueles que adquiriram esse *status* em virtude de leis anteriores;
2. Nacionais de outros países da América Central, de boa conduta, que tenham residido ao menos um ano no país e que declarem perante o registro civil sua intenção de ser costa-riquenhos;
3. Hispânicos e ibero-americanos natos, que obtenham o certificado apropriado do registro civil, desde que tenham tido domicílio no país durante os anos anteriores ao requerimento;
Nacionais nativos de outros países da América Central, hispânicos e ibero-americanos com cinco anos de residência oficial no país e que preenchem os demais requisitos da lei;
4. Centro-americanos, hispânicos e ibero-americanos que não sejam natos e outros estrangeiros que tenham tido domicílio na Costa Rica por um período mínimo de cinco anos imediatamente anteriores ao requerimento de naturalização, de acordo com os requisitos legais;

¹⁸¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O Impacto dos Tratados e Resoluções nas Relações Internacionais da América Latina in *Octavo Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comitê Jurídico Interamericano* (agosto de 1981), Rio de Janeiro, p. 262.

¹⁸² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva nº 4/84*, de 19 de janeiro de 1984, p. 2-4. Tradução livre. Disponível em: www.cidh.org, acesso em maio de 2008.

Centro-americanos, hispânicos e ibero-americanos que não sejam natos e outros estrangeiros que tenham mantido residência oficial por um período mínimo de sete anos e que preencham os demais requisitos da lei;

5. Mulher estrangeira que mediante casamento com um costa-riquenho perca sua nacionalidade e que indique seu desejo de se tornar costa-riquenha; *Mulher estrangeira que mediante casamento com um costa-riquenho perca sua nacionalidade ou que após dois anos de casamento com costa-riquenho e após o mesmo período de residência no país, indique seu desejo de assumir nossa nacionalidade;*

6. Qualquer um que receba nacionalidade honorária da Assembleia Legislativa;

Artigo 15. Qualquer um que requeira naturalização deve previamente demonstrar evidências de boa conduta, deve demonstrar que possui uma ocupação conhecida e ou formas de subsistência e deve comprometer-se a residir regularmente na República.

Qualquer um que requeira naturalização deve previamente demonstrar evidências de boa conduta, deve demonstrar que possui uma ocupação conhecida e ou formas de subsistência, e deve saber falar, escrever e ler em espanhol. O requerente deve submeter-se a um exame compreensivo da história do país e seus valores bem como deve, ao mesmo tempo, comprometer-se a residir dentro do território nacional regularmente e jurar respeito à ordem constitucional da República.

Para fins de naturalização, domicílio implica residência e estável e efetiva conexão com a comunidade nacional, de acordo com as regulações estabelecidas por direito.

A proposta de emenda revoga este parágrafo do dispositivo, e inclui o seguinte:

Os requerimentos e procedimentos de naturalização deverão ser estabelecidos por lei.

A análise das propostas de emenda revela que as mesmas impõem requisitos mais rígidos para a aquisição da nacionalidade costa-riquenha por naturalização. Por isso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi requisitada a comparar o texto proposto com os seguintes artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos, a fim de determinar a compatibilidade da lei nacional com o dito Tratado Internacional.

Artigo 17. Proteção da Família

Parágrafo 4. Os Estados-partes devem adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidade dos cônjuges quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, serão adotadas as disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.

Artigo 20. Direito à nacionalidade

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.
2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra.

3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade, nem do direito de mudá-la.

Artigo 24. Igualdade perante a lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.¹⁸³

O Governo da Costa Rica solicitou a manifestação da Corte Interamericana no que tange à compatibilidade das emendas propostas com os supracitados dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesse contexto, as seguintes questões deveriam ser respondidas:

a) O direito das pessoas à nacionalidade, estipulado no artigo 20 parágrafo 1º da Convenção, foi de alguma forma afetado pelas emendas propostas aos artigos 14 e 15 da Constituição?

b) A proposta de emenda ao artigo 14 parágrafo 4º, é compatível com o artigo 17 parágrafo 4º da Convenção, no que diz respeito à igualdade entre os cônjuges?

c) O texto proposto para este mesmo parágrafo é compatível com o artigo 20 parágrafo 1º da Convenção?

No seu parecer, a Corte Interamericana analisou os requisitos de admissibilidade em relação aos artigos 64 parágrafo 2º e artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No mérito, manifestou-se relativamente ao direito à nacionalidade e ao princípio de não discriminação.

O artigo 64 da Convenção rege sobre a competência consultiva da Corte; o artigo 29 sobre as questões específicas no que tange à interpretação.

Com relação à análise de admissibilidade, a Corte mencionou que a sua competência consultiva havia sido estabelecida pelo artigo 64 para possibilitar “o desempenho de um serviço para todos os membros do Sistema Interamericano e era destinada a assisti-los no tocante ao cumprimento de suas obrigações de direitos humanos internacionais”.¹⁸⁴ No mesmo contexto, a Corte também expressou que “sua competência consultiva era destinada a

¹⁸³ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, Costa Rica, 22.11.1969. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Org). *Coletânea de Direito Internacional*. 3ª ed. ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 663-680.

¹⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Outros tratados sujeitos à competência consultiva da Corte (art. 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos), *Opinião Consultiva nº 1/82*, de 24 de setembro de 1982. Tradução livre. Disponível em: www.cidh.org, acesso em maio de 2008.

assistir aos Estados e aos órgãos no cumprimento e aplicação de tratados de direitos humanos sem submetê-los ao formalismo e às sanções associadas ao contencioso judicial.”¹⁸⁵

A Opinião Consultiva ora analisada destaca que esse dispositivo foi especificamente designado para garantir que nenhum caso fosse interpretado de forma a permitir a negação ou restrição de direitos e liberdades fundamentais, particularmente aqueles que já houvessem sido reconhecidos pelo Estado.¹⁸⁶

Na análise do mérito, a Corte deliberou a respeito da discricionariedade dos Estados em relação à regulação do direito à nacionalidade, fazendo posteriormente, expressa referência à “margem de apreciação” quando se manifestou acerca do princípio à não discriminação, como examina-se a seguir.

Com relação ao direito à nacionalidade, além do artigo 20 da Convenção Americana, também foram referidos os artigos 19 da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que estabelecem, respectivamente:

Toda pessoa tem direito à nacionalidade que legalmente lhe corresponda, podendo mudá-la, se assim o desejar, pela de qualquer outro país que estiver disposto a concedê-la.¹⁸⁷

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.¹⁸⁸

A tarefa da Corte Interamericana era, nesse momento, analisar a compatibilidade das propostas de emenda constitucional da Costa Rica com os referidos textos legais – documentos internacionais de proteção aos direitos humanos – no tocante ao direito dos indivíduos à nacionalidade.¹⁸⁹ Para tanto, na sua fundamentação, definiu

¹⁸⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Restrições à pena de morte (arts. 4(2) e 4(4) da Convenção Americana de Direitos Humanos), *Opinião Consultiva n° 3/83*, de 8 de setembro de 1983. Tradução livre. Disponível em: www.cidh.org, acesso em maio de 2008.

¹⁸⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva n° 4/84*, de 19 de janeiro de 1984, p. 7. Disponível em: www.cidh.org, acesso em maio de 2008.

¹⁸⁷ DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM, Bogotá, abril de 1948. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Org). *Coletânea de Direito Internacional*. 3ª ed. ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 557-560.

¹⁸⁸ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, Paris, 10. 12.1948. MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org). *Coletânea de Direito Internacional*. 3ªed. ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 517-523.

¹⁸⁹ Na atualidade, o Direito Internacional Público considera a nacionalidade como um direito humano fundamental, pois segundo a reflexão de Hannah Arendt, “o primeiro direito humano é o direito a ter direitos”, o que significa pertencer, pelo vínculo da cidadania, a algum tipo de comunidade juridicamente organizada e viver numa estrutura onde se é julgado através do princípio da legalidade. Ainda de acordo com Hannah Arendt, a proteção ao direito à nacionalidade trata-se de um reflexo da experiência gerada no pós-Primeira Guerra Mundial em relação aos apátridas fruto dos regimes totalitários. Por essa razão, a jurisprudência norte-americana considerou inaceitável a privação da cidadania como sanção, pois como apontou a Suprema Corte dos Estados Unidos, “no mundo contemporâneo, destituir alguém de sua cidadania é tendencialmente expulsá-lo do mundo,

nacionalidade como sendo “o elo político e legal que liga uma pessoa a um determinado Estado com o qual se conecta através de laços de lealdade e fidelidade, proporcionando-lhe proteção diplomática por parte daquele Estado.”¹⁹⁰ Como um primeiro argumento, mencionou a doutrina clássica, que impõe a discricionariedade estatal nos assuntos relacionados a atribuição de nacionalidade aos indivíduos, mas estabeleceu um contraponto ao lembrar que, atualmente, a discricionariedade estatal está limitada por assuntos relacionados à proteção dos direitos humanos, o que obriga à relativização da jurisdição estatal em relação às legislações internacionais. A esse respeito, na Opinião Consultiva em análise, manifestou-se a Corte da seguinte forma:

Apesar do fato de ser tradicionalmente aceito que a atribuição e regulação da nacionalidade são assuntos para cada Estado decidir, desenvolvimentos contemporâneos indicam que o direito internacional impõe certos limites aos poderes estatais nessa área, e que as maneiras pelas quais os Estados regulam as questões relacionadas à nacionalidade não podem ser hoje julgadas unicamente à luz de suas jurisdições; tais poderes do Estado estão também subjugados às suas obrigações de garantir a plena proteção dos direitos humanos.¹⁹¹

Ainda na fundamentação, a Corte expressa a necessidade de conciliação desses princípios impostos pelo direito internacional aos poderes do Estado com as questões que reconhecidamente recaem sob a esfera doméstica de cada Estado, como é o caso das regras estabelecendo a nacionalidade. Nesse sentido, contrapõe:

Tendo em vista que é o Estado quem oferece a possibilidade de adquirir sua nacionalidade a pessoas que eram originalmente estrangeiros, é natural que as condições e procedimentos para sua aquisição devam ser governados primeiramente pelo direito doméstico daquele Estado. Desde que tais regras não entrem em conflito com normas superiores, é o Estado que confere a nacionalidade quem está melhor habilitado para avaliar as condições que devam ser impostas para assegurar a existência de uma ligação efetiva entre aquele que requer a naturalização e os sistemas de valores e interesses da sociedade com a qual ele busca associar-se plenamente. Este Estado é também o mais indicado a decidir se tais condições foram satisfeitas.¹⁹²

Conclusivamente, a Corte expõe que alguns problemas trazidos pelas propostas de emenda constitucional “**não são para serem consideradas por este Tribunal, pois**

tornando-o supérfluo e descartável, a exemplo do que fez a experiência totalitária.” LAFER, CELSO. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 22.

¹⁹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva n° 4/84*, de 19 de janeiro de 1984, p. 10. Tradução livre. Disponível em: www.cidh.org, acesso em maio de 2008.

¹⁹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva n° 4/84*, de 19 de janeiro de 1984, p. 9. Tradução livre. Disponível em: www.cidh.org, acesso em maio de 2008.

¹⁹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva n° 4/84*, de 19 de janeiro de 1984, p. 9. Tradução livre. Disponível em: www.cidh.org, acesso em maio de 2008.

recaem na categoria de assuntos reservados ao domínio exclusivo das leis domésticas da Costa Rica.”¹⁹³

Na segunda parte da fundamentação, coube à Corte analisar as questões relativas à discriminação. Primeiramente, destacou que a noção de igualdade está ligada à dignidade da pessoa humana, sendo por isso inadmissível que seres humanos sejam submetidos a tratamentos diferentes que denotem a superioridade de qualquer grupo em relação aos demais. Seguindo esse raciocínio, considera ainda o fato de não ser toda e qualquer forma de diferença de tratamento que é classificada como discriminatória, pois nem toda diferença de tratamento é ofensiva à dignidade humana. Fazendo expressa referência à Corte Europeia de Direitos Humanos, cita um caso em que este Tribunal determinou que “o tratamento discriminatório ocorre quando não possui objetivo nem justificativa razoável”.¹⁹⁴ A ideia é a de que não se classifica as diferenças de tratamento aos indivíduos como discriminatórias por parte de um Estado quando estas estiverem baseadas em diferenças substanciais fáticas e desde que exista uma relação de proporcionalidade entre tais diferenças e os objetivos da norma legal em questão. Os objetivos, vale lembrar, não devem ser despóticos ou contrários à dignidade humana. E foi justamente ao considerar a proporcionalidade de possíveis restrições à dignidade da família em relação ao bem-estar público que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, seguindo a referência já feita ao Tribunal Europeu, aplicou a teoria da margem de apreciação na Opinião Consultiva 4/84. Sob o argumento de que é compatível com a natureza e objetivo do direito à nacionalidade o procedimento privilegiado de naturalização para aqueles que, vistos objetivamente, possuem laços históricos, culturais e espirituais muito mais estreitos com o povo da Costa Rica, como são os Centro e Ibero-Americanos e Hispânicos, a Corte afirma que:

(...) não há dúvida que pertence ao **poder soberano** da Costa Rica decidir quais patamares devem determinar a concessão ou negativa de nacionalidade aos estrangeiros que a requerem, e estabelecer certas diferenças razoáveis baseadas em diferenças fáticas que, vistas objetivamente, reconhecem que

¹⁹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva nº 4/84*, de 19 de janeiro de 1984, p. 9. Tradução livre. Disponível em: www.cidh.org, acesso em maio de 2008.

p. 11. Tradução livre. Grifo nosso.

¹⁹⁴ A Corte Interamericana aqui se referia ao caso relativo a certos aspectos das leis de uso da linguagem na educação da Bélgica, “*Caso Linguístico Belga*”, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 23 de julho de 1968. Neste caso, pais que falavam o idioma francês questionaram o sistema educacional belga que dividia o país em quatro regiões linguísticas. A Corte Europeia aceitou uma margem de apreciação conferida às Partes-contratantes, pois os Estados possuíam discricionariedade em relação à regulamentação do direito à educação garantido no Artigo 2 do Protocolo (P1-2). A Corte argumentou ainda que essa necessidade de discricionariedade estatal era proveniente “da natureza do próprio direito conferido”, ou seja, do direito à educação, cuja regulação pode variar de acordo com o local e o tempo, conforme as necessidades e recursos da comunidade e dos indivíduos”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, Estrasburgo, *Caso Linguístico Belga (1968)*.

alguns requerentes possuem maior afinidade do que outros com os valores e interesses do sistema da Costa Rica (...) e que, portanto, a Corte está plenamente convencida da **margem de apreciação** que é reservada aos Estados para estabelecer os requisitos de aquisição da nacionalidade e determinar se estes foram satisfeitos.¹⁹⁵

Reconhecido é o fato de que a ideia de Direitos Humanos vistos como uma ordem superior com a qual todos os Estados devam estar submetidos desafia o conceito de soberania estatal. Foi justamente na tentativa de reconciliação do debate entre soberania e direitos humanos que a Corte Europeia de Direitos Humanos desenvolveu a Teoria da Margem de Apreciação. O objetivo foi estabelecer uma forma de limitação jurisdicional, em que certas áreas são deixadas à discricionariedade dos Estados contratantes. A doutrina emergiu principalmente quando a Corte teve de julgar valores morais conflitantes, bem como durante estados de exceção ou emergência.¹⁹⁶

Significa dizer que uma margem de apreciação, ou área de julgamento discricionário é permitida aos Estados quando estes julgam existir uma necessidade social e a natureza de uma resposta apropriada. A noção da “margem de apreciação” baseia-se no fato de que as autoridades nacionais estão numa posição melhor do que um tribunal internacional para julgar o que é necessário de acordo com as condições locais. Em direito internacional público, ela oferece uma maneira de mediar a tensão entre a soberania estatal em relação às instituições internacionais e a necessidade de universalização dos patamares de direitos humanos.¹⁹⁷

Trata-se de uma referência ao Princípio da Especialidade, segundo o qual a distribuição de competências jurisdicionais deve ser realizada de acordo com a maior capacidade decisória das autoridades envolvidas. A capacidade decisória é avaliada conforme o nível de experiência com as situações do caso concreto. As autoridades nacionais, por estarem numa posição mais próxima à realidade do conflito, estariam mais capacitadas a decidir. O princípio da subsidiariedade da jurisdição internacional em relação à jurisdição doméstica, bem como a noção de economia judicial, reforçam a aplicação da doutrina.¹⁹⁸

Por um lado, a margem de apreciação permite um nível de desvio cultural enquanto preserva o consenso geral; por outro, revela-se um empecilho à universalização. Os defensores da Teoria, como os juízes internacionais que a aplicam, pregam que a doutrina

¹⁹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva n° 4/84*, de 19 de janeiro de 1984, p. 16. Tradução livre. Disponível em: www.cidh.org, acesso em maio de 2008.

¹⁹⁶ CAVANAUGH, Kathleen. Policing the margins: Rights protection and the European Court of Human Rights. *European Human Rights Law Review*, 4, 2006, p. 422-444.

¹⁹⁷ FELDMAN, D. *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 34-57. Tradução livre.

¹⁹⁸ BAKIRCIOGLU, Onder. The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases. *German Law Journal*, vol. 08, n. 7, 2007, p. 711-733.

reconcilia a diversidade política, social, cultural e econômica dos Estados-membros. Os críticos, por sua vez, descrevem-na como uma teoria legalmente imprecisa, que desvaloriza direitos e liberdades consagrados na Convenção, causando impacto no exame e na proteção judicial.¹⁹⁹

Entre os argumentos favoráveis à aplicação da doutrina da margem de apreciação, está o da vantagem institucional, uma vez que a capacidade decisória das autoridades nacionais é superior à dos órgãos internacionais, que via de regra carecem de recursos, informações, análise de dados e acesso à perícia técnica. Com relação a este argumento, salienta-se que, se por esse motivo entende-se que deva ser o processo decisório mantido nas mãos dos atores nacionais, por outro lado são as Cortes Internacionais que possuem mais capacidade para interpretar as normas de direito internacional, razão pela qual se explica suas funções de supervisionar as decisões nacionais. O correto equilíbrio entre deferência e supervisão, por isso, só será atingido através da combinação entre discricionariedade para as autoridades nacionais e revisão pelas Cortes Internacionais. Outro argumento enfatizado na defesa da doutrina é o da valorização do princípio democrático. Esse pensamento reforça a ideia de que decisões importantes relacionadas a situações sociais não deveriam ser tarefa do Poder Judiciário. Assim, entende-se que, como os juízes não foram eleitos diretamente pelo povo, às sociedades deve ser conferida certa liberdade na adoção de arranjos sociais que reflitam seus desejos, valores e interesses, o que só poderia ser adquirido através de um processo democrático.²⁰⁰ Um excelente argumento referente a esta ideia do princípio democrático, entretanto, foi manifestada por Francesca Klug, ao afirmar que, “em relação a Direitos Humanos, o papel do Judiciário é proteger as minorias da vontade da maioria, independentemente do quão impopular esta dada minoria for”.²⁰¹ Difícil imaginar qualquer valoração do princípio democrático capaz de destruir tal argumento. Além disso, a demonstração de cautela por parte dos órgãos internacionais na atribuição de responsabilidade estatal por violação aos direitos humanos, adequada quando consideramos as consequências formais e informais advindas dessa divulgação (como sanções e retaliações no plano internacional, além do abalo à reputação do Estado), também advoga em favor da margem de apreciação. Finalmente, a adoção da doutrina também é considerada positiva pelo fato de contribuir na cooperação entre as instituições nacionais e internacionais. Essa parceria

¹⁹⁹ CAVANAUGH, Kathleen . *op.cit.*, , p. 422.

²⁰⁰ SHANY, Y. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? *The European Journal of International Law*, vol. 15, n.5, 2006, p. 907-940.

²⁰¹ KLUG, F. *Values for a Godless Age: The story of the United Kingdom's Bill of Rights*, London: Penguin Books, 2000.

facilitaria o processo de internalização das normas internacionais pelos atores domésticos.²⁰² Nesse sentido, salientamos que o objetivo de um direito mundial, nas palavras de Mireille Delmas-Marty, certamente não é o de promover o desaparecimento dos Estados ou do direito nacional. Segundo a autora, “as instituições estatais permanecem indispensáveis para conter os interesses privados e organizar os direitos individuais e coletivos, como exemplifica a tragédia dos povos sem Estado para lhes representar.”²⁰³

Contrários à aplicação da doutrina, contudo, ponderam que a margem de apreciação proporciona o desenvolvimento de um Direito paralelo, criado pelos magistrados, e que a discricionariedade conferida aos juízes na aplicação das normas internacionais dificultaria a efetividade dessas normas. Salientam, ainda, que essa prática comprometeria a imparcialidade do Judiciário através da possibilidade de supervalorização dos interesses do Estado em relação às normas internacionais de proteção aos direitos humanos. A aplicação da doutrina em relação a normas de *jus cogens*, que não admitiriam derrogação dada à sua natureza fundamental de um valor internacional a ser protegido, também tem sido alvo de muitas críticas. Outra objeção está relacionada aos custos da ambiguidade normativa gerada pelo uso da margem de apreciação, que tende a deixar os indivíduos mais vulneráveis às ações do Estado, além de afetar indiretamente a outros Estados.²⁰⁴

Mireille Delmas-Marty apresenta as técnicas jurídicas da margem de interpretação ou margem nacional de apreciação como responsáveis pela redução do universalismo e destaca como principal dificuldade a conciliação, no contexto das relações entre os indivíduos, dos ideais de igualdade e democracia em contraposição à heterogeneidade que envolve a noção de Estado soberano (diferentes em termos de quantidade de população e poder econômico, bem como em termos de respeito ao ideal democrático).

A ideia de instituições públicas mundiais confronta diretamente com o conceito de soberania, enquanto que o de sociedade civil mundial conduz ao de cidadania do mundo (...). As noções de subsidiariedade ou de margem nacional de apreciação possuem o mérito de terem sido criadas pela prática, mas o inconveniente de possuírem origens mais políticas do que jurídicas, e de não terem sido definidas com suficiente rigor (...).²⁰⁵

²⁰² Esse último argumento a favor da margem de apreciação pode ser exemplificado pelo observado na Europa em relação à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. SHANY, YUVAL. *op.cit.*, p. 907-940.

²⁰³ Esse é o motivo pelo qual a instituição de um modelo federativo ou confederativo mundial não está entre os objetivos de um direito mundial. DELMAS-MARTY, M. *Trois défis pour un droit mondial*. Éditions Du Seuil, novembro de 1998, p. 173.

²⁰⁴ SHANY, Y. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? *The European Journal of International Law*, vol. 15, n.5, 2006, p. 907-940.

²⁰⁵ DELMAS-MARTY, M. *Trois défis pour un droit mondial*. Éditions Du Seuil, novembro de 1998, p. 85, 174, e 176. Tradução livre.

Referentemente ao método utilizado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em seus julgamentos, a margem de apreciação poderá ser aplicada quando da análise da proporcionalidade da medida que restringe o direito. Assim, primeiramente, a Corte analisa se houve interferência no direito. Em caso afirmativo, o próximo passo será a ponderação da legitimidade do objetivo perseguido pelo governo em questão. Em seguida, a Corte fará um exame de legalidade da restrição, onde haverá a averiguação de que se esta se encontra prescrita por direito. Finalmente, a Corte estabelece o exame de proporcionalidade da restrição, onde as duas principais perguntas a serem respondidas são: O objetivo legítimo poderia ter sido atingido através de meio menos intrusivo? E, a interferência causa ao detentor do direito um prejuízo considerado suficientemente sério a ponto de superar qualquer benefício que aquela interferência venha a atingir em busca do objetivo? É nesta fase que poderá haver a aplicação da margem de apreciação pela Corte.²⁰⁶

A doutrina da margem de apreciação reflete noções de subsidiariedade, revelando uma confiança no artigo 1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (de que os Estados contratantes comprometem-se a assegurar, dentro de sua jurisdição, os direitos e liberdades postulados na Convenção), culminando com o exercício, por parte da Corte Europeia, de um *judicial self-restraint*. Nesse sentido, o Tribunal Europeu pode conceder uma margem de apreciação para o Estado tanto em relação a obrigações positivas quanto negativas, mas esta tem se demonstrado relutante em analisar casos onde a alegação é de violação em abstrato da Convenção por parte do direito nacional. Ao invés, a Corte prefere analisar se houve interferência no direito em relação a um caso particular.²⁰⁷ Há diferentes tipos de normas que proporcionam a aplicação da margem de apreciação: existem as que necessitam de um juízo de valor subjetivo, também chamadas de cláusulas de exceção ou de limitação. Essas normas incluem no seu texto elementos como “necessidade”, “proporcionalidade”, “excessivamente”, “boa fé”, “razoáveis”, que demandam escolhas políticas baseadas nas circunstâncias específicas da realidade a que se submetem no caso concreto. Por isso, são facilmente acusadas de reduzirem a segurança jurídica, pois sua aplicação depende do bom senso do julgador. Há também as normas discricionárias, que são as que fazem referência ao poder discricionário do Estado para sua aplicação. Em geral, uma

²⁰⁶ SAMUELS, H. in “Methodological Approaches by the Courts to the Human Rights Act 1998; Examples of the Convention’s Application. Some Introductory Principles.” Aula proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Westminster, Londres, 07/11/2006. Tradução livre.

²⁰⁷ CAVANAUGH, Kathleen. Policing the margins: Rights protection and the European Court of Human Rights. *European Human Rights Law Review*, 4, 2006, p. 424. Observa-se, aqui, a importância do efeito da decisão para o caso concreto.

ampla margem de apreciação é conferida aos Estados na regulamentação e implementação das normas internacionais discricionárias no interior dos seus territórios. Por fim, há as normas que preveem obrigações de resultado, de forma a proporcionar aos Estados uma margem de discricionariedade em relação aos meios empregados para atingir o fim.²⁰⁸

O reconhecimento de uma área de apreciação em favor dos órgãos administrativos do Estado vem a ser a impossibilidade de substituição, pelo Judiciário, da decisão tomada pela Administração Pública ao eleger uma das várias soluções que se apresentam para o caso. Nessas situações, teria a Administração Pública prerrogativas de avaliação²⁰⁹, que se justificam pelo fato de estarem os órgãos administrativos mais próximos dos problemas e por isso, melhor aparelhados para resolvê-los. A decisão administrativa final, portanto, que se estabelecesse dentro dessa área de apreciação, não seria passível de modificação ou substituição por parte do controle judicial.²¹⁰

A doutrina da margem de apreciação foi introduzida pela Corte Europeia de Direitos Humanos em vários casos, tendo sido desenvolvida pela jurisprudência dos órgãos de supervisão internacional de Estrasburgo sem estar explicitamente mencionada em qualquer parte da Convenção. Sua aplicação, contudo, ocorre juntamente com alguns dispositivos específicos da Convenção Europeia de Direitos Humanos, como os artigos 14 e 15, que declaram, respectivamente, a proibição à discriminação e a possibilidade de decretação de estado de emergência. Além desses dispositivos, a aplicação da margem de apreciação na jurisprudência europeia também pode ser observada em conjunto com as chamadas cláusulas de acomodação ou limitação, que são justamente as que permitem derrogação, de acordo com as condições estabelecidas no parágrafo 2º de cada artigo, ao direito protegido. Os principais artigos da Convenção Europeia invocados nesse sentido foram o artigo 8 (direito à privacidade e à família); o artigo 9, o artigo 10 e o artigo 11 (liberdades de religião, expressão, assembleia e associação), e o artigo 2º do 4º Protocolo, que rege a liberdade de

²⁰⁸ SHANY, Y. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? *The European Journal of International Law*, vol. 15, n.5, 2006, p. 907-940.

²⁰⁹ Esta denominação nos é trazida por Hans Julius Wolf. COUTO E SILVA, Almiro. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: jan/jun.1990, p. 59.

²¹⁰ *Idem*. “A doutrina e a jurisprudência brasileiras diferenciam, no tocante a controle judicial, a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e o poder discricionário. Conceitos jurídicos indeterminados são conceitos empíricos, de valor ou normativos, que exigem do intérprete ou do aplicador da norma uma apreciação em termos valorativos. Estes estariam sujeitos a um controle jurisdicional mais amplo, que se observa tanto no aspecto formal quanto no material. Já o poder discricionário se submete a um controle judicial restrito, que se revela unicamente do ponto de vista formal, ausente o exame de mérito da medida. Em suma, os conceitos jurídicos indeterminados são, em princípio, suscetíveis de exame judicial quanto à correção ou incorreção de sua aplicação. Nos atos discricionários, de outra sorte, o controle judicial estaria restrito aos pressupostos de validade, que não se estendem à apreciação de conveniência e oportunidade da medida.” COUTO E SILVA, Almiro. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: jan/jun.1990, p. 59.

movimento ou residência. Dentre as condições que autorizariam a interferência estatal nesses direitos do indivíduo, estaria a anterioridade, ou seja, que a interferência fosse prescrita ou autorizada por direito; legítima, no sentido de necessária para garantir o interesse da segurança nacional, a segurança pública, o bem-estar econômico do país, a prevenção da desordem ou crime, a proteção da saúde e da moral ou a proteção dos direitos e liberdades alheios; e ainda, que a dita interferência estatal fosse necessária em uma sociedade democrática. Destaca-se aqui o aspecto eminentemente político desta última condição.²¹¹ A margem de apreciação pode ser entendida como um efeito da interpretação das limitações que podem ser concedidas aos direitos do homem, quando tais direitos não estão bem definidos no texto legislativo internacional, ou quando admitem restrições a título temporário ou permanente.²¹²

Mireille Delmas-Marty resume o conflito imposto ao juiz supranacional na sua tarefa de interpretar e aplicar uma Convenção relativa aos direitos do homem: mais do que um mero intérprete do Tratado Internacional, àquele magistrado será dado o poder de confrontar a Convenção com a norma de direito interno, e dessa forma, influenciar e predeterminar o direito doméstico, indicando inclusive, alguns limites a serem respeitados pelo legislador nacional.²¹³ Temos, assim, um exemplo da interferência da jurisdição internacional de proteção aos direitos humanos no interior dos Estados soberanos.

George Letsas identifica dois conceitos diferentes no uso da doutrina da margem de apreciação: o substancial, que contrapõe os direitos individuais ao interesse público; e o estrutural, relacionado com os limites impostos pela soberania estatal aos objetivos de universalização perseguidos por um sistema judicial supranacional. O conceito substancial requer a aplicação, por parte do Tribunal Internacional, do teste de proporcionalidade referido acima para estabelecer se a autoridade nacional violou um direito individual protegido pela Convenção ou se, ao contrário, agiu dentro de sua margem de apreciação, e nesse caso, não haveria violação ao direito; já o conceito estrutural reforça o

²¹¹ DE LA RASILLA DEL MORAL, Ignacio. The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin of Appreciation Doctrine, *German Law Journal*, vol. 7, nº 611, 2006. Disponível em: www.germanlawjournal.com, acesso em julho de 2009.

²¹² As circunstâncias que ensejariam restrição temporária aos direitos dos cidadãos seriam aquelas relacionadas à necessidade de proteger a vida da nação; já as restrições permanentes estariam ligadas à manutenção da ordem pública, como a prevenção de infrações, a proteção da moral pública, da autoridade e imparcialidade do judiciário, o bem-estar econômico do país, etc. DELMAS-MARTY, M. *Trois défis pour un droit mondial*. Éditions Du Seuil, novembro de 1998, p. 88.

²¹³ *Ibid.*, p. 87.

caráter subsidiário do Tribunal Internacional, invocando-o a deferir a decisão para as autoridades nacionais.²¹⁴

No caso *Handyside v Reino Unido (1979-80)* o foco foi a discussão do que seria necessário para a proteção da moral social com relação à liberdade de expressão protegida pelo artigo 10 da Convenção Europeia e a ação do Governo britânico em banir a publicação de um livro sob alegação de obscenidade.²¹⁵ Dessa vez, a margem de apreciação foi introduzida pela Corte Europeia da seguinte forma:

(...) não é possível encontrar no direito doméstico dos vários Estados Contratantes uma concepção europeia uniforme de moral. A visão tomada em relação aos direitos respectivos acerca dos requerimentos morais varia de tempos em tempos, e de lugar para lugar, especialmente em nossa era, que é caracterizada por uma rápida evolução de opiniões sobre o assunto. Em razão do contato contínuo e direto que possuem com as forças dos seus países, as autoridades estatais estão, em princípio, em uma posição privilegiada em relação a um juiz internacional para deliberar acerca do sentido exato desses requerimentos, bem como acerca da necessidade das restrições ou penalidades devidas para garanti-los. Consequentemente, o parágrafo 2º do artigo 10 confere aos Estados-contratantes uma margem de apreciação.²¹⁶

Outro exemplo é trazido pelo caso *Otto Preminger Institute v Áustria (1995)*, em que foi posta em discussão a liberdade religiosa e a liberdade de expressão postuladas nos artigos 9 e 10 da Convenção, respectivamente. Esse caso versava sobre a proibição do filme *Visions of ecstasy* por ser considerado ofensivo à religião Católica.

Uma vez que não há como discernir consenso na Europa da significância da religião na sociedade, é impossível definir compreensivamente qual interferência no discurso religioso é permissível. Certa margem de apreciação é, portanto, a ser deixada às autoridades nacionais para que avaliem a existência e extensão da necessidade de tal interferência (...).²¹⁷

²¹⁴ LETSAS, George. Two Concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.26, n. 4, 2006, p. 705-732.

²¹⁵ BURNHEIM, Sally: "(...) the Court ruled in favour of the state, allowing it a margin of appreciation to determine the measures needed to protect morals. The fact that the book had been allowed in a majority of contracting states did not preclude it being necessary to restrain its publication in a minority of states if local circumstances required". Disponível em <http://thedailystar.net/law/200311/05/index.htm>, acesso em 07/06/07.

²¹⁶ A ausência de uma concepção uniforme de moral na Europa voltou justificar a utilização da margem de apreciação em favor do Estado no caso *Muller v Suíça*, em 1991. Novamente, o direito à liberdade de expressão foi confrontado com a noção de obscenidade. LETSAS, George. Two Concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.26, n. 4, 2006, p. 724. Tradução livre.

²¹⁷ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, Estrasburgo, caso *Otto-Preminger Institute v Áustria (1995)*, § 48. Tradução livre.

A liberdade de expressão voltou a ser sede de discussão no caso *Wingrove v Reino Unido (1997)*, que resultou de uma recusa, em 1989, pelo órgão britânico de classificação de filmes, em lançar o certificado de classificação do filme *Visions of ecstasy* sob a alegação de que este infringiria a lei inglesa de blasfêmia.²¹⁸ O produtor do filme argumentou que essa recusa violava os seus direitos de liberdade de expressão. Revendo o mérito do caso a Corte afirmou:

(...) em questões passíveis de ofender convicções pessoais íntimas dentro da esfera da moral ou, especialmente da religião, o Estado contratante possui uma larga margem de apreciação para 'regular' a liberdade de expressão (...). Tendo em vista a preservação do alto limiar de profanação presente na definição de ofensa por blasfêmia perante o direito inglês, bem como a margem de apreciação do Estado nessa área, as razões dadas para justificar as medidas tomadas podem ser consideradas relevantes e suficientes para os fins do §2º do artigo 10. Além disso, tendo ela própria assistido ao filme, a Corte concluiu que as decisões das autoridades nacionais não podem ser ditas arbitrárias ou excessivas.²¹⁹

Observa-se que parece haver uma hierarquia de direitos em relação a qual a amplitude da deferência conferida por parte da Corte Europeia de Direitos Humanos difere. Assim, enquanto a liberdade de imprensa, ou o discurso político, devido à importância que possuem para as sociedades democráticas, constituem fatores que restringem a discricionariedade nacional, o elemento da moral pública ou privada permanece mantendo a margem de apreciação mais abrangente. Discursos de cunho político que ferem a liberdade democrática, como por exemplo, os que fazem apologia ao Holocausto, ou à ideologia racista, têm gerado a restrição da aplicação da margem de apreciação em favor da imposição de altos requerimentos de direitos humanos, como observado nos casos *Kuhnen v República Federal da Alemanha (1988)* e *Jersild v Dinamarca (1994)*.²²⁰

²¹⁸ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, Estrasburgo, caso *Wingrove v Reino Unido (1997)* Disponível em: www.neps.ru/node/760, acesso em 07/06/07.

²¹⁹ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, Estrasburgo, caso *Wingrove v Reino Unido (1997)* §58. Tradução livre. A mesma passagem foi repetida no julgamento do caso *Murphy v Irlanda (2004)*, relativo à proibição de transmissão de um anúncio televisivo por parte da Comissão Irlandesa Independente de Rádio e Televisão. A Corte ratificou a alegação do governo irlandês de que a proibição destinava-se a garantir o respeito pelas doutrinas e crenças religiosas dos outros, de forma que o objetivo perseguido pela medida era o da manutenção da ordem pública e da segurança, juntamente com a proteção dos direitos e liberdades do público em geral. LETSAS, George. Two Concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.26, n. 4, 2006, p. 726.

²²⁰ O caso *Lingens v Áustria (1986)* e o caso *Castells v Espanha (1992)*, exemplificam, respectivamente, julgamentos em que a Corte Europeia de Direitos Humanos defrontou-se com o direito à liberdade de imprensa e liberdade de debate político. Em ambos, a margem conferida aos Estados foi restringida em favor do direito protegido pela Convenção. BAKIRCIOGLU, Onder. The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases. *German Law Journal*, vol. 08, n. 7, 2007, p. 711-733.

Dentre os exemplos da utilização dessa Doutrina no continente europeu surgem também os casos relacionados os direitos dos cidadãos transexuais²²¹, onde inicialmente a Corte sustentou “não haver abordagem comum na Europa”, e as decisões a esse respeito, inconsistentes, acabaram por favorecer aos Estados. Os casos envolvendo indivíduos transexuais versam, principalmente, em torno dos artigos 8 e 10 da Convenção (direito ao respeito à privacidade e vida em família e liberdade de expressão), bem como em relação ao conflito dos direitos assegurados pelo artigo 10 com aqueles constantes no §2º do mesmo artigo. O parágrafo 2º trata das restrições e condições ao exercício dessas liberdades em função da moralidade social e da segurança pública.²²² Alguns desses casos são: *Rees v Reino Unido* (1986), *Cossey v Reino Unido* (1990), *B v França* (1992), *Sheffield e Horsham v Reino Unido* (1998), *Goodwin v Reino Unido* (2003). Na maior parte desses casos, a Corte deveria analisar a atuação dos governos nacionais referentemente à negativa de concessão ao cidadão transexual do direito a um novo registro de nascimento civil (em que constasse o novo sexo), de forma que o cidadão ficava, também, impedido de casar com pessoas de sexo igual ao que ele possuía no momento de seu nascimento. Vale lembrar, que o artigo 12 da Convenção garante o direito ao casamento entre homens e mulheres. No âmbito dessas decisões, a Corte modificou o entendimento manifestado em Estrasburgo no ano de 1986 no caso *Rees*, quando levou em consideração a prática doméstica legal do Estado em questão, no caso a Inglaterra, decidindo que não havia violação dos direitos constantes nos artigos 8 e 12 da Convenção. No caso *B v França* (1992), a Corte Europeia de Direitos Humanos estabelece uma comparação entre os sistemas civis da França e da Inglaterra, de onde justifica a decisão em favor do reclamante, diversamente do pensamento que havia sido manifestado em *Rees*. Esse é um

²²¹ Transexualismo: Desejo que leva o indivíduo a querer pertencer ao sexo oposto, cujos trajes pode até adotar, além de esforçar-se tenazmente no sentido de se submeter à intervenção cirúrgica visando à transformação sexual. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

²²² **Artigo 8:** Direito ao respeito à privacidade e à vida em família. 1. Todos têm direito ao respeito à privacidade e vida em família, sua casa e sua correspondência. 2. Não deverá haver interferência de nenhuma autoridade pública no exercício desse direito, exceto quando for de acordo com o direito, e for necessário numa sociedade democrática aos interesses da segurança nacional, da segurança pública ou do bem-estar econômico do país, na prevenção da desordem ou crime, para a proteção da saúde e da moral ou para a proteção dos direitos e liberdades dos outros. **Artigo 10:** Liberdade de Expressão. 1. Todos têm direito à liberdade de expressão. Este direito inclui liberdade de manter opiniões e de receber e divulgar informações e ideias sem interferência de autoridade pública, não obstante as fronteiras. Este artigo não impede os Estados de requerer a licença de empresas de programação, televisão ou cinema. 2. O exercício dessas liberdades, uma vez que carrega deveres e responsabilidades, poderá estar sujeito a formalidades, condições, restrições ou penalidades prescritas por direito e que são necessárias numa sociedade democrática, aos interesses da segurança nacional, da integridade territorial ou da segurança pública, para a prevenção de desordem ou crime, para a proteção da saúde e da moral, para a proteção da reputação e direitos dos outros, para impedir a violação de informações recebidas em confidência, ou para manter a autoridade e a imparcialidade do Judiciário. CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS, conforme o Protocolo 11. Tradução livre.

exemplo de que casos substancialmente semelhantes possam ter julgamentos divergentes, dependendo da consideração da prática legal do governo correspondente.²²³ Em *Cossey v Reino Unido (1990)* a Corte declarou que o Estado não tem a obrigação positiva de modificar seu sistema já existente, uma vez que esse possui interesse geral e a modificação acarretaria consequências no âmbito administrativo.²²⁴ Posteriormente, em *Goodwin*, a Corte decidiu diferentemente:

De acordo com as considerações, a Corte entende que o governo correspondente não poderia mais argumentar estar o problema localizado dentro de sua margem de apreciação, salvo a relativa aos meios apropriados para atingir o reconhecimento do direito protegido pela Convenção. Como não há significativos fatores de interesse público que pesem contra o interesse individual no caso, a Corte decide em favor do reclamante.²²⁵

Assim, a evolução do pensamento dos juízes europeus em relação aos direitos dos cidadãos transexuais pode ser resumida da seguinte forma: em *Rees* havia a preocupação com a ausência de bases comuns entre os Estados-contratantes acerca do assunto, quatro anos mais tarde, quando do julgamento de *Cossey*, a mesma justificativa foi adotada para decidir que “não havendo consenso acerca do status que possuiriam os transexuais, essa era uma área na qual os Estados gozavam de uma larga margem de apreciação.” Oito anos depois, a Corte salientou aspectos de ordem científica, legal, moral e social no julgamento de *Sheffield e Horsham*, onde uma decisão em favor dos requerentes foi novamente negada, mas com uma votação bem mais divergente daquela que se tinha observado entre os juízes no julgamento de *Rees*. Finalmente, em 2002, a jurisprudência europeia muda radicalmente no julgamento de *Goodwin e I v Reino Unido (2003)* quando a Corte decidiu de forma unânime em favor dos requerentes. Essa diferença de opinião foi justificada pela Corte Europeia com base nas tendências internacionais de aceitação social dos transexuais, bem como no reconhecimento legal de uma nova identidade sexual após a operação de mudança de sexo a qual esses

²²³ *B v. France* ilustra a frequente inconsistência das decisões onde a margem de apreciação é um fator. CAVANAUGH, Kathleen. Policing the margins: Rights protection and the European Court of Human Rights. *European Human Rights Law Review*, 4, 2006, p. 429

²²⁴ *Ibid.*, p. 428. O juiz Martens J. apresentou uma opinião dissidente no julgamento de *Cossey*, onde argumentou: "... it is in principle not consistent with the Court's mission to protect the individual against the collectivity and to do so by elaborating common standards....If a collectivity oppresses an individual because it does not want to recognize societal changes, the Court should take great care not to yield too readily to arguments based on a country's cultural and historical particularities." Essa opinião já antecede o pensamento que seria adotado anos mais tarde por unanimidade pela Corte Europeia em relação aos direitos dos transexuais. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, Estrasburgo, caso *Cossey v Reino Unido (1990)*.

²²⁵ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, Estrasburgo, caso *Goodwin v Reino Unido (2000)*, §93, Tradução livre. Disponível em:< WWW.pfc.org.uk/node/234>. Acesso em 03/10/2006.

indivíduos submetiam-se.²²⁶ Em 2004, no julgamento de *Frette v França*, a Corte deparou-se com nova denúncia de discriminação contrária ao artigo 14 da Convenção, mas dessa vez relativa à orientação sexual do requerente. O caso versava sobre a negativa por parte do governo francês de autorizar a adoção de uma criança por um casal homossexual. Em sua decisão, favorável ao Estado, a Corte argumentou que “em áreas onde havia pouco consenso entre os Estados-membros do Conselho da Europa e que em geral o direito estava ainda em um estágio de transição, uma larga margem de apreciação deveria ser deixada às autoridades de cada Estado”.²²⁷

A unificação da proteção aos direitos humanos encontra obstáculos também nas questões referentes ao relativismo cultural, que “questiona a validade da fonte da regra moral”, requerendo, ao mesmo tempo, “sejam as normas de direitos humanos interpretadas com sensibilidade às especificidades culturais do Estado em particular”.²²⁸ O dever de respeito ao multiculturalismo vem expresso em vários documentos de proteção aos direitos humanos, como no artigo 27 da Declaração Universal de Direitos Humanos, no artigo 15 (1) do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ou no artigo 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e se traduz no direito de qualquer um de fazer parte da vida cultural e no direito dos grupos minoritários em gozar sua própria cultura. O estabelecimento de direitos humanos internacionais capazes de limitar as exceções baseadas em argumentos culturais requer o reconhecimento de valores que conectam as culturas diferentes. Nesse sentido, o alerta de que “o apelo à proteção cultural pode mascarar opressão, injustiça e impotência”.²²⁹ Quando autores, como Mc Goldrick, afirmam que “a ideologia multicultural tem sido opressiva à luta por igualdade nas esferas de gênero, raça, etnia e sexualidade”, da mesma forma que há o entendimento de que “a preocupação com cultura seja uma distração ao combate do tratamento desigual, da discriminação e da injustiça”²³⁰, deve-se reforçar a principal ideia da universalização dos direitos humanos, qual seja: a da dignidade humana como valor comum. A proposta de um Direito Internacional dos Direitos Humanos é compor um Código de Ética comum que não derive sua legitimidade de qualquer governo, e com o qual toda a humanidade esteja comprometida independentemente de seus antecedentes culturais ou religiosos.

²²⁶ LETSAS, George. Two Concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.26, n. 4, 2006, p. 728.

²²⁷ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, Estrasburgo: *Caso Frette v França (2004)*, § 36. Tradução livre.

²²⁸ MCGOLDRICK, Dominic. Multiculturalism and its Discontents. *Human Rights Law Review*, 27, 2005, p. 7. Disponível em: <http://hrjl.oxfordjournals.org>, acesso em 24/10/2006.

²²⁹ *Idem*

²³⁰ *Ibid.*, p. 8.

O Comitê de Direitos Humanos que aplica e interpreta o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 manifestou-se da mesma forma ao esclarecer que “uma falha em cumprir com as obrigações que dão efeito aos direitos pactuados não poderão ser justificados com referência a considerações culturais”. O assunto, entretanto, é polêmico, o que se justifica pelo fato de que “direitos culturais estão frequentemente respaldados por argumentos baseados em dignidade ou autonomia”,²³¹ de forma que a aplicação da margem de apreciação em casos onde há o apelo ao respeito da identidade cultural do Estado em questão ensejará debate, inegavelmente.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, nesse contexto, teve de analisar o caso do *Partido Refah (O Partido do bem-estar) e outros v Turquia (2003)*. O caso dizia respeito à remoção de um partido político do poder, em 1998, pela autoridade da Turquia. O Estado turco alegou que o Partido *Refah*, que havia ganhado as eleições no país, pretendia introduzir princípios islâmicos e leis (*shariah*) que modificariam a ordem secular da Turquia, suprimindo a democracia. A remoção do partido que havia sido eleito pela maioria da população foi, então, justificada em nome da proteção dos direitos humanos e dos valores democráticos. A atuação da Corte Constitucional da Turquia foi ratificada pelo julgamento da Corte Europeia de Direitos Humanos, que modificou o entendimento manifestado anteriormente no caso “*Partido Comunista Unido da Turquia e outros v Turquia (1998)*”, quando afirmou: “os Estados contratantes possuem uma margem de apreciação especialmente estrita na determinação da necessidade no tocante à justificação da dissolução de partidos políticos”. No caso em questão, as autoridades da Turquia haviam dissolvido um grupo de partidos socialistas e comunistas, atuação que foi rejeitada pela Corte. A mudança de opinião da Corte pode ser entendida levando-se em consideração o contexto em que ocorreram os dois julgamentos divergentes. Ao apoiar a decisão da Turquia em dissolver o Partido *Refah*, a Corte exemplificou o crescimento atual da *islamofobia*, ao passo que em discordar da dissolução do Partido Comunista anos antes, a Corte demonstrou que o medo do comunismo já se revela enfraquecido.²³²

Da mesma forma, a doutrina da margem de apreciação é utilizada como justificadora da não intromissão da Corte Europeia em assuntos relacionados às derrogações dos direitos conferidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos em tempo de guerra

²³¹ *Ibid.*, p. 27. *Either expressly or impliedly, states are given a significant margin of appreciation, which allows for a significant yielding to cultural or religious claims. Affirmative action of positive discrimination receives express endorsement in human rights texts and practice. National law exceptions in favour of cultural or religious groups have been accepted as consistent with the principle of non-discrimination. Ibid.*, p. 29.

²³² BOYLE, K. Human Rights, Religion and Democracy: The Refah Party Case. *Essex Human Rights Review*, 1, 2004, p. 2-8. Disponível em: <http://projects.essex.ac.uk/EHRR/archive/> acesso em 24/10/2006.

ou estado de emergência, conforme previsão do artigo 15, que se traduz como uma adicional e codificada margem de apreciação.²³³ A derrogação só é permissível, em qualquer caso, quando um Estado contratante vivencia uma situação excepcional de crise ou emergência que afeta a população inteira e constitui uma ameaça à organização da vida da comunidade que compõe o país. Para fazer jus ao direito, o Estado precisa pronunciar publicamente sua intenção de invocar derrogação. Precisa demonstrar que a emergência pública é atual ou iminente, que ameaça a vida da nação, e qualquer ação tomada deve ser proporcional, temporária e consistente com suas obrigações de direito internacional, bem como não podem interferir com direitos não derogáveis.²³⁴

No caso *Lawless (Lawless v Irlanda, 1979-80)* a Corte deparou-se com a situação de determinar se a situação de emergência de fato existia. O caso dizia respeito à detenção de um cidadão sob suspeita de fazer parte do IRA (Exército Republicano Irlandês), sem que um processo tivesse sido instaurado. Tal detenção foi permitida de acordo com o Ato Irlandês de Ofensas contra o Estado de 1940, que autorizava, em seguimento a uma declaração de emergência por parte do governo, a prisão de suspeitos em envolvimento com atividades prejudiciais à paz, à ordem e à segurança do Estado.²³⁵ A primeira declaração expressa a respeito da margem de apreciação no contexto de estado de emergência foi feita pela Corte Europeia no julgamento do caso *Irlanda v Reino Unido (1978)*:

Recai em primeiro lugar a cada Estado contratante, com sua responsabilidade pela ‘vida da nação’, determinar se esta vida está ameaçada por uma ‘emergência pública’ e, estando, o quanto longe será necessário ir na tentativa de reverter a emergência. Em razão de seu direto e contínuo contato com as necessidades do momento, as autoridades nacionais estão, a princípio, em melhor posição do que um juiz internacional para decidir tanto sobre a presença da dita emergência quanto sobre a natureza e oportunidade

²³³ Artigo 15: Derrogação em tempo de emergência. 1. Em tempo de Guerra ou outra emergência pública pondo em perigo a vida da nação qualquer Alta Parte Contratante pode tomar medidas derogando de suas obrigações em relação a essa Convenção na extensão estritamente requeridas pelas exigências da situação, desde que tais medidas não sejam inconsistentes com suas outras obrigações de direito internacional. 2. Não deverá haver derrogação dos artigos 2 (direito à vida), exceto em respeito a mortes resultantes de legais atos de guerra, ou dos artigos 3 (proibição de tortura), 4§1º(proibição de escravidão), e 7 (proibição de crime sem lei que o prescreva). 3. Qualquer Alta Parte Contratante que se avalie no seu direito de derrogação deverá manter o Secretário Geral do Conselho da Europa completamente informado das medidas que têm sido tomadas e das razões para tanto. Deverá também informar o Secretário Geral do Conselho da Europa quando tais medidas forem cessadas e as provisões da Convenção estiverem novamente totalmente em execução. CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS, conforme o Protocolo 11. Tradução livre.

²³⁴ CAVANAUGH, Kathleen. Policing the margins: Rights protection and the European Court of Human Rights. *European Human Rights Law Review*, 4, 2006, p. 436. Enfatiza-se, portanto, a positivação da impossibilidade de violação das normas cogentes de direito internacional, ainda que durante o estado de emergência.

²³⁵ *Lawless v Irlanda (1957-61)*, caso sobre o qual se manifestou o Governo irlandês da seguinte forma: ‘It is inconceivable that a Government acting in good faith should be held to be in breach of their obligations under the Commission merely because their appreciation of the circumstances which constitute an emergency, or of the measures necessary to deal with the emergency, should differ from the views of the Commission or of the Court’. Disponível em: www.nuigalway.ie/human_rights/Projects/ireland_project/lawless.html, acesso em 07/06/07.

das derrogações necessárias para evitá-la. Nessa questão o artigo 15(1) deixa às autoridades uma larga margem de apreciação.²³⁶

No caso *Brogan v Reino Unido (1989)* a Corte entendeu que o Reino Unido havia violado o artigo 5 (3)²³⁷ da Convenção Europeia de Direitos Humanos ao manter suspeitos de terrorismo detidos sem supervisão judicial por extensos períodos de tempo.²³⁸

Outro foi o julgamento da Corte em 1993, no caso *Brannigan e McBride v Reino Unido*. No curso deste episódio, os reclamantes foram presos e detidos de acordo com o Ato (de Provisões Temporárias) de Prevenção ao Terrorismo de 1984. O primeiro reclamante, Peter Brannigan, foi mantido por um período de seis dias, quatorze horas e trinta minutos, durante o qual foi submetido a 43 interrogatórios. Ele teve seu acesso a advogado negado durante as primeiras 48 horas de detenção. O segundo reclamante, Patrick McBride, foi mantido por seis dias, seis horas e vinte e cinco minutos, e foi interrogado 23 vezes durante esse período, recebendo a visita de seu advogado duas vezes. Os reclamantes argumentaram que o extenso período de detenção não poderia estar baseado no que era “estritamente requerido pelas exigências da situação”. Apesar disso, a Corte decidiu que os requerimentos perante o artigo 15 haviam sido satisfeitos, e além do mais, aceitou o argumento estatal de que a detenção por extensos períodos de tempo e sem supervisão judicial era “estritamente requerida pelas exigências da situação”. Para justificar a divergência entre os dois julgamentos, a Corte explicou que “as dificuldades de investigar e processar o crime de terrorismo faz surgir a necessidade de um extenso período de detenção que não estaria sujeito a controle judicial (...)”.²³⁹ Esta decisão retoma certas questões fundamentais: até que ponto os Estados possuem uma margem de apreciação como questão de direito, e até que ponto a Corte

²³⁶ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, Estrasburgo: caso *Irlanda v Reino Unido (1978 §207)*. Tradução livre.

²³⁷ Artigo 5 – Direito à liberdade e segurança; (3) Todo aquele que for preso ou detido legalmente deve ser prontamente levado a juízo e deve ser autorizado a um julgamento dentro de um tempo razoável ou aguardar julgamento em liberdade. A liberação pode ser condicionada a garantias de retorno para o julgamento. CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS, conforme o Protocolo 11. Tradução livre.

²³⁸ Em 1974, o Parlamento britânico promulgou o Ato de Prevenção ao Terrorismo (provisões temporárias). Em setembro e outubro de 1984, 4 indivíduos – suspeitos de serem membros do IRA – foram presos de acordo com a seção 12 do Ato e foram levados para centros de detenção. Após terem sido interrogados pelos períodos de 4 a 6 dias, eles foram liberados sem acusação. A seção 12 do Ato autorizava a polícia a deter qualquer pessoa suspeita de terrorismo pelo prazo de 48 horas, podendo haver autorização para estender esse período em até 5 dias. Foi o que ocorreu no caso Brogan, de forma que as prisões prolongadas foram, de acordo com a legislação britânica, legais. As quatro pessoas que foram submetidas à prisão prolongada alegaram perante a Corte Europeia de Direitos Humanos que a Grã-Bretanha havia violado o artigo 5 da Convenção, principalmente devido à ausência de controle judicial das prisões. Embora a Comissão tivesse opinado que apenas as detenções mais longas violavam o parágrafo 3 do artigo 5º, a Corte entendeu que os quatro casos importaram em violação do mencionado artigo. TANCA, Antonio. Human Rights, Terrorism and Policy Custody: The Brogan Case. *European Journal of International Law*, v. 1, 1990, p. 269.

²³⁹ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, Estrasburgo: caso *Brannigan e McBride v Reino Unido (1993)*. Tradução livre.

estaria obrigada a examinar os fatos e determinar se a situação do artigo 15 existe, e se esta emergência pública de fato ocorre, se a interferência ao artigo 5 (3) era de fato imprescindível. As decisões da Corte revelam que uma larga margem de apreciação é conferida aos Estados nesse contexto.²⁴⁰

Como exemplo de uma rara ocasião em que a Corte admitiu ter um Estado excedido a sua margem de apreciação durante uma situação excepcional, cita-se o caso *Aksoy v Turquia* (1996). Neste caso, uma petição à Corte foi feita alegando violações dos artigos 3, 5 (3), 6 (1), 13, 25 (1) e 50 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Em 1990, a Turquia notificou o Conselho da Europa de sua intenção de derrogar dos artigos 5, 6, 8, 10, 11 e 13. A extensão e gravidade do terrorismo na Turquia, em especial no sudeste e o alto preparo técnico das organizações terroristas da região, foram as justificativas apresentadas pelo Estado turco para a inexistência de supervisão judicial durante a custódia policial dos suspeitos. Embora reconhecendo haver uma “emergência pública ameaçando a vida da nação”, a Corte examinou se as exigências da situação ensejariam interferência nos direitos do reclamante conforme o artigo 5 (3). A decisão foi a de que os direitos do indivíduo haviam sido violados, e que a interferência estatal no caso havia sido arbitrária.

Em comparação com o caso analisado anteriormente, onde o Estado em questão era a Irlanda do Norte, a Corte não esclareceu satisfatoriamente as razões que fundamentaram a aplicação diferenciada, em relação aos dois países, da margem de apreciação nos casos julgados.

O que se admite é que, em matéria de estado de emergência, a larga margem de apreciação conferida pela Corte aos Estados se traduz no fato de que a Corte jamais considerou uma derrogação injustificada baseada na alegação de que o estado de emergência não existiria. Observa-se também, nesse âmbito, que a margem de apreciação revela-se mais ampla quando o estado de emergência é atual em comparação com a iminência deste.²⁴¹ Ainda, contraditoriamente ao fato histórico de que os maiores crimes contra a humanidade ocorreram durante estados de emergência, Ronald MacDonald, antigo juiz da Corte Europeia, afirmou que é nesses períodos conturbados para a vida pública que a margem de apreciação

²⁴⁰ CAVANAUGH, Kathleen. Policing the margins: Rights protection and the European Court of Human Rights. *European Human Rights Law Review*, 4, 2006, p. 439.

²⁴¹ No caso *Grego* (1969), por exemplo, a Comissão Europeia de Direitos Humanos renunciou à esfera de deferência conferida ao Estado ao expressar seu desacordo com o governo da Grécia, que argumentava a existência de um declínio regular na ordem pública. O argumento era de que tal vinha levando a nação praticamente a um estado de anarquia, o que justificava a necessidade de medidas de derrogação para evitar que o Comunismo se consolidasse no poder. A Comissão, entretanto, entendeu que não havia ameaça à vida da nação no caso. FENWICK, Helen. The Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001: A Proportionate Response to 11 September? *Modern Law Review*, 65. Blackwell Publishers: London, 2002, p. 724-762.

tem sido aplicada da maneira mais ampla.²⁴² Nesse sentido, e justificando a ideia de que o conceito estrutural da margem de apreciação deveria ser completamente abandonado, ressalta George Letsas que a fiscalização judicial em casos de derrogação conforme o artigo 15 da Convenção Europeia de Direitos Humanos deveria ser ainda maior, porque são em situações de emergência que os governos costumam utilizar medidas excessivas contra as minorias com o objetivo de satisfazer o senso de segurança da maioria.²⁴³

O argumento que se desenvolveu nesse estudo foi manifestado em particular no julgamento do caso *A v Secretário de Estado*²⁴⁴ pela Câmara dos Lordes inglesa, na opinião de Lorde Roger, “segurança nacional pode ser utilizada como um pretexto para medidas repressivas que são, na realidade, tomadas por outras razões”, bem como nas palavras de Baronesa Hale, “Declarações de emergência injustificadas são uma ferramenta familiar à tirania”. E ainda Lorde Walker: “um apelo aos interesses da segurança nacional pode ser usado para dissimular ações arbitrárias e opressivas por parte do governo”. O fato peculiar nesse caso não foi, contudo, a aplicação do princípio da deferência²⁴⁵ pela Corte de Apelação inglesa, princípio também conhecido como “margem de apreciação doméstica”, mas a posterior decisão da Câmara dos Lordes, que, “num exemplo extremamente raro de uma Corte britânica modificar a visão do governo sobre o que seria necessário no interesse da segurança nacional”, desqualificou o princípio da deferência aplicado anteriormente. A maioria da Câmara dos Lordes, contrariamente ao que havia sido decidido por unanimidade pela Corte de Apelação, entendeu que a detenção infinita sem acusação ou processo de suspeitos de terrorismo internacional era ilegal por ser tanto uma interferência desproporcional ao direito à liberdade perante o artigo 5 da Convenção Europeia de Direitos Humanos quanto uma medida discriminatória contrária ao artigo 14 da mesma Convenção. A conclusão enfatizada por

²⁴² BAKIRCIOGLU, Onder. The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases. *German Law Journal*, vol. 08, n. 7, 2007, p. 714.

²⁴³ LETSAS, George. Two Concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.26, n. 4, 2006, p. 730.

²⁴⁴ *A v Secretary of State for the Home Department (2004)*, UKHL 56, foi um dos mais importantes casos no contexto da afirmação do papel do Judiciário em relação aos direitos protegidos pelo *Human Rights Act* do Reino Unido de 1998. Nesse caso, os apelantes foram notificados e detidos conforme as seções 21 e 23 do “*Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*”. Todos eram estrangeiros. Nenhum havia sido processado criminalmente. Os juízes ingleses deveriam então determinar se havia uma emergência pública ameaçando a vida da nação de acordo com o artigo 15. Em caso afirmativo, se as medidas tomadas haviam excedido o que era estritamente requerido pelas exigências da situação. AMOS, M. *Human Rights Law*, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2006, p. 91.

²⁴⁵ O *Human Rights Act*, de 1998, é uma legislação que objetivou incorporar a Convenção Europeia de Direitos Humanos no território inglês. O “princípio da deferência” ou “área de julgamento discricionário”, é considerado uma “margem de apreciação doméstica”. Através desse princípio, certas áreas são excluídas da apreciação do Poder Judiciário, que defere a decisão a ser tomada para o Legislativo ou o Executivo. AMOS, M. *Human Rights Law*, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2006, p. 88.

Tomkins é a de que “mesmo no contexto de segurança nacional, o Judiciário tem a responsabilidade de assegurar que o império da lei seja respeitado”.²⁴⁶

A crítica que se faz é a de que a prática corrente da Corte de proporcionar aos Estados uma larga e arbitrária margem de poderes discricionários (comumente livre de checagem), cria uma expressiva brecha legal, onde abusos podem ocorrer facilmente.²⁴⁷ Nesse sentido, cita-se uma posição do Ministério das Relações Exteriores do Reino Unido de 1996, favorável à ampliação da margem de apreciação disponibilizada aos Estados, afirmando que a Convenção Europeia de Direitos Humanos depende, para sua autoridade, da cooperação e apoio intergovernamentais. Aí residiria tanto sua força quanto (potencialmente) sua fraqueza.²⁴⁸ Um organismo internacional depende, para fazer valer sua autoridade, da cooperação dos entes que o compõe e da subordinação desses às decisões de suas instituições.²⁴⁹

O objetivo da doutrina da margem de apreciação em relação à proteção internacional dos direitos humanos, portanto, é “traçar a linha entre o que é adequadamente um problema para cada comunidade decidir em nível local e o que é tão fundamental que exige os mesmos requerimentos para todos os países, quaisquer que sejam as variações em tradições e cultura.”²⁵⁰

Com referência à universalização do respeito aos direitos fundamentais, vale lembrar o principal pressuposto da Teoria do Direito Natural, qual seja a ideia de imutabilidade de certos princípios, que escapam à História; e a universalidade destes, que transcendem a Geografia. O principal valor seria o da dignidade da pessoa humana, princípio dado, inerente a todo o ser humano, e não posto por Convenção. A Teoria do Direito Natural promove uma contínua aproximação do Direito com a justiça e a moral. A Declaração dos Estados Americanos de 1776 e, posteriormente, a Revolução Francesa, em 1789, marcam o Constitucionalismo e a passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito, onde ganha espaço a preocupação individualista de estabelecer limites ao abuso de poder público em

²⁴⁶ TOMKINS, A. Readings of *A v Secretary of State for the Home Department*. *Public Law*, 2005, p. 259-266.

²⁴⁷ CAVANAUGH, Kathleen. Policing the margins: Rights protection and the European Court of Human Rights. *European Human Rights Law Review*, 4, 2006, p. 443.

²⁴⁸ Editorial “Reform of the Court: The Foreign Office Position Paper”, 1996 in CAVANAUGH, Kathleen. Policing the margins: Rights protection and the European Court of Human Rights. *European Human Rights Law Review*, 4, 2006, p. 443.

²⁴⁹ Reforçando o papel do consenso estatal na efetividade das normas internacionais de proteção aos direitos humanos, a afirmação de David Forsythe, “(...) *the nature of state sovereignty had indeed changed, but that the reality of state power and authority cannot be ignored. State consent was still a bedrock principle of international law.*” FORSYTHE, D. *Human Rights in International Relations*, 2nd edition, Cambridge University Press, 2006, p. 23.

²⁵⁰ CAVANAUGH, Kathleen. *op. cit.*, p. 424.

relação ao indivíduo. O princípio da legalidade reforçou a ideia jusnaturalista de que os direitos inalienáveis do homem eram independentes de qualquer governo, devendo por isso ser protegidos contra o exercício arbitrário do poder. Essa necessidade de proteção ao indivíduo em relação ao seu próprio Estado originou a positivação das declarações de direitos, uma manifestação do interesse internacional pela tutela dos direitos humanos. A internacionalização dos direitos humanos pode ser exemplificada pela proibição ao tráfico de escravos, pelo esforço em proteger os povos indígenas, pelo advento das Convenções da Organização Internacional do Trabalho, pelo surgimento do Direito Humanitário e pelas intervenções das grandes potências com o aval das Organizações Internacionais. Quando as declarações de direitos foram referendadas pelos governos constitucionais, ficou demonstrada a conjugação dos direitos humanos com a soberania nacional, conforme o modelo proposto pela Revolução Francesa.

Essa ideia de delimitação da soberania – e, portanto, da restrição ao poder arbitrário dos governantes, em função do respeito à dignidade humana – viu-se associada, numa economia capitalista em expansão, ao liberalismo no plano econômico, com o favorecimento da livre circulação de mercadorias, capitais e pessoas.²⁵¹

Se, como ensina o Professor Cançado Trindade, “o novo paradigma do Direito Internacional Público no início do século XXI não é mais estadocêntrico, situando o indivíduo na posição central”, de forma que devemos considerar “o despertar de uma consciência jurídica universal para a prevalência da dignidade da pessoa humana em quaisquer circunstâncias”, afirmando assim a existência de direitos humanos universais,²⁵² como sustentar a defesa dos interesses do Estado através da criação da doutrina da margem de apreciação pelos próprios órgãos de supervisão internacional? Como entender que sejam as organizações criadas para zelar pelo processo de universalização dos direitos humanos as responsáveis pelo desenvolvimento de mecanismos que autorizam os Estados a se desvencilharem de suas obrigações internacionais? Nesse contexto, as principais questões que são apresentadas por Mireille Delmas-Marty são: Como manter as pretensões relativas ao universalismo se através da margem de apreciação, cada Estado insiste em manter sua especificidade? Deveria a margem de apreciação ser abandonada em nome da segurança jurídica e da proteção à ideia de universalidade na qual se fundamenta a essência dos direitos do homem, ou sua manutenção é absolutamente necessária como forma de preservação da

²⁵¹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 138.

²⁵² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*. 3ed, São José, Costa Rica, 2004, p. 67-86.

soberania nacional? A complexidade da ideia de perseguir uma segurança jurídica em matéria de direitos humanos é sugerida pela mesma autora, ao referendar uma justificativa da própria Corte Europeia de Direitos Humanos em relação à necessidade de um constante reexame das soluções jurídicas à luz das evoluções científicas e sociais que culminam com mudanças de pensamento e atitude da comunidade. A flexibilidade inerente à vida social, da qual emana o direito, impossibilita, assim, uma completa realização da segurança jurídica.²⁵³

Uma elucidação valiosa referentemente à distribuição de competências entre os tribunais internacionais e os Estados, define que não há espaço para uma margem de apreciação que possibilite aos Estados decidirem o que é aceitável e o que não é em matéria de direitos humanos. Isso já foi feito pela Convenção cuja observância é tarefa da Corte garantir. A doutrina serve somente para indicar que os Estados podem realizar qualquer ato que a Corte não considere incompatível com os direitos humanos.²⁵⁴ A importância dessa doutrina em direito internacional, repita-se, é o confronto direto entre dois princípios fundamentais, que são, o respeito à soberania estatal e a necessidade de universalização das normas de direitos humanos.²⁵⁵ As críticas atuais à doutrina, contudo, entendem que a Corte tem falhado em relação a esse objetivo, de forma que o que tem acontecido na prática é uma demonstração de uso pernicioso da doutrina, que evita a condução e o exame independente de provas com a conseqüente tendência de sucumbir à posição do governo nacional relevante.²⁵⁶

Nesse contexto, alerta o professor Almiro do Couto e Silva para os “vícios relacionados com o exercício do poder discricionário”, que podem ser: transgressão dos limites do poder discricionário, abuso ou desvio do poder (ou desvio de finalidade) e não exercício ou exercício deficiente do poder discricionário. Para evitá-los, evidencia-se na história do Brasil uma constante ampliação da revisão judicial, que tem se observado modernamente em toda parte. Esta tendência de aumento de controle judicial está baseada no interesse público e nos reais limites do poder discricionário, que são a finalidade da lei, dos princípios e regras constitucionais, dos princípios fundamentais do direito e a proporcionalidade entre o ato e o fato que o determinou.²⁵⁷

Após essa breve análise da aplicação da doutrina da margem de apreciação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como da sua formulação anterior por parte

²⁵³ DELMAS-MARTY, M. *Trois défis pour un droit mondial*. Éditions Du Seuil, novembro de 1998, p. 91-101.

²⁵⁴ CAVANAUGH, Kathleen. Policing the margins: Rights protection and the European Court of Human Rights. *European Human Rights Law Review*, 4, 2006, p. 444.

²⁵⁵ FELDMAN, D. *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*. 2ª edição: Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 34-57.

²⁵⁶ CAVANAUGH, Kathleen. *op.cit.*, p. 437.

²⁵⁷ COUTO E SILVA, Almiro. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: jan/jun.1990, p. 63-66.

da Corte Europeia de Direitos Humanos, observa-se que essa margem de discricionariedade estatal tem tido uma aplicação muito mais expressiva – e, portanto, problemática – no Sistema Europeu do que no Sistema Interamericano. Se na Europa as aplicações jurisprudenciais da referida doutrina por parte do Tribunal Regional para Proteção dos Direitos do Homem são frequentes e difundem a cada dia as críticas doutrinárias contrárias à prática, no continente americano a margem de apreciação foi concebida até agora em apenas uma Opinião Consultiva. Enquanto na Europa percebe-se um aumento crescente do uso da doutrina como justificativa para a não interferência de tribunais supranacionais nos assuntos relacionados aos valores morais e à cultura de cada Estado, na América a discricionariedade estatal foi ratificada num contexto semelhante na discussão acerca do direito à nacionalidade e à proibição de discriminação, porém de uma forma bastante específica.

Compartilha-se da ideia de que a margem de apreciação contribui para a aplicação não uniforme, subjetiva ou relativista do direito internacional, flexibilizando as fronteiras da legalidade. Ainda, a prática observada nos órgãos de supervisão da Europa revelou que a doutrina reforça a percepção das normas internacionais como sendo de caráter não obrigatório, ou *soft law*. Como consequência, trata-se de um método que autoriza os Estados mais poderosos a se evadirem de suas obrigações internacionais, pois reintroduz a soberania nas relações internacionais de forma sofisticada. Se a proteção à soberania por parte dos Estados já representava um obstáculo aos objetivos de universalização dos direitos humanos, a ratificação desse princípio por parte dos órgãos internacionais de supervisão não só impede a evolução do movimento de internacionalização dos direitos humanos, mas também dificulta o funcionamento dos Sistemas Regionais de proteção à pessoa.

Na Opinião Consultiva 4/84 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, os próprios julgadores já demonstram uma preocupação com a disseminação do uso do poder discricionário dos Estados, quando mencionam a necessidade de uma aplicação restrita da margem de apreciação no tocante aos testes que devem ser aplicados para averiguar se as exigências legais para concessão da nacionalidade foram satisfeitos.

A Corte sente-se compelida a enfatizar, contudo, que na prática, e devido à larga discricionariedade com a qual testes, tais como estes requeridos pelas emendas constitucionais propostas, tendem a ser administrados, existe o risco de que esses requerimentos tornem-se veículos para julgamentos subjetivos e arbitrários, bem como instrumentos para efetuar políticas discriminatórias que podem não estar aparentes no texto legal, mas ser consequência de sua aplicação.²⁵⁸

258 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva nº 4/84, de 19 de janeiro de 1984, p. 17. Tradução livre. Disponível em: www.cidh.org, acesso em maio de 2008.

Nesse sentido, as emendas à Constituição da Costa Rica propõem testes que objetivem avaliar a existência de laços reais e efetivos nos quais se possa basear o pedido de aquisição de nova nacionalidade. Entre os requerimentos, o artigo 15 estabelece a “prova da habilidade de falar, escrever e ler o idioma oficial do país, bem como um exame que comprove conhecimentos acerca da sua história e valores”. Tanto a definição de tais requerimentos como os seus modos de avaliação recaem, segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, “*prima facie*, dentro da margem de apreciação reservada ao Estado.”²⁵⁹

Em contrapartida, a adoção da margem de apreciação como justificativa de deferência para as autoridades locais no julgamento de violações aos direitos humanos durante estado de emergência, bastante comum na Europa, ainda (e felizmente) não encontrou guarida na prática Interamericana. Entende-se, por isso, que se na Europa o uso muitas vezes indiscriminado da margem de apreciação forneceu subsídios para fomentar críticas da doutrina especializada com relação aos perigos que tal prática representa para a efetivação dos direitos humanos, na América foi justamente a restrição do uso dessa mesma prática por parte do Tribunal Interamericano que impediu a difusão da preocupação com a sua aplicação. Conclui-se, portanto, que a cautela demonstrada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao invocar a margem de apreciação na fundamentação da Opinião Consultiva 4/84 explica o reduzido desenvolvimento dessa doutrina na jurisprudência do Sistema Interamericano.

Finalmente, com relação à Requisição 4/84 do Governo da Costa Rica, opinou a Corte Interamericana que,

1. Em relação ao artigo 20 da Convenção, por cinco votos a um, com opinião dissidente do Juiz Piza Escalante,

“A proposta de emenda à Constituição não afeta o direito à nacionalidade garantido por este artigo;”

2. Em relação aos artigos 17 (4) e 24 da Convenção, por unanimidade,

“O dispositivo estipulando tratamento preferencial na aquisição da nacionalidade costa-riquenha através da naturalização, que favorece centro-americanos, ibero-americanos e hispânicos em relação a outros estrangeiros, não constitui discriminação contrária à Convenção;”

3. E por cinco votos a um, com opinião dissidente do Juiz Buergenthal,

²⁵⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva nº 4/84, de 19 de janeiro de 1984, p. 17. Tradução livre. Disponível em: www.cidh.org, acesso em maio de 2008.

“Não constitui discriminação contrária à Convenção estipular esse tratamento preferencial unicamente àqueles que são centro-americanos, ibero-americanos e hispânicos natos;”

4. Também por cinco votos a um, com opinião dissidente do Juiz Piza Escalante,

“Os demais requerimentos acrescentados pelo artigo 15 na proposta de emenda para a aquisição da nacionalidade da Costa Rica por naturalização por si só não constituem discriminação contrária à Convenção.”

5. E por unanimidade,

“O dispositivo estipulando tratamento preferencial em casos de naturalização aplicável a casamentos contido no artigo 14 (4) da proposta de emenda, que favorece apenas um dos cônjuges, não constitui discriminação incompatível com os artigos 17 (4) e 24 da Convenção.”

Conclusão

Este estudo teve por propósito analisar os impactos observados no movimento de regionalização provenientes do emprego de mecanismos de preservação da soberania dos Estados pelos órgãos do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Para tanto, a primeira parte do estudo examinou dois requisitos de admissibilidade da reclamação internacional no âmbito interamericano, a saber, o esgotamento dos recursos internos e a fórmula da quarta instância. Como visto, ambos são mecanismos formais que visam ressaltar o princípio da subsidiariedade da jurisdição internacional em relação aos procedimentos domésticos. Na segunda parte do trabalho, enfocaram-se dois mecanismos de objeção à jurisdição internacional que se baseiam no mérito da demanda. A tradicional exceção do domínio reservado, cláusula ícone da manifestação soberana dos Estados na Carta da Organização das Nações Unidas, e a doutrina da margem de apreciação, desenvolvida pela jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos Humanos.

Procurou-se enfatizar a aplicação desses quatro mecanismos de proteção da soberania dos Estados na prática do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Com esse objetivo, opiniões consultivas, casos contenciosos e relatórios que evidenciam a atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos na tarefa de conciliação entre promoção de direitos humanos no continente e respeito à soberania dos Estados membros foram analisadas. Paralelamente, foram destacadas questões como o desenvolvimento do conceito de soberania nas relações internacionais, o movimento de internacionalização dos direitos humanos, o funcionamento específico do Sistema Interamericano, e as conseqüentes relações destes com o fenômeno da globalização e com a teoria da interdependência. Enfim, o estudo foi iniciado e concluído baseado na premissa de que o Direito Internacional dos Direitos Humanos desafia a base das relações internacionais, fundada no princípio da soberania dos Estados. Em contrapartida, a pesquisa também assumiu que o princípio da soberania estatal foi e permanece sendo o maior obstáculo para o Movimento Internacional dos Direitos Humanos. Prova disso é que os argumentos contrários à universalização e regionalização dos direitos humanos no mundo estão, invariavelmente, baseados na necessidade de proteção da independência e autonomia dos Estados soberanos que compõem a comunidade internacional.

Com relação à prática interamericana, portanto, pode-se concluir que, de uma forma geral, os mecanismos de proteção à soberania dos Estados tem sido utilizados de forma mais cautelosa do que no sistema regional europeu, o que explica o fato de esses terem tido menos conseqüências no processo de regionalização americano do que se observa na Europa.

Isso foi claramente observado em relação à doutrina da margem de apreciação, que na Europa é parte integrante do raciocínio jurídico da Corte Europeia de Direitos Humanos, e por isso alvo de severas críticas por parte da doutrina especializada. No Sistema Interamericano, contudo, como foi visto, a mesma doutrina foi referida em apenas uma Opinião Consultiva, e mesmo assim, em relação a uma questão que tradicionalmente recai na área de jurisdição interna dos Estados – a do direito à nacionalidade. Com relação à exceção do domínio reservado, a doutrina interamericana, liderada pelo professor Cançado Trindade, parece ter como estabelecido o princípio de que questões relativas aos direitos humanos não pertencem à esfera exclusiva de nenhum Estado, dado o seu caráter internacional.

Com relação ao esgotamento dos recursos internos, princípio clássico do Direito Internacional, cabe referir novamente a observação do professor Cançado Trindade, de que “a Comissão Interamericana parece estar menos inclinada a rejeitar uma petição expressamente como inadmissível por não esgotamento de recursos internos do que a Comissão Europeia.”²⁶⁰ O princípio do esgotamento dos recursos internos, por isso, apesar de ser reconhecidamente um dos mais eficientes na tarefa de rejeitar petições internacionais de direitos humanos, tem sido aparentemente responsável por menor número de declarações de inadmissibilidade na América do que a media europeia. O princípio do esgotamento dos recursos internos, no Sistema Interamericano, somente se torna problemático em análise conjunta com a Fórmula da Quarta Instância. A aplicação desta última, por si só, já é capaz de gerar críticas por parte da doutrina, em razão da sua imprecisão e falta de segurança jurídica. De acordo com os casos contenciosos analisados, nos quais a Fórmula da Quarta Instância foi apresentada, observou-se falta de clareza em relação aos critérios aplicados pela Comissão Interamericana na utilização da doutrina. Ademais, a exigência do esgotamento dos recursos internos e a Fórmula da Quarta Instância, apresentados conjuntamente como requisitos de admissibilidade da petição internacional, geram uma dúvida lógica. Afinal, o esgotamento dos requisitos administrativos e jurídicos do Estado é condicionante para a admissibilidade da reclamação internacional. Porém, a Comissão Interamericana poderá reconhecer a inadmissibilidade de uma petição por entender que o caso já foi devidamente estabelecido na esfera doméstica, negando-se, dessa forma a atuar como uma quarta instância de apelação. Partindo-se dessa análise, conclui-se que a Comissão Interamericana desenvolveu mecanismos capazes de restringir de fato a admissibilidade das demandas internacionais

²⁶⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O esgotamento dos recursos internos no direito internacional*. 2ª ed. Atual., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 237.

propostas perante o Sistema Interamericano. Percebe-se assim, um claro obstáculo imposto à regionalização dos direitos humanos por parte do próprio Sistema Interamericano.

Os assuntos abordados no decorrer dessa pesquisa originaram novos questionamentos, no tocante à relação atual entre o poder estatal, a política global e os atores não estatais. Dessa forma, espera-se ter contribuído para o debate acerca das seguintes questões: Os argumentos em defesa dos direitos humanos desafiam as estruturas de poder preexistentes? As normas e modelos de direitos humanos, por si só, garantem mudanças sociais? O papel do poder do Estado está sendo reduzido na política global contemporânea? Qual vem a ser a relação entre soberania e governança global? Qual é o papel dos direitos humanos nessa relação e por que se utiliza a linguagem dos direitos? Como o Estado de Direito está incluído nessa relação? Os indivíduos são capazes de influenciar a política global? O que de fato significa cooperação internacional?²⁶¹ Embora não se ambicione solucionar tais dúvidas, pois resposta definitiva nas Ciências Sociais é questão no mínimo controversa, ressalta-se a validade da reflexão acerca desses assuntos. Finalmente, nas palavras de Vincent, sintetiza-se a crítica desenvolvida neste estudo, que se conclui da mesma maneira como se iniciou, ou seja, em favor da universalização dos direitos inerentes à dignidade humana: “(...) as relações externas dos Estados também são uma arena para evolução. E a medida dessa evolução é a extensão com a qual *soberania* e *ordem* cederam lugar ao *universalismo* e ao *bem comum*.”²⁶²

²⁶¹ Todas essas questões foram sintetizadas pela professora Jane Gordon in GORDON, J. *Human Rights of Women: Non-state actors*. The London School of Economics and Political Science (aula), 02/12/2009.

²⁶² (...) *the external relations of states are also an arena for improvement. And the measure of this improvement is the extent to which 'sovereignty' and 'order' have given way to 'universalism' and a 'common good'*. VINCENT, R.J. *Human Rights and International Relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986, p. 118. Tradução livre. Grifo do autor.

Referências

ALTO COMISSARIADO DA ONU PARA OS DIREITOS HUMANOS. *Claiming the Millenium Development Goals: A Human Rights Aproach* (2008).

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: www.ohchr.org/EN/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx, acesso em: 14/05/2010.

AMOS, Merris. *Human Rights Law*, Oxford and Portland :Hart Publishing, 2006.

ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge: CUP, 2005.

BADIE, B. *Um mundo sem soberania: os Estados entre o artifício e a responsabilidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

BAKIRCIOGLU, Onder. The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases. *German Law Journal*, vol. **08**, n. 7, 2007.

BOYLE, Kevin. Human Rights, Religion and Democracy: The Refah Party Case. *Essex Human Rights Review*,**1**, 2004. Disponível em: <http://projects.essex.ac.uk/EHRR/archive/> acesso em 24/10/2006.

BRASIL, JUSTIÇA FEDERAL DO PARANÁ, Agravo de Instrumento n. 2008.04.00.004430-0/PR, Agravante: União Federal. Agravado: Tanous Hanna. Juiz Relator: Marcelo De Nardi. Decisão de: 13/05/2008. Disponível em: WWW.jfpr.gov.br, acesso em: 13/05/2010.

BRASIL, JUSTIÇA FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL, Apelação Cível nº 2003.71.08.002453-6/RS. Apelante: Nancy Licks Kraemer. Apelado: Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. Juíza Relatora: Vânia Hack de Almeida (3ª Turma). Decisão de: 03/04/2006, disponível em: WWW.jfrs.jus.br, acesso em: 13/05/2010.

BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, Agravo de Instrumento n. 2008.04.00.004430-0/PR. Agravante: União Federal. Agravado: Tanous Hanna. Juiz Relator: Marcelo De Nardi (3ª Turma). Decisão de 13/05/2008, disponível em: WWW.trf4.jus.br, acesso em: 13/05/2010.

BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, Agravo de Instrumento n. 2008.04.00.011472-7/PR Agravante: União Federal. Agravado: Nur Ja Cob e outro. Relator: Desembargador Federal Valdemar Capeletti (4ª Turma). Decisão de 18/04/2008, disponível em: WWW.trf4.jus.br, acesso em: 13/05/2010.

BURNHEIM, Sally: Disponível em <http://thedailystar.net/law/200311/05/index.htm>, acesso em 07/06/07.

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945, artigo 2 (7). GHANDI, S. (Ed) *Blackstone's International Human Rights Documents*. 6ª ed. Oxford: Oxford University Press.

CAVANAUGH, Kathleen. Policing the margins: Rights protection and the European Court of Human Rights. *European Human Rights Law Review*, 4, 2006.

CHARLESWORTH, H. and CHINKIN, C. *The Boundaries of International Law: a feminist analysis*. Manchester: Manchester University Press, 2000.

CHINKIN, C. Human Rights and the Politics of Representation: is there a role for International Law? In BYERS, M (Ed). *The role of Law in international politics: essays in international relations and international Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

COCHRANE, A. *What are human rights?* The London School of Economics and Political Science (Aula) 15/10/2009.

COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Dados disponíveis em: www.echr.coe.int, acesso em 17/09/08.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso *Juan Carlos Abella v Argentina*, Informe nº 55/97 de 18/11/1997. Disponível em: www.cidh.org/annualrep/97Span/Argentina11137c.htm, acesso em 12/09/2009.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Informe Anual 2000*. Disponível em: www.cidh.org/annualrep/2000sp/cap.6b.htm, acesso em 10/05/2010.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Informe nº 7/98, caso 11.597: *Emiliano Castro Tortino v Argentina*, de 2 de março de 1998. Disponível em: www.cidh.org/annualrep/97span/argentina.11597.htm, acesso em: 12/09/2009.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório nº 39/96, caso 11673: *Marzioni v Argentina*, de 15 de Outubro de 1996, p. 3. Tradução livre. Disponível em: www.cidh.oas.org/annualrep/96eng/argentina11673.htm, acesso em: 23/05/2008.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório nº 74/90, caso 9850: *Lopez Aurelli v Argentina*, de 04 de Outubro de 1990, p. 2-3. Disponível em: www.cidh.oas.org/annualrep/90.91eng/Argentina9850.htm, acesso em: 21/03/2009.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório nº 86/03, petição 116/01: *Oscar Gonzales v Costa Rica*, de 22 de Outubro de 2003, p.1. Disponível em: www.cidh.oas.org/annualrep/2003eng/CostaRica.116.01.htm, acesso em: 23/05/2008.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Resolução nº 29/88, caso 9260: *Clifton Wright v Jamaica*, de 14 de Setembro de 1988, p. 6. Tradução livre. Disponível em: www.cidh.oas.org/annualrep/87.88eng/Jamaica9260.htm, acesso em: 21/03/2009.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *What is the IACHR?* Disponível em: www.cidh.org.what.htm, acesso em: 5/9/2008.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: Informe 54/01, caso 12.051: *Maria da Penha Maia Fernandes v Brasil*. Disponível em: www.cidh.org/annualrep/2000sp/capituloiii/fondo/brasil12.051.htm, acesso em: 18/08/2009.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Relatório Anual da CIDH 2001* – Capítulo III (quadro h e i). Disponível em www.cidh.org/annualrep/2001port/capitulo3cua.hi.htm, acesso em 11/1/2009.

CONSELHO PERMANENTE DA OEA, COMISSAO DE SEGURANCA HEMISFÉRICA, *Solução Pacífica de Controvérsias na Organização dos Estados Americanos*, 15/03/2000, disponível em: WWW.oas.org/csh/portuguese/novosdocsolcpacf.asp, acesso em 11/05/2010.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, Estrasburgo, Disponível em: www.neps.ru/node/760, acesso em 07/06/07.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Opinião Consultiva 11/90*, de 10 de agosto de 1990. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.doc, acesso em 06/02/2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso *Castillo Petruzzi e outros v Peru*, sentença de 04/09/1998. Tradução livre. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_41_esp.pdf, acesso em 12/09/2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Cesti Hurtado v Peru*, sentença de 26/01/1999, Exceções Preliminares. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_49_esp.pdf, acesso em 12/09/2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Villagrán Morales e outros v Guatemala (caso Niños de la Calle)*, sentença de 11/09/1997. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_32_esp.pdf, acesso em 12/09/2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Villagrán Morales e outros v Guatemala (caso Niños de la Calle)*. Mérito. Sentença de 19/11/1999. Voto Concorrente dos juízes Cançado Trindade e Abreu Burelli. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf, acesso em 14/09/2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: www.corteidh.or.cr/historia.cfm, acesso em: 05/09/2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: www.oas.org/juridico/english.sigs/b-32.html, acesso em: 21/03/2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva n° 4/84*, de 19 de janeiro de 1984. Disponível em: www.cidh.org, acesso em maio de 2008.

COUTO E SILVA, Almiro. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: jan/jun.1990.

DE LA RASILLA DEL MORAL, IGNACIO. The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin of Appreciation Doctrine, *German Law Journal*, vol. 7, nº 611, 2006.

DELMAS-MARTY, M. *Trois défis pour um droit mondial*. Éditions Du Seuil, novembro de 1998.

DIXON, M. and McCORQUODALE, R. *Cases and Materials on International Law*. 4 ed., Oxford: Oxford University Press, 2003.

DONNELLY, J. The Social Construction of International Human Rights in T. DUNNE and N. WHEELER (Eds.), *Human Rights in Global Politics*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

DWORKIN, R. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 1977.

FELDMAN, D. *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*. 2ª edição: Oxford: Oxford University Press, 2002.

FENWICK, Helen. The Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001: A Proportionate Response to 11 September? *Modern Law Review*, **65**. London: Blackwell Publishers, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª Ed, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FORSYTHE, D. *Human Rights in International Relations*, 2 ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

FREEMAN, M. *Human Rights: an interdisciplinary approach*, Cambridge: Polity Press, 2002.

GEWIRTH, A. *Human Rights: Essays on Justification and Applications*. London: University of Chicago Press, 1982.

GORDON, J. *Human Rights of Women: Non-state actors*. The London School of Economics and Political Science (aula), 02/12/2009.

HENKIN, L. *The Age of Rights*, New York: Columbia University Press, 1990.

KEOHANE, R. & MILNER, H. *Internationalization and Domestic Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

KEOHANE, R. e NYE, J. *Power and Interdependence*. 3ª edição, London: Longman, 2001.

KLUG, F. *Values for a Godless Age: The story of the United Kingdom's Bill of Rights*, London: Penguin Books, 2000.

KOSKENNIEMI, M. *From Apology to Utopia: the structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005

KRASNER, D. *Sovereignty: Organised Hypocrisy*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999.

LAFER, C. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LETSAS, George. Two Concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.26, n. 4, 2006.

MAMDANI, M. *Lessons from Rwanda and Darfur*. London School of Economics and Political Science (aula), 09/05/10.

MARX, K. On the Jewish Question, in David McLellan (Ed.) *Karl Marx: Selected Writings*, Oxford: Oxford University Press, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Org). *Coletânea de Direito Internacional*. 3.ed.ampl. São Paulo: RT, 2005.

MCGOLDRICK, Dominic. Multiculturalism and its Discontents. *Human Rights Law Review*, 27, 2005.

MUTUA, MAKAU WA. Politics and Human Rights: An Essential Symbiosis in BYERS, MICHAEL (Ed). *The Role of Law in International Politics: Essays in International Politics and International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Estados membros e missões permanentes*. Disponível em: www.oas.org/documents/eng/memberstates.asp, acesso em: 21/03/2009.

PAGLIARI, A.S. *Derecho Internacional Publico: Ensayos II*, Córdoba, Argentina: Grupo Novecento Editor, 2003.

PASQUALUCCI, J. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

PESCATORE, P. The Doctrine of “Direct Effect”: an infant disease of community Law. *European Law Review*, 8, 1983.

REGULAMENTO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>, acesso em 14/09/2009.

Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, YAKIN ERTÜRK. *Intersections between culture and violence against women*, 2007, disponível em: www.crin.org/docs/SRVAW_07.pdf, acesso em: 25/02/10.

RIGAUX, F. *A Lei dos Juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RODRÍGUEZ PINZÓN, D. The “Victim” Requirement, the Fourth Instance Formula and the Notion of “Person” in the Individual Complaint Procedure of the Inter-American Human Rights System. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. **7:369**, 2001.

RUIZ DE SANTIAGO, JAIME. *Diagnóstico de la Realidad de los derechos humanos en América Latina: tendencias y desafíos. La Nueva Dimensión de Las Necesidades de Protección del Ser Humano en el inicio del siglo XXI*, 3ª ed, San José, Costa Rica, 2004.

SALOMON, M. *The Approach and Tools of International Human Rights Law*. [Aula] The London School of Economics and Political Science, 26/11/2009.

SALOMON, M. *What are human rights?* The London School of Economics and Political Science (Aula) 15/10/2009.

SAMUELS, H. *Methodological Approaches by the Courts to the Human Rights Act 1998; Examples of the Convention’s Application. Some Introductory Principles*. Faculdade de Direito da Universidade de Westminster, (aula). Londres, 07/11/2006.

SANDEL, M. *Morality and the Liberal Idea in Public Philosophy: Essays on Morality in Politics*. Cambridge Ma: Harvard University Press, 2005.

SHANY, Y. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? *The European Journal of International Law*, vol. **15**, n.5, 2006.

SHAW, Malcolm. *International Law*. 6ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SILVA, G.E do Nascimento e ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

STAMMERS, N. Social Movements and the Social Construction of Human Rights, *Human Rights Quarterly*, **21**, 1999.

STEINER, H. and ALSTON, P. *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*. 2ªed, Oxford: Oxford University Press, 2000.

STEINER, H., ALSTON, P and GOODMAN, R. *International Human Rights in Context: law, politics, morals*. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

TANCA, A. Human Rights, Terrorism and Policy Custody: The Brogan Case. *European Journal of International Law*, v. **1**, 1990.

TOMKINS, A. Readings of A v Secretary of State for the Home Department. *Public Law*, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Curso de Derecho Internacional*, organizado por El Comitê Jurídico Interamericano. Rio de Janeiro, 1982.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *La Nueva Dimension de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el inicio del Siglo XXI*. 3 ed. São Jose, Costa Rica, 2004.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O Brasil e o direito internacional dos direitos humanos: as duas últimas décadas (1985-2005) in *Relações Internacionais do Brasil: temas e agendas*. ALTEMANI, H. e LESSA, AC. (Org.). , v. 2, São Paulo: Saraiva, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O Direito das Organizações Internacionais*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*. 2 edição atualizada. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O Estado e as Relações Internacionais. O Domínio Reservado dos Estados na Prática das Nações Unidas e Organizações Regionais*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: AJURIS, v.25, n.73, julho de 1998.

TURNER, B. *Outline Theory on Human Rights in Sociology*, vol. 27 n. 3, Oxford: Oxford University Press.

VINCENT, R.J. *Human Rights and International Relations*, Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

**Anexo: Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)²⁶³
Pacto de San José da Costa Rica**

PREÂMBULO

Os Estados Americanos signatários da presente Convenção,

Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais;

Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos;

Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional;

Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; e

Considerando que a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre os direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria;

Convieram no seguinte:

PARTE I - DEVERES DOS ESTADOS E DIREITOS PROTEGIDOS

Capítulo I - ENUMERAÇÃO DOS DEVERES

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

²⁶³ Tratado Internacional disponível em:

www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm, acesso em: 16/10/2010.

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Capítulo II - DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

Artigo 3º - Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica

Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.

3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.

4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada a delitos políticos, nem a delitos comuns conexos com delitos políticos.

5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.

6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.

4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.

6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Artigo 6º - Proibição da escravidão e da servidão

1. Ninguém poderá ser submetido a escravidão ou servidão e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.

2. Ninguém deve ser constringido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa de liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de proibir o cumprimento da dita pena, imposta por um juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade, nem a capacidade física e intelectual do recluso.

3. Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo:

a) os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado;

b) serviço militar e, nos países em que se admite a isenção por motivo de consciência, qualquer serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daquele;

c) o serviço exigido em casos de perigo ou de calamidade que ameacem a existência ou o bem-estar da comunidade;

d) o trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela.

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Artigo 9º - Princípio da legalidade e da retroatividade

Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se.

Artigo 10 - Direito à indenização

Toda pessoa tem direito de ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença transitada em julgado, por erro judiciário.

Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Artigo 12 - Liberdade de consciência e de religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.

2. Ninguém pode ser submetido a medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.

3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

4. Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Artigo 14 - Direito de retificação ou resposta

1. Toda pessoa, atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.
2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido.
3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável, que não seja protegida por imunidades, nem goze de foro especial.

Artigo 15 - Direito de reunião

É reconhecido o direito de reunião pacífica e sem armas. O exercício desse direito só pode estar sujeito às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança ou ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

Artigo 16 - Liberdade de associação

1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza.
2. O exercício desse direito só pode estar sujeito às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.
3. O presente artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia.

Artigo 17 - Proteção da família

1. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.
2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de constituírem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção.
3. O casamento não pode ser celebrado sem o consentimento livre e pleno dos contraentes.
4. Os Estados-partes devem adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, serão adotadas as disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.
5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento, como aos nascidos dentro do casamento.

Artigo 18 - Direito ao nome

Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.

Artigo 19 - Direitos da criança

Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

Artigo 20 - Direito à nacionalidade

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.
2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra.
3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade, nem do direito de mudá-la.

Artigo 21 - Direito à propriedade privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.
2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.
3. Tanto a usura, como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem, devem ser reprimidas pela lei.

Artigo 22 - Direito de circulação e de residência

1. Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado tem o direito de nele livremente circular e de nele residir, em conformidade com as disposições legais.
2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país.
3. O exercício dos direitos supracitados não pode ser restringido, senão em virtude de lei, na medida indispensável, em uma sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.
4. O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1 pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivo de interesse público.
5. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional e nem ser privado do direito de nele entrar.
6. O estrangeiro que se encontre legalmente no território de um Estado-parte na presente Convenção só poderá dele ser expulso em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei.
7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos, de acordo com a legislação de cada Estado e com as Convenções internacionais.

8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação em virtude de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.

9. É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros.

Artigo 23 - Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;

b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores; e

c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

Artigo 24 - Igualdade perante a lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.

Artigo 25 - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados-partes comprometem-se:

a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;

b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

Capítulo III - DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo

Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Capítulo IV - SUSPENSÃO DE GARANTIAS, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO

Artigo 27 - Suspensão de garantias

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 6 (proibição da escravidão e da servidão), 9 (princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (liberdade de consciência e religião), 17 (proteção da família), 18 (direito ao nome), 19 (direitos da criança), 20 (direito à nacionalidade) e 23 (direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

3. Todo Estado-parte no presente Pacto que fizer uso do direito de suspensão deverá comunicar imediatamente aos outros Estados-partes na presente Convenção, por intermédio do Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos, as disposições cuja aplicação haja suspenso, os motivos determinantes da suspensão e a data em que haja dado por terminada tal suspensão.

Artigo 28 - Cláusula federal

1. Quando se tratar de um Estado-parte constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado-parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial.

2. No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinentes, em conformidade com sua Constituição e com suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção.

3. Quando dois ou mais Estados-partes decidirem constituir entre eles uma federação ou outro tipo de associação, diligenciarão no sentido de que o pacto comunitário respectivo contenha as disposições necessárias para que continuem sendo efetivas no novo Estado, assim organizado, as normas da presente Convenção.

Artigo 29 - Normas de interpretação

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;

c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;

d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Artigo 30 - Alcance das restrições

As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

Artigo 31 - Reconhecimento de outros direitos

Poderão ser incluídos, no regime de proteção desta Convenção, outros direitos e liberdades que forem reconhecidos de acordo com os processos estabelecidos nos artigos 69 e 70.

Capítulo V - DEVERES DAS PESSOAS

Artigo 32 - Correlação entre deveres e direitos

1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade.
2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática.

PARTE II - MEIOS DE PROTEÇÃO

Capítulo VI - ÓRGÃOS COMPETENTES

Artigo 33 - São competentes para conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes nesta Convenção:

- a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e
- b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte.

Capítulo VII - COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Seção 1 - Organização

Artigo 34 - A Comissão Interamericana de Direitos Humanos compor-se-á de sete membros, que deverão ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos.

Artigo 35 - A Comissão representa todos os Membros da Organização dos Estados Americanos.

Artigo 36 - 1. Os membros da Comissão serão eleitos a título pessoal, pela Assembléia Geral da Organização, a partir de uma lista de candidatos propostos pelos governos dos Estados-membros.

2. Cada um dos referidos governos pode propor até três candidatos, nacionais do Estado que os propuser ou de qualquer outro Estado-membro da Organização dos Estados Americanos. Quando for proposta uma lista de três candidatos, pelo menos um deles deverá ser nacional de Estado diferente do proponente.

Artigo 37 - 1. Os membros da Comissão serão eleitos por quatro anos e só poderão ser reeleitos um vez, porém o mandato de três dos membros designados na primeira eleição expirará ao cabo de dois

anos. Logo depois da referida eleição, serão determinados por sorteio, na Assembléia Geral, os nomes desses três membros.

2. Não pode fazer parte da Comissão mais de um nacional de um mesmo país.

Artigo 38 - As vagas que ocorrerem na Comissão, que não se devam à expiração normal do mandato, serão preenchidas pelo Conselho Permanente da Organização, de acordo com o que dispuser o Estatuto da Comissão.

Artigo 39 - A Comissão elaborará seu estatuto e submetê-lo-á à aprovação da Assembléia Geral e expedirá seu próprio Regulamento.

Artigo 40 - Os serviços da Secretaria da Comissão devem ser desempenhados pela unidade funcional especializada que faz parte da Secretaria Geral da Organização e deve dispor dos recursos necessários para cumprir as tarefas que lhe forem confiadas pela Comissão.

Seção 2 - Funções

Artigo 41 - A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício de seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:

- 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;
- 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.

Artigo 42 - Os Estados-partes devem submeter à Comissão cópia dos relatórios e estudos que, em seus respectivos campos, submetem anualmente às Comissões Executivas do Conselho Interamericano Econômico e Social e do Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura, a fim de que aquela zele para que se promovam os direitos decorrentes das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

Artigo 43 - Os Estados-partes obrigam-se a proporcionar à Comissão as informações que esta lhes solicitar sobre a maneira pela qual seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições desta Convenção.

Seção 3 - Competência

Artigo 44 - Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte.

Artigo 45 - 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção, ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado-parte alegue haver outro Estado-parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção.

2. As comunicações feitas em virtude deste artigo só podem ser admitidas e examinadas se forem apresentadas por um Estado-parte que haja feito uma declaração pela qual reconheça a referida competência da Comissão. A Comissão não admitirá nenhuma comunicação contra um Estado-parte que não haja feito tal declaração.

3. As declarações sobre reconhecimento de competência podem ser feitas para que esta vigore por tempo indefinido, por período determinado ou para casos específicos.

4. As declarações serão depositadas na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, a qual encaminhará cópia das mesmas aos Estados-membros da referida Organização.

Artigo 46 - Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

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.

2. As disposições das alíneas "a" e "b" do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;

b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e

c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Artigo 47 - A Comissão declarará inadmissível toda petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 quando:

a) não preencher algum dos requisitos estabelecidos no artigo 46;

b) não expuser fatos que caracterizem violação dos direitos garantidos por esta Convenção;

- c) pela exposição do próprio peticionário ou do Estado, for manifestamente infundada a petição ou comunicação ou for evidente sua total improcedência; ou
- d) for substancialmente reprodução de petição ou comunicação anterior, já examinada pela Comissão ou por outro organismo internacional.

Seção 4 - Processo

Artigo 48 - 1. A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue a violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção, procederá da seguinte maneira:

- a) se reconhecer a admissibilidade da petição ou comunicação, solicitará informações ao Governo do Estado ao qual pertença a autoridade apontada como responsável pela violação alegada e transcreverá as partes pertinentes da petição ou comunicação. As referidas informações devem ser enviadas dentro de um prazo razoável, fixado pela Comissão ao considerar as circunstâncias de cada caso;
- b) recebidas as informações, ou transcorrido o prazo fixado sem que sejam elas recebidas, verificará se existem ou subsistem os motivos da petição ou comunicação. No caso de não existirem ou não subsistirem, mandará arquivar o expediente;
- c) poderá também declarar a inadmissibilidade ou a improcedência da petição ou comunicação, com base em informação ou prova supervenientes;
- d) se o expediente não houver sido arquivado, e com o fim de comprovar os fatos, a Comissão procederá, com conhecimento das partes, a um exame do assunto exposto na petição ou comunicação. Se for necessário e conveniente, a Comissão procederá a uma investigação para cuja eficaz realização solicitará, e os Estados interessados lhe proporcionarão, todas as facilidades necessárias;
- e) poderá pedir aos Estados interessados qualquer informação pertinente e receberá, se isso for solicitado, as exposições verbais ou escritas que apresentarem os interessados; e
- f) pôr-se-á à disposição das partes interessadas, a fim de chegar a uma solução amistosa do assunto, fundada no respeito aos direitos reconhecidos nesta Convenção.

2. Entretanto, em casos graves e urgentes, pode ser realizada uma investigação, mediante prévio consentimento do Estado em cujo território se alegue haver sido cometida a violação, tão somente com a apresentação de uma petição ou comunicação que reúna todos os requisitos formais de admissibilidade.

Artigo 49 - Se se houver chegado a uma solução amistosa de acordo com as disposições do inciso 1, "f", do artigo 48, a Comissão redigirá um relatório que será encaminhado ao peticionário e aos Estados-partes nesta Convenção e posteriormente transmitido, para sua publicação, ao Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos. O referido relatório conterá uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada. Se qualquer das partes no caso o solicitar, ser-lhe-á proporcionada a mais ampla informação possível.

Artigo 50 - 1. Se não se chegar a uma solução, e dentro do prazo que for fixado pelo Estatuto da Comissão, esta redigirá um relatório no qual exporá os fatos e suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao referido relatório seu voto em separado. Também se agregarão ao relatório as exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelos interessados em virtude do inciso 1, "e", do artigo 48.

2. O relatório será encaminhado aos Estados interessados, aos quais não será facultado publicá-lo.

3. Ao encaminhar o relatório, a Comissão pode formular as proposições e recomendações que julgar adequadas.

Artigo 51 - 1. Se no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração.

2. A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competir para remediar a situação examinada.

3. Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou ou não as medidas adequadas e se publica ou não seu relatório.

Capítulo VIII - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Seção 1 - Organização

Artigo 52 - 1. A Corte compor-se-á de sete juízes, nacionais dos Estados-membros da Organização, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos.

2. Não deve haver dois juízes da mesma nacionalidade.

Artigo 53 - 1. Os juízes da Corte serão eleitos, em votação secreta e pelo voto da maioria absoluta dos Estados-partes na Convenção, na Assembléia Geral da Organização, a partir de uma lista de candidatos propostos pelos mesmos Estados.

2. Cada um dos Estados-partes pode propor até três candidatos, nacionais do Estado que os propuser ou de qualquer outro Estado-membro da Organização dos Estados Americanos. Quando se propuser um lista de três candidatos, pelo menos um deles deverá ser nacional do Estado diferente do proponente.

Artigo 54 - 1. Os juízes da Corte serão eleitos por um período de seis anos e só poderão ser reeleitos uma vez. O mandato de três dos juízes designados na primeira eleição expirará ao cabo de três anos. Imediatamente depois da referida eleição, determinar-se-ão por sorteio, na Assembléia Geral, os nomes desse três juízes.

2. O juiz eleito para substituir outro, cujo mandato não haja expirado, completará o período deste.

3. Os juízes permanecerão em suas funções até o término dos seus mandatos. Entretanto, continuarão funcionando nos casos de que já houverem tomado conhecimento e que se encontrem em fase de sentença e, para tais efeitos, não serão substituídos pelos novos juízes eleitos.

Artigo 55 - 1. O juiz, que for nacional de algum dos Estados-partes em caso submetido à Corte, conservará o seu direito de conhecer do mesmo.

2. Se um dos juízes chamados a conhecer do caso for de nacionalidade de um dos Estados-partes, outro Estado-parte no caso poderá designar uma pessoa de sua escolha para integrar a Corte, na qualidade de juiz *ad hoc*.

3. Se, dentre os juízes chamados a conhecer do caso, nenhum for da nacionalidade dos Estados-partes, cada um destes poderá designar um juiz *ad hoc*.

4. O juiz *ad hoc* deve reunir os requisitos indicados no artigo 52.

5. Se vários Estados-partes na Convenção tiverem o mesmo interesse no caso, serão considerados como uma só parte, para os fins das disposições anteriores. Em caso de dúvida, a Corte decidirá.

Artigo 56 - O quorum para as deliberações da Corte é constituído por cinco juízes.

Artigo 57 - A Comissão comparecerá em todos os casos perante a Corte.

Artigo 58 - 1. A Corte terá sua sede no lugar que for determinado, na Assembléia Geral da Organização, pelos Estados-partes na Convenção, mas poderá realizar reuniões no território de qualquer Estado-membro da Organização dos Estados Americanos em que considerar conveniente, pela maioria dos seus membros e mediante prévia aquiescência do Estado respectivo. Os Estados-partes na Convenção podem, na Assembléia Geral, por dois terços dos seus votos, mudar a sede da Corte.

2. A Corte designará seu Secretário.

3. O Secretário residirá na sede da Corte e deverá assistir às reuniões que ela realizar fora da mesma.

Artigo 59 - A Secretaria da Corte será por esta estabelecida e funcionará sob a direção do Secretário Geral da Organização em tudo o que não for incompatível com a independência da Corte. Seus funcionários serão nomeados pelo Secretário Geral da Organização, em consulta com o Secretário da Corte.

Artigo 60 - A Corte elaborará seu Estatuto e submetê-lo-á à aprovação da Assembléia Geral e expedirá seu Regimento.

Seção 2 - Competência e funções

Artigo 61 - 1. Somente os Estados-partes e a Comissão têm direito de submeter um caso à decisão da Corte.

2. Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos artigos 48 a 50.

Artigo 62 - 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma a outros Estados-membros da Organização e ao Secretário da Corte.

3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial.

Artigo 63 - 1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

Artigo 64 - 1. Os Estados-membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

2. A Corte, a pedido de um Estado-membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Artigo 65 - A Corte submeterá à consideração da Assembléia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre as suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças.

Seção 3 - Processo

Artigo 66 - 1. A sentença da Corte deve ser fundamentada.

2. Se a sentença não expressar no todo ou em parte a opinião unânime dos juízes, qualquer deles terá direito a que se agregue à sentença o seu voto dissidente ou individual.

Artigo 67 - A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença.

Artigo 68 - 1. Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

Artigo 69 - A sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso e transmitida aos Estados-partes na Convenção.

Capítulo IX - DISPOSIÇÕES COMUNS

Artigo 70 - 1. Os juízes da Corte e os membros da Comissão gozam, desde o momento da eleição e enquanto durar o seu mandato, das imunidades reconhecidas aos agentes diplomáticos pelo Direito

Internacional. Durante o exercício dos seus cargos gozam, além disso, dos privilégios diplomáticos necessários para o desempenho de suas funções.

2. Não se poderá exigir responsabilidade em tempo algum dos juízes da Corte, nem dos membros da Comissão, por votos e opiniões emitidos no exercício de suas funções.

Artigo 71 - Os cargos de juiz da Corte ou de membro da Comissão são incompatíveis com outras atividades que possam afetar sua independência ou imparcialidade, conforme o que for determinado nos respectivos Estatutos.

Artigo 72 - Os juízes da Corte e os membros da Comissão perceberão honorários e despesas de viagem na forma e nas condições que determinarem os seus Estatutos, levando em conta a importância e independência de suas funções. Tais honorários e despesas de viagem serão fixados no orçamento-programa da Organização dos Estados Americanos, no qual devem ser incluídas, além disso, as despesas da Corte e da sua Secretaria. Para tais efeitos, a Corte elaborará o seu próprio projeto de orçamento e submetê-lo-á à aprovação da Assembléia Geral, por intermédio da Secretaria Geral. Esta última não poderá nele introduzir modificações.

Artigo 73 - Somente por solicitação da Comissão ou da Corte, conforme o caso, cabe à Assembléia Geral da Organização resolver sobre as sanções aplicáveis aos membros da Comissão ou aos juízes da Corte que incorrerem nos casos previstos nos respectivos Estatutos. Para expedir uma resolução, será necessária maioria de dois terços dos votos dos Estados-membros da Organização, no caso dos membros da Comissão; e, além disso, de dois terços dos votos dos Estados-partes na Convenção, se se tratar dos juízes da Corte.

PARTE III - DISPOSIÇÕES GERAIS E TRANSITÓRIAS

Capítulo X - ASSINATURA, RATIFICAÇÃO, RESERVA, EMENDA, PROTOCOLO E DENÚNCIA

Artigo 74 - 1. Esta Convenção está aberta à assinatura e à ratificação de todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos.

2. A ratificação desta Convenção ou a adesão a ela efetuar-se-á mediante depósito de um instrumento de ratificação ou adesão na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos. Esta Convenção entrará em vigor logo que onze Estados houverem depositado os seus respectivos instrumentos de ratificação ou de adesão. Com referência a qualquer outro Estado que a ratificar ou que a ela aderir ulteriormente, a Convenção entrará em vigor na data do depósito do seu instrumento de ratificação ou adesão.

3. O Secretário Geral comunicará todos os Estados-membros da Organização sobre a entrada em vigor da Convenção.

Artigo 75 - Esta Convenção só pode ser objeto de reservas em conformidade com as disposições da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 23 de maio de 1969.

Artigo 76 - 1. Qualquer Estado-parte, diretamente, e a Comissão e a Corte, por intermédio do Secretário Geral, podem submeter à Assembléia Geral, para o que julgarem conveniente, proposta de emendas a esta Convenção.

2. Tais emendas entrarão em vigor para os Estados que as ratificarem, na data em que houver sido depositado o respectivo instrumento de ratificação, por dois terços dos Estados-partes nesta Convenção. Quanto aos outros Estados-partes, entrarão em vigor na data em que eles depositarem os seus respectivos instrumentos de ratificação.

Artigo 77 - 1. De acordo com a faculdade estabelecida no artigo 31, qualquer Estado-parte e a Comissão podem submeter à consideração dos Estados-partes reunidos por ocasião da Assembléia Geral projetos de Protocolos adicionais a esta Convenção, com a finalidade de incluir progressivamente, no regime de proteção da mesma, outros direitos e liberdades.

2. Cada Protocolo deve estabelecer as modalidades de sua entrada em vigor e será aplicado somente entre os Estados-partes no mesmo.

Artigo 78 - 1. Os Estados-partes poderão denunciar esta Convenção depois de expirado o prazo de cinco anos, a partir da data em vigor da mesma e mediante aviso prévio de um ano, notificando o Secretário Geral da Organização, o qual deve informar as outras partes.

2. Tal denúncia não terá o efeito de desligar o Estado-parte interessado das obrigações contidas nesta Convenção, no que diz respeito a qualquer ato que, podendo constituir violação dessas obrigações, houver sido cometido por ele anteriormente à data na qual a denúncia produzir efeito.

Capítulo XI -

DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

Seção 1 - Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Artigo 79 - Ao entrar em vigor esta Convenção, o Secretário Geral pedirá por escrito a cada Estado-membro da Organização que apresente, dentro de um prazo de noventa dias, seus candidatos a membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O Secretário Geral preparará uma lista por ordem alfabética dos candidatos apresentados e a encaminhará aos Estados-membros da Organização, pelo menos trinta dias antes da Assembléia Geral seguinte.

Artigo 80 - A eleição dos membros da Comissão far-se-á dentre os candidatos que figurem na lista a que se refere o artigo 79, por votação secreta da Assembléia Geral, e serão declarados eleitos os candidatos que obtiverem maior número de votos e a maioria absoluta dos votos dos representantes dos Estados-membros. Se, para eleger todos os membros da Comissão, for necessário realizar várias votações, serão eliminados sucessivamente, na forma que for determinada pela Assembléia Geral, os candidatos que receberem maior número de votos.

Seção 2 - Corte Interamericana de Direitos Humanos

Artigo 81 - Ao entrar em vigor esta Convenção, o Secretário Geral pedirá a cada Estado-parte que apresente, dentro de um prazo de noventa dias, seus candidatos a juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Secretário Geral preparará uma lista por ordem alfabética dos candidatos apresentados e a encaminhará aos Estados-partes pelo menos trinta dias antes da Assembléia Geral seguinte.

Artigo 82 - A eleição dos juízes da Corte far-se-á dentre os candidatos que figurem na lista a que se refere o artigo 81, por votação secreta dos Estados-partes, na Assembléia Geral, e serão declarados eleitos os candidatos que obtiverem o maior número de votos e a maioria absoluta dos votos dos representantes dos Estados-partes. Se, para eleger todos os juízes da Corte, for necessário realizar várias votações, serão eliminados sucessivamente, na forma que for determinada pelos Estados-partes, os candidatos que receberem menor número de votos.

Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22.11.1969 - ratificada pelo Brasil em 25.09.1992.