

**CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL UNINTER
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO
LINHA DE PESQUISA: JURISDIÇÃO E PROCESSO NA CONTEMPORANEIDADE**

KATIUSCYA AYECHA HEISE FERREIRA BINDE

**DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO DOS DIREITOS HUMANOS: O SISTEMA
GLOBAL E OS REGIONAIS DE PROTEÇÃO E ESTUDO DO CASO VLADIMIR
HERZOG**

**CURITIBA
2018**

KATIUSCYA AYECHA HEISE FERREIRA BINDE

**DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO DOS DIREITOS HUMANOS: O SISTEMA
GLOBAL E OS REGIONAIS DE PROTEÇÃO E ESTUDO DO CASO VLADIMIR
HERZOG**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Mestre em Direito,
Curso de Mestrado Acadêmico em Direito do
Centro Universitário Internacional UNINTER.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini

CURITIBA

2018

B612d Binde, Katuscya Ayecha Heise Ferreira
Direito internacional público dos direitos humanos: o sistema global e os regionais de proteção e estudo do caso Vladimir Herzog / Katuscya Ayecha Heise Ferreira Binde. - Curitiba, 2018.
109 f.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini
Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro
Universitário Internacional Uninter.

1. Direito Internacional Público. 2. Direitos humanos. 3. Herzog, Vladimir, 1937-1975. I. Título.

CDD 340

Catálogo na fonte: Vanda Fattori Dias - CRB-9/547

O bêbado e o equilibrista

*Caía a tarde feito um viaduto
E um bêbado trajando luto me lembrou Carlitos
A lua, tal qual a dona de um bordel
Pedia a cada estrela fria um brilho de aluguel
E nuvens, lá no mata-borrão do céu
Chupavam manchas torturadas, que sufoco
Louco, o bêbado com chapéu-côco
Fazia irreverências mil pra noite do Brasil, meu Brasil
Que sonha com a volta do irmão do Henfil
Com tanta gente que partiu num rabo-de-foguete
Chora a nossa pátria, mãe gentil
Choram Marias e Clarices no solo do Brasil
Mas sei, que uma dor assim pungente
Não há de ser inutilmente, a esperança
Dança na corda bamba de sombrinha
E em cada passo dessa linha pode se machucar
Azar, a esperança equilibrista
Sabe que o show de todo artista tem que continuar.*

Aldir Blanc/João Bosco

Elis Regina

Talvez os poetas sintam a humanidade como todos deveriam sentir, em fraternidade. (Katuscia)

AGRADECIMENTOS

Os meus sinceros e amorosos agradecimentos pela crença, quase religiosa, à minha amada família composta por mãe, pai e irmão. Eles me fizeram crer que não existe o impossível, segurando toda barra para que eu pudesse me dedicar a esse sonho. Também peço desculpas pelas ausências e pelo pouco tempo para estar com vocês.

Obrigada ao meu maravilhoso esposo Ulisses Marcelo Binde, que com sua doçura e amizade foi meu alicerce no dia a dia, em muitos momentos em que eu não mais acreditava que venceria. Obrigada por me ensinar a coragem de um guerreiro e a vontade de vencer de um campeão; sou a sua maior fã.

O meu muito obrigado ao meu querido orientador Professor Doutor Alexandre Coutinho Pagliarini que, assim como um pai, me trouxe à realidade por diversas vezes tomando as rédeas do caminho, fazendo com que eu seguisse fielmente o compromisso ao qual me propus, encorajando e ensinando-me a ser uma pesquisadora voltada a excelência. Deus sabia que você era o orientador que eu precisava.

Sou grata também ao querido Desembargador Paulo Cezar Bellio por ser meu exemplo de integridade, dedicação e amor pela profissão; com sua sensibilidade de pai me auxiliou materialmente e moralmente, comemorando comigo cada vitória desse caminho, sempre me incentivando a nunca parar. Que Deus me permita um dia retribuir, ou que eu possa fazer a um próximo o que ele fez e faz por mim.

Não posso deixar de remir as mais sinceras palavras de afeto e carinho aos meus colegas de trabalho do “Gabinete Bellio”, pela torcida e ajuda sempre que precisei, dando-me força e incentivo no dia-a-dia quando eu achava que as energias acabariam ou quando eu estava triste. Só de estar em vossas presenças me encorajava a vencer um dia após o outro.

Meus ilustres colegas, amigos, irmãos e irmãs do PPGD/Uninter 2017/2019; dividimos um sonho, construímos um caminho lindo de esforço, excelência, dedicação, amizade, respeito e admiração. Passamos por cada dia desse sonho sem nos abalar, cansados, mas famintos de conhecimento, sempre nos empenhando para mostrar que a nossa juventude nos favorece, pois tínhamos a maturidade para ali estar e saber calar diante dos ensinamentos que nos eram

passados. Vocês, meus amores, fizeram com que essa jornada se tornasse doce, leve e maravilhosa; obrigada.

E por fim, à equipe Uninter composta por funcionários, mantenedora e professores. Vocês nos mostraram que a vontade de transformar o cidadão através do conhecimento é mais forte do que qualquer força do mundo. Confiamos em vocês a cada passo que dávamos e não nos arrependemos. Concluimos nossa jornada com a certeza que pudemos adquirir um saber de excelência voltado ao melhor que a docência possui no Brasil.

Curitiba, 1º dia do verão de 2018.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a atual conformação dos Sistemas jurisdicionais Global – Organização das Nações Unidas - e Regionais de Proteção dos Direitos Humanos – Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Africana de Direitos Humanos e Corte Europeia de Direitos Humanos, identificando qual dos sistemas – global ou regionais – atinge de forma mais efetiva a proteção, promoção e garantia dos direitos do homem. Segundo se pretendeu estudar nesta dissertação, a reestruturação dos países aliados na pós-segunda Guerra Mundial contribuiu para a universalização dos Direitos Humanos, influenciando a criação dos sistemas de proteção e a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Essa transformação se materializou com a formação de um Sistema Global de proteção no ceio da Organização das Nações Unidas; transformação esta que se estendeu para o plano regional do globo com a criação de Sistemas Regionais de Proteção de Direitos Humanos. A verificação de efetividade dos sistemas global e regionais para o presente trabalho se dá pelo método de estudo de caso, como fora visto no julgamento do Caso Vladimir Herzog e outros vs. Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Dessa forma, concluiu-se que a criação dos sistemas regionais de proteção dos Direitos Humanos, para além das suas limitações, possibilitou uma análise mais fiel das necessidades de cada Estado pertencente à sua jurisdição.

Palavras-chave: Direito Internacional Público. Jurisdição Internacional dos Direitos Humanos. Sistema Global. Sistemas Regionais. Caso Vladimir Herzog.

ABSTRACT

The present work seeks to analyze the current shape of the Global - United Nations - and Regional - Human Rights Protection - Inter-American Court of Human Rights, African Court of Human Rights and European Court of Human Rights Jurisdictional Systems, identifying which of the global systems. or regional - most effectively affects the protection, promotion and guarantee of human rights. As it was intended to study in this dissertation, the restructuring of the post-World War II Allied countries contributed to the universalization of Human Rights, influencing the creation of protection systems and the promulgation of the Universal Declaration of Human Rights. This transformation materialized with the formation of a Global Protection System at the United Nations supper; This transformation has extended to the regional plan of the globe with the creation of Regional Human Rights Protection Systems. The effectiveness of the global and regional systems for the present work is verified by the case study method, as seen in the judgment of the case Vladimir Herzog et al. Brazilian State by the Inter-American Court of Human Rights. Thus, it was concluded that the creation of regional human rights protection systems, beyond their limitations, allowed a more accurate analysis of the needs of each state within its jurisdiction.

Keywords: Public International Law. International Jurisdiction of Human Rights. Global system. Regional Systems. Case of Vladimir Herzog.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	AS NORMAS (FONTES) DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO: O ARTIGO 38 DO ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA	15
2.1	TRATADOS INTERNACIONAIS	20
2.2	COSTUME INTERNACIONAL	21
2.3	PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO	23
2.4	AS DECISÕES JUDICIÁRIAS E DOCTRINAS DOS JURISTAS MAIS QUALIFICADOS DAS DIFERENTES NAÇÕES.....	26
2.5	EQUIDADE	27
3	O SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	32
3.1	A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DA ONU	37
3.2	OS PACTOS DE DIREITOS HUMANOS DA ONU	39
3.2.1	Pactos sobre Direitos Cíveis e Políticos	42
3.2.2	Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais	47
3.2.3	Os Comitês de Direitos Humanos da ONU	52
3.2.4	Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos	57
3.2.5	O Conselho de Direitos Humanos da ONU	57
3.2.6	Comitê de Direitos Humanos da ONU	58
3.2.7	Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais	59
3.2.8	Comitê para Eliminação da Discriminação Racial	61
3.2.9	Comitê sobre Eliminação da Discriminação da Mulher	61
3.2.10	Comitê para os Direitos da Criança	62
3.2.11	Comitê contra a Tortura e Subcomitê de Prevenção	63
3.2.12	Comitê sobre Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência	66
3.2.13	Comissão dos Trabalhadores Migrantes	66
3.2.14	Comissão de Desaparecidos Forçados	67
4	OS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	69
4.1	O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	71
4.2	O SISTEMA EUROPEU DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	77
4.3	O SISTEMA AFRICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	84

5	ESTUDO DO CASO VLADO HERZOG JULGADO PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	94
5.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CASO NA JURISDIÇÃO INTERNA.....	96
5.2	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CASO NA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL.....	98
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	103
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	105

1 INTRODUÇÃO

O século XX começou, claramente, multipolar. Contudo, depois de quase 50 anos, duas guerras mundiais e muitos conflitos menores, um sistema bipolar emergiu. Após o fim da Guerra Fria e o desaparecimento da União Soviética (URSS), a bipolaridade deu lugar à unipolaridade – um sistema internacional dominado por um poder, neste caso, os Estados Unidos (centralizado unilateralmente, mas não organizado nem unilateralmente nem multilateralmente). Para caracterizar tão somente o período mencionado e a alteração ocorrida após o fim da Guerra Fria, citam-se as palavras de Cervo (2003, p. 5):

A União Soviética esteve sob a tentação de mover-se em função da revolução transnacional ou do interesse concreto nacional: ao final e ao cabo, acabou a (URSS) por desaparecer como Estado, tendo sido substituída pela atual Rússia sem as demais repúblicas que constituíam a extinta URSS. Em outro exemplo, pode-se perceber que os Estados Unidos descobriram seu manifest destiny, como a França de De Gaulle seu grand dessein. Durante a segunda metade do século XX, observam-se a Guerra Fria e a coexistência pacífica. O Japão, após a Segunda Guerra Mundial, situou-se sob o guarda-chuva nuclear norte-americano, e construiu sua potência com base na cooperação econômica regional e na internacionalização de suas empresas. A China transitou da relação especial com a União Soviética para o confronto, a teoria dos três mundos, dos dois mundos e, enfim, para a realização de interesses concretos de seu desenvolvimento. A Argentina de Juan Domingo Perón avançou sua Terceira Posição.

Ocorre que, em um sistema multipolar, nenhum poder domina. As concentrações de poder giram em torno de duas posições, podendo os sistemas multipolares serem cooperativos, assumindo a forma de um concerto de poderes, na qual uns poucos grandes poderes trabalham juntos para definir as regras da convivência internacional entre os Estados soberanos.

Para Lafer (1994), o fim da Guerra Fria lançou o mundo em um sistema internacional de polaridades indefinidas, sendo característica desse sistema a existência de duas forças contraditórias: a centrípeta – favoráveis à globalização – e a centrífuga, que favorece a fragmentação.

Hoje, sem dúvida, o mundo se resume a uma multipolaridade descentralizada - não que seja a mais adequada, mas também não se mostra a mais prejudicial ao universo globalizado - em que, em determinadas situações, há a cooperação de alguns poucos em se unir para definir regras, ou ao menos tentar ditá-las. Há, portanto, a preponderância de acúmulo de capitais significativos de força, de poder e de interesses em um Estado ou num seleto grupo de Estados em um sistema específico, sendo esta uma condição natural das relações sociopolíticas da atualidade, ainda mais após a criação da ONU.

No final dos anos 90 e início do século XXI, a arena internacional não era mais unipolar, voltada especialmente para os Estados Unidos da América. Para Castro (2007), o poder internacional se tornou unimultipolar, com foco essencial nos EUA e descentralizado em potências regionais; ou seja: houve um reconhecimento do exercício de poder centralizado em um Estado ou em vários Estados, motivado por conta da economia norte-americana.

Com a crise econômica que assolou os Estados Unidos e, a partir daí, os demais países, a potência unilateral perdeu poder, inclusive econômico. Atualmente, a política americana de poder-Estado-interesse poderia se resumir a “cada um cuidando de si e de mais ninguém.” A política internacional americana não tem se preocupado em participar de tratados internacionais, antes foco da política mundial.

Ocorre que toda essa análise sobre as relações internacionais e o comportamento dos Estados soberanos – com a alteração de suas políticas em relação ao mundo – se revela em duas conclusões diametralmente opostas: períodos de guerra e períodos de paz. Mesmo após anos de evolução histórica essa dicotomia não se alterou, fazendo refletir se tal estrutura mundial de soberanias atende realmente ao fim da pacificação.

Acredita-se, ideologicamente, que o fator conclusivo de guerra represente um indicativo de anomalia na esfera internacional. Veja-se, para tanto, os últimos acontecimentos mundiais, tais como: a guerra do Iraque em 2003 (Inglaterra, Itália, Espanha, Austrália e EUA vs. Governo de Saddam Hussein) e a guerra da Síria até hoje. Esses momentos de conflito refletem a incógnita em que se resumem as relações entre os Estados soberanos – momento estes de conflito em que a comunidade internacional se reúne à procura de respostas; comunidade esta

formada politicamente e baseada em uma estrutura jurídica internacional, hoje representada pela ONU.

Por conseguinte, essa estrutura jurídica não garante a efetividade plena de suas prescrições pacifistas, mesmo estando o mundo a clamar pela cessação dos ataques a grupos radicais na Síria e pedindo que a Rússia deixe de apoiar belicamente o governo posto (apoio este decorrente dos interesses que Moscou tem no território Sírio). Dialogicamente, as coisas não funcionaram. Foi necessário que os Estados Unidos da América, juntamente com Reino Unido e França, interviessem no conflito, não havendo assim, efetividade suficiente nas prescrições dessa comunidade jurídica posta internacionalmente (ONU), tendo sido necessário o uso da força segundo o juízo unilateral da Grande Potência e dos seus apoiadores.

Nesse aspecto, o poder da Comunidade Internacional organizada (ONU e outras organizações internacionais) sofre outros tipos de ineficácia. Nos últimos anos, os EUA entenderam por não participar e reavaliar sua participação em alguns tratados internacionais. Referente ao Acordo Climático de Paris (COP-21) proposto no começo de 2017, o firmamento gerou clamor por parte do presidente da China, Xi Jinping, para que os Estados Unidos não “tire do trilho” o esforço global para proteger o meio ambiente.

Logo, observa-se que boa parte do que se entende por poder e norma no plano internacional contradiz, em parte, a Bobbio (1990, p. 31), pois “o poder nasce das normas e produz normas e da mesma forma a norma nasce do poder e produz outros poderes.” O teor jurídico-formalista de uma legitimidade normativa internacional entra em rota de colisão pelo fato de se defender que a norma jurídica internacional possui, em determinados contextos, carência de efetivação, implementação e fiscalização.

Perceba-se que a multipolaridade juridicamente é prejudicial para o plano internacional. Aqui se adota a visão pura do Direito de Kelsen para compreender que para a existência de uma norma é essencial e que esta seja criada por um poder legitimado. No entanto, no plano internacional o órgão que mais se aproxima de possuir legitimidade para tal função é a ONU, haja vista um consenso entre as grandes potências mundiais de possuir poderes regulatórios prescricionais para a coexistência pacífica dos povos. Assim, na primeira parte da dissertação será

analisada a estrutura normativa do Direito Internacional Público, as chamadas fontes do direito.

A temática que mais se aproxima hoje de um consenso geral é a dos Direitos Humanos, com a criação de um Sistema Global de Proteção de Direitos Humanos, resultado de um esforço internacional comum no sentido de garantia da paz; sistema este que será estudado no capítulo dois da referida pesquisa.

Contudo, como exposto anteriormente, mesmo com a criação da ONU as violações de Direitos Humanos não cessaram e, mais ainda, verificou-se a necessidade de garantia desses direitos no âmbito internos dos Estados signatários da Declaração Universal dos Direitos do Homem, iniciando um processo de internalização dos preceitos adotados no plano internacional. Assim, a terceira parte desse estudo se encarregará dos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos, os quais hoje são os responsáveis por fiscalizar diretamente seus países signatários. O primeiro a surgir foi o Sistema Europeu, seguido do Sistema Interamericano, do qual o Brasil faz parte, e por fim, o Sistema Africano.

Finalmente, na porção final do trabalho, pretende-se resgatar o longo caminho percorrido pela família do jornalista Vladimir Herzog até a prolação da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual houve a condenação do Estado brasileiro a repará-los em decorrência de violações de direitos humanos ocorridos durante o regime militar no Brasil.

2 AS NORMAS (FONTES) DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO: O ARTIGO 38 DO ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

O cidadão, na ordem interna, no âmbito estatal, está subordinado às normas jurídicas deste, ou seja: se A comete um crime (fato típico, antijurídico e culpável) receberá uma sanção do Estado, não podendo A alegar que a soberania do Estado a ele não atinge. De fato, verifica-se, num Estado soberano, a submissão dos cidadãos e de todas as pessoas às normas jurídicas e às entidades (autoridades) estatais. Em tempos pretéritos, como a pós-Revolução Francesa, por exemplo, dizia-se que o indivíduo era súdito da soberania do Rei ou do Estado propriamente dito.

No que se refere ao que se deva considerar norma jurídica geral e abstrata em um Estado soberano, o Art. 59 da Constituição Federal Brasileira de 1988 aponta para uma solução¹, o que significa que os juízes brasileiros sabem o que interpretar e aplicar na solução de litígios que lhe são levados ao conhecimento, além de, obviamente, estarem os juízes brasileiros obrigados a aplicar os tratados internacionais de que o Brasil faz parte (aqui se está a apontar uma omissão do artigo 59 da CR/88).

Perceba-se, com isso, a seguinte lógica: o Estado soberano tem território definido, além de uma estruturação posta numa Carta Constitucional e nas demais normas que compõem o subsistema doméstico de Direito. Assim, todos sabem que Brasília é a capital da República, que no Brasil se adota o presidencialismo, que a federação é composta por entes dotados de autonomia política, administrativa, econômica e financeira (União, Estados, Distrito federal e Municípios) e que o Supremo Tribunal Federal ocupa o topo da organização judiciária nacional, dentre outras estruturas prescritas diretamente pelo constituinte originário do Texto Magno de 1988.

Por sua vez, a Comunidade Internacional é aberta, e, por assim sendo, só pode se reger internacionalmente à exata medida do consentimento dos Estados, daí não haver subordinação, mas sim coordenação no sistema que rege as relações

¹ Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I- emendas à Constituição; II- leis complementares; III- leis ordinárias; IV- leis delegadas; V- medidas provisórias; VI- decretos legislativos; VII- resoluções.

entre Estados nacionais e Organizações Internacionais.

No âmbito internacional, o Estado soberano não está automaticamente subordinado a uma hierarquia jurídico (internacional) acima de si próprio. A propósito, a subordinação estatal depende exclusivamente do seu submetimento ao Direito Internacional Público (DIP), e, no caso dos tratados internacionais, isso se dá pela *pacta sunt servanda*, cuja expressão máxima reside em seu consentimento (ratificação).

Isso ocorre por que – repita-se! – a Comunidade Internacional não se rege pela subordinação, mas sim pela coordenação; ou seja: as pessoas jurídicas clássicas de DIP (Estados soberanos e Organizações Internacionais) se regem, exatamente, dentro dos parâmetros dos modelos a que se propuseram; eles se autocoordenam, fazendo criar os entes internacionais a que se submeterão.

Por exemplo, foi por meio da ratificação do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (ECIJ) que se convalidou o submetimento dos Estados soberanos à jurisdição da tradicional Corte da Haia, de modo que, se o Estado A se encontra na iminência de um conflito bélico com o Estado B por conta de conduta antijurídica deste último, quem será o responsável por dirimir a questão? O Estado A, o Estado B, um terceiro Estado C ou a CIJ? Isso porque a principal característica das relações internacionais do século XXI é a não polarização do poder: um mundo dominado não por um ou dois ou mesmo vários Estados, mas sim por dezenas de atores que possuem e exercem vários tipos de poder.

O fato se desvenda porque no plano internacional reina o princípio *pacta sunt servanda*, o que faz com que uma nação soberana, representante de um polo individual de poder, somente regula suas políticas internacionais de acordo com as prescrições onusianas se aderir aos protocolos de sujeição, como prevê a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, nos seguintes termos:

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS

Os Estados Partes na presente Convenção, Considerando o papel fundamental dos tratados na história das relações internacionais,

Reconhecendo a importância cada vez maior dos tratados como fonte do Direito Internacional e como meio de desenvolver a cooperação pacífica entre as nações, quaisquer que sejam seus sistemas constitucionais e sociais,

Constatando que os princípios do livre consentimento e da boa fé e a regra pacta sunt servanda são universalmente reconhecidos,

Afirmando que as controvérsias relativas aos tratados tais como outras controvérsias internacionais, devem ser solucionadas por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da Justiça e do Direito Internacional,

Recordando a determinação dos povos das Nações Unidas de criar condições necessárias à manutenção da Justiça e do respeito às obrigações decorrentes dos tratados,

Conscientes dos princípios de Direito Internacional incorporados na Carta das Nações Unidas, tais como os princípios da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, da igualdade soberana e da independência de todos os Estados, da não intervenção nos assuntos internos dos Estados, da proibição da ameaça ou do emprego da força e do respeito universal e observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos,

Acreditando que a codificação e o desenvolvimento progressivo do direito dos tratados alcançados na presente Convenção promoverão os propósitos das Nações Unidas enunciados na Carta, que são a manutenção da paz e da segurança internacionais, o desenvolvimento das relações amistosas e a consecução da cooperação entre as nações. (BRASIL, 2009, grifo do autor).

Nas palavras de Choukr e Pagliarini (2014, p.12):

O DIP tem-se baseado na regra pacta sunt servanda (impõe-se o cumprimento do que se pactua). Desta forma, tem sido corriqueiro analisar o DIP sob a ótica do consentimento. De fato, numa avença internacional as normas somente incidirão no campo existencial dos Estados que a ratificaram. São a pacta sunt servanda e a tese do consentimento que fizeram Kelsen classificar o DIP como primitivo e descentralizado. Primitivo porque nele a represália é imposta pelo próprio Estado que sofreu uma transgressão (olho por olho, dente por dente). Descentralizado porque as normas de DIP só incidem sobre os Estados que fizeram parte num tratado internacional. Tal raciocínio leva a uma conclusão: o Direito dos tratados internacionais representa o Direito Internacional particular (incidente somente sobre os Estados que pactuaram); e nisso, o DIP não guarda nenhuma semelhança com o Direito Constitucional uma vez que este contém regras estruturantes de um dado Estado e proclamadoras de Direitos Humanos no território inteiro deste mesmo Estado. Portanto, o Direito Constitucional é sempre o Direito geral do Estado que promulgou a Constituição, seja ele federal ou uma confederação; por exemplo: o Direito Constitucional português incide em todo país. Mas acontece que o DIP não contém somente regras provenientes de tratados internacionais (normas escritas): segundo o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (ECIJ), as espécies normativas que os juízes da Corte da Haia devem aplicar nos casos concretos também são – além dos {i} tratados internacionais – o {ii} costume internacional (como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito), os {iii} princípios gerais de direito (reconhecidos pelas nações civilizadas), e, sob ressalva da disposição ao art. 59 do ECIJ, também {iv} as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. Dentre as espécies normativas reenumeradas nos subitens ii, iii e iv, as principais são o costume e os

princípios, os quais constituem o que se pode chamar de Direito Internacional Geral, e este se assemelha indubitavelmente ao Direito Constitucional por ter as pretensões de incidir sobre os Estados, e, conseqüentemente, as mulheres e os homens da inteira Comunidade Internacional vista como um todo-global – como se o mundo fosse um país mundo.

Assim também ocorre com os acordos bilaterais e multilaterais. Para que haja a obrigatoriedade de um país soberano cumprir um tratado internacional, é essencial que ele faça parte do tratado, ou seja, protocole sua carta de interesse em participar do tratado internacional junto à ONU. Os acordos multilaterais geralmente são celebrados para a promoção e preservação de interesses comuns como a dignidade humana, meio ambiente, erradicação de todas as formas de tortura e preconceitos, sendo este último onde se evidenciam as maiores dificuldades na cooperação internacional.

Veja-se que essa forma de preservação da soberania de cada Estado preserva a independência e soberania da nação, porém, deixa a desejar quando se pretende a proteção da coletividade em determinada situação em que há a existência de uma prescrição sobre o tema tratado internacional. Porém, o Estado em que se pretenda fazer valer as normas previstas no tratado não faz parte do mesmo, o que evidencia a ineficácia desse método.

Para tanto, se toma como exemplo o Protocolo de Kyoto para a preservação do meio ambiente e formas de diminuir a degradação ambiental, em que os Estados Unidos da América simplesmente não o ratificaram junto à ONU. As políticas públicas de desenvolvimento norte-americano vão de encontro com os ideais preservacionistas do Protocolo, não sendo interessante a adesão, sob a pena de dificultar o desenvolvimento daquele país. Os EUA também boicotaram a COP-21.

Se, por um lado, não há como fechar os olhos ao caráter internacional da sociedade dos dias atuais. Por outro, é de se notar a inadapável necessidade de os Estados soberanos criarem instituições e foros coletivos, a fim de que seus problemas tenham tratamento que faça afastar o primitivismo do direito internacional. Como argumenta Dallari (2001, p. 264):

Tecnicamente, os Estados vivem em situação de anarquia, pois embora exista uma ordem jurídica em que todos se integram, não existe um órgão superior de poder, a que todos se submetam. Este aspecto, aliás, já foi percebido no começo deste século, e pelo reconhecimento dessa

deficiência é que, nos últimos tempos, têm sido criadas muitas organizações internacionais dotadas de órgão de poder. Esta é uma inovação importante, que modifica profundamente os termos do relacionamento entre os Estados.

Perceba-se que não há mecanismo existente capaz de fazer qualquer nação soberana aderir a um protocolo de tratado internacional que seja considerado pelo dirigente do país como desvantajoso, mesmo que a não participação seja prejudicial para a coletividade mundial e mesmo que este país renitente corra o risco de sofrer alguma sanção internacional, como os EUA podem sofrer caso provoquem dano ao meio ambiente mundial, ou seja: provocando terceiros.

Assim, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e institucionalização da CIJ², os Estados que aderiram ao protocolo do tratado internacional que institui a CIJ, se submetem a jurisdição internacional permanente de resolução de litígios entre Estados, regida pelo seu respectivo Estatuto, tendo os juízes desta Corte Permanente da ONU, para resolver os litígios que passaram a ser submetidos à jurisdição deste Tribunal, baseando-se (e ainda baseiam-se) no artigo 38 do Estatuto da CIJ. Nele estão elencadas as fontes (entendam-se, as normas gerais e abstratas) de DIP, sendo elas:

- a) os tratados internacionais;
- b) o costume internacional;
- c) os princípios gerais de direito;
- d) as decisões judiciais;
- e) a doutrina dos juristas mais qualificados;
- f) a equidade (faculdade da Corte decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem).

Por fim, antes de se adentrara nas características das fontes de DIP, deve-se ter em mente que os costumes e os tratados são suas principais fontes posto que, este assenta neles a sua normatividade, ou seja, no seu dever-se; uma vez que o

² A Carta das Nações Unidas foi assinada em São Francisco, no dia 26/06/1945, após o término da Conferência sobre Organização Internacional e entrou em vigor no dia 24/10/1945 junto com o Estatuto da Corte Internacional de Justiça e onde a França, Inglaterra, EUA, China e URSS (hoje, Rússia) obtiveram uma representação permanente e o direito de veto no Conselho de Segurança. In: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html> . Acesso em: 18 nov. 2017.

direito das pessoas se forma, principalmente, pelas regras convencionais (tratados) e por aquelas consuetudinárias (costumes) formadas por um elemento material, formando o uso e um elemento subjetivo, denominada *opinio juris*, este último separando-se em direito internacional privado e público.

2.1 TRATADOS INTERNACIONAIS

Nas palavras de Rezek (2011, p. 38) “tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos.” Os tratados internacionais contemporaneamente ganharam contornos positivistas, porém sua forma/métrica é indefinida, o que antes era uma expressão dos costumes, hoje possui características variadas, importando o seu conteúdo e efeitos jurídicos, tais como, contratos para troca de mercadorias, negociações sobre o meio ambiente.

Contudo, a forma verbal, marcante no porvir do século XX, decorrente dos costumes, continua a ser empregada, sem, contudo, deslegitimar sua validade, sendo prevista, ainda, nos seguintes diplomas: Pacto da Sociedade das Nações, Art. 18; Carta das Nações Unidas, Art. 102 e Pacto da Liga dos Estados Árabes, Art. 17.

Sobre os tratados, faz-se o seguinte entendimento:

A produção de efeitos de direito é essencial ao tratado, que não pode ser visto senão na sua dupla qualidade de ato jurídico e de norma. O acordo formal entre Estados é o ato jurídico que produz a norma, e que, justamente por produzi-la, desencadeia efeitos de direito, gera obrigações e prerrogativas, caracteriza enfim, na plenitude de seus dois elementos, o tratado internacional. (REZEK, 2011, p. 42).

Percebe-se que no plano internacional não há a criação de normas (efeito prático) inócuas, ou desnecessárias. O tratado internacional é criado e celebrado pelo interesse dos participantes e as partes comprometem-se com o interesse político/econômico da sua criação, sendo latente a regência dos princípios da boa-fé e *pacta sunt servanda*.

Com o passar do tempo e após incontáveis tratados celebrados pelos Estados, surgiu a necessidade de se adotar um regramento geral sobre o DIP, e, mais especificadamente, em relação aos tratados. A formalização veio por meio da

Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), que teve sua criação em 23 de maio de 1969, entrando em vigor somente em 27 de janeiro de 1980, quando, nos termos de seu Art. 84, chegou-se ao quórum mínimo de trinta e cinco Estados-partes.

Em meados de 2010 eram partes na Convenção, por haverem-na ratificado ou a ela aderido, ou ainda por sucessão, cento e onze países; não incluídos, entre outros, os Estados Unidos da América e a França. O Brasil ratificou a Convenção em 25 de outubro de 2009, mais de quarenta anos depois de havê-la assinado. Outro aspecto que se deve ter em mente é o fato de não somente os Estados soberanos possuírem legitimidade jurídica para celebrar tratados internacionais.

No decorrer do século XX, com a multiplicação das Organizações Internacionais (OI), elas próprias entraram em cena como sujeitos de DIP, além dos tradicionais sujeitos que eram os Estados soberanos. As próprias OI passaram a ter legitimidade jurídica para celebração de tratados. Contudo, uma ressalva deve ser feita: a CVDT dispõe apenas sobre o vínculo convencional (escrito e formal) entre Estados, deixando implícito na última parte do Preâmbulo a insuficiência para a cobertura de todos os aspectos do Direito dos tratados, lembrando que o DIP costumeiro prossegue regendo as questões não versadas no texto.

2.2 COSTUME INTERNACIONAL

Ao contrário do que ocorre nos tratados, o costume não se caracteriza pela via de um instrumento formal, assinado e ratificado por um Estado. Ele se traduz no comportamento reiterado ao longo do tempo das pessoas de DIP (Estados soberanos e organizações internacionais), comportamento na qual geram normas costumeiras dotadas de obrigação, permissão e proibição.

Sem dúvida, ao se falar sobre costume como norma internacional, se está discorrendo acerca de algo desprovido de suporte físico, e que não foi produzido nos moldes legalistas ou pactícios comuns.

No entendimento de Pagliarini (2012, p. 24), a norma internacional costumeira pode ser identificada na seguinte modelo deôntico: dado o fato de um Estado não cumprir o previsto na hipótese da norma internacional, suportará uma consequência consubstanciada em uma sanção.

Ainda, Mello (2002, p. 282) esclarece que:

Philippe Manin sustenta que a maior parte os costumes se formou, inicialmente, e modo inconsciente. Os Estados adotavam certas atitudes porque 'eram cômodas ou respondiam a uma necessidade'. Gradativamente foi se tomando consciência de que a repetição da prática era 'boa para a ordem social.

Hans Kelsen chamava o costume de direito internacional geral e o tratado de direito internacional particular. De tal ensinamento, pode-se inferir: a norma costumeira internacional obriga todos os Estados que, ao longo do tempo, procedem repetidamente na prática do evento X, acreditando se tratar tal repetição de prática geralmente aceita como lícita. É o que se desprende do ensinamento de Rezek (2013, p. 113):

(...) a norma jurídica costumeira, nos termos do Estatuto da Corte, resulta de 'uma prática geral aceita como sendo o direito'. Essa expressão dá notícia do elemento material do costume, qual seja a prática, ou a repetição, ao longo do tempo; de certo modo de proceder ante determinado quadro de fato-, e de seu elemento subjetivo, qual seja a convicção de que assim se procede não sem motivo, mas por ser necessário, justo, e conseqüentemente jurídico.

Já se disse que a sociedade internacional se dispõe de maneira descentralizada, enquanto os Estados soberanos postos numa linha de igualdade horizontal, e é justamente pelo fato de a sociedade internacional ser descentralizada que se deu ensejo para que o costume fosse a fonte sempre presente no direito internacional público.

Sobre o costume como fonte de DIP, ressalta Mello (2002, p. XXX):

O costume foi a principal fonte do DIP, em virtude de a sociedade internacional ser descentralizada. As sociedades não hierarquizadas, sem um Poder Legislativo, têm no costume o principal modo de manifestação das normas jurídicas. É como assinala Carl Schmitt de que a admissão do costume foi sempre feita em detrimento do legislador e daí ser ele abandonado no Estado moderno. Bernard Chantebout (Do Estado, 1977) salienta que o direito costumeiro é o direito que a oligarquia dominante impõe à sociedade. Assim sendo, no início o Estado não tem poder legislativo, porque cabe aos governantes zelar pelo respeito ao direito costumeiro sem alterá-lo, mantendo assim o poder da oligarquia. Atualmente, apesar de ainda permanecer descentralizada a sociedade internacional, ele se encontra em regressão tendo em vista a sua lentidão e incerteza. Como salienta Garcia Pelayo, o direito costumeiro pressupõe uma sociedade estática, enquanto uma sociedade móvel necessita de um direito legal.

Ainda, crível se faz afastar qualquer equivocidade quanto à hierarquia entre tratados e costume internacional. O Estatuto da Corte da Haia não tencionou ser hierarquizante ao mencionar os tratados antes dos costumes. Certamente, há grande diferença entre ambos, uma vez que os tratados possuem conteúdo operacional, já os costumes não. Todo tratado oferece alto grau de segurança no que concerne à apuração de sua existência, de seu termo inicial de vigência, das partes obrigadas, e do exato teor das normas. Já a apuração da norma costumeira é trabalho árduo, havendo que se recorre à doutrina, jurisprudência para localizar o costume aceito como norma.

Para Rezek (2011, p. 154):

Busca-se ainda a prova do costume na jurisprudência internacional e, observada a metodologia própria, até mesmo no teor dos tratados e na crônica dos respectivos trabalhos preparatórios (...). Contemporânea, a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, embora tenha inovado proposições desconcertantes – como seu conceito de jus cogens e a respectiva aplicação ao direito convencional –, retratou, na maior parte de sua extensão, normas costumeiras de variado porte: algumas universais, antigas e incontestadas; outras mais recentes, ainda em fase de afirmação quando transfiguradas em direito escrito.

Por fim, não pode o tratado internacional passar a vigor no território de um dado Estado soberano se este, expressamente, não aderir ao protocolo de sujeição de referido tratado, contudo, se determinado tratado possuir ampla aceitação, o costume então pode ser invocado como forma de obrigar o Estado não ratificante a cumprir os termos do pacto.

2.3 PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO

Agustinho (2010, p. 3) traz a lume o pensamento de Ronald Dworkin e lembra que as normas podem ser classificadas em Diretrizes e Princípios. As primeiras estabelecem objetivos a serem alcançados, geralmente referidos a algum aspecto econômico, político ou social. Trata-se, assim, de normas-objetivo. Os princípios, por sua vez, indicam pautas cuja observância corresponde a um imperativo de justiça, de honestidade ou de outra dimensão da moral.

Não diferente, os princípios gerais de Direito na ordem internacional não

podem ser tidos como uma aspiração natural do espírito humano. Eles possuem a mesma fonte de criação que os costumes e os tratados, advêm da criação dos próprios Estados, surgem da evolução do Direito que tende a aumentar a sua sistematização, desenvolvendo-se, inclusive, na pressão social – no caso do DIP, e decorrem do fato de terem sido assentados pelo desenvolvimento do próprio DIP enquanto conjunto de normas – também *principia lógicas* que regem a Comunidade Internacional.

Como exemplo disso tenha-se, em DIP, o princípio da autodeterminação dos povos, que é um dos elementos conformadores dos Estados nacionais ao longo da história; é por conta deste mesmo princípio que Israel, desde 1948, é um Estado, e é pelo mesmo princípio que os palestinos têm o Direito de se organizar em Estado. Uma grande incógnita em torno dos princípios gerais de Direito no DIP consiste em saber se eles constituem uma fonte autônoma ou se são simples elementos subsidiários.

A corrente doutrinária representada por Anzilotti (ANO) considera que o Estatuto da Corte pretende se referir aos princípios gerais de DIP como sendo uma fonte de Direito no sentido formal, sendo obrigação do juiz os formular para o caso concreto, ou seja, os princípios representariam uma fonte de DIP somente para a Corte Internacional de Justiça.

Importante aqui frisar o posicionamento de Kelsen (1986) ao negar que os princípios gerais de Direito sejam fonte, tendo em vista as diferenças ideológicas entre o bloco capitalista e o comunista, isto é, seria difícil a existência de princípios comuns a todos os povos, essa ideia remete a existência de um Direito natural, e lembrando ser Kelsen (1986) positivista, seu posicionamento é compreensível, tendo em vista que no século XIX houve uma preponderância positivista que atendia a ânsia de poder dos Estados.

Outra corrente, representada por Charles Rousseau (1953), alega que os princípios constituem uma verdadeira fonte autônoma do DIP, talvez a mais acertada tendo em vista que se assim não fosse sua vigência não estaria consagrada em diversos tratados internacionais, inclusive de forma expressa no artigo 38 do Estatuto da CIJ, existindo ainda, regra hermenêutica normatizando que todas as palavras de um texto legal devem ter efeito útil.

Os princípios gerais de Direito internacional podem ainda ser definidos como a

categoria dos princípios constitucionais da sociedade internacional, derivados das declarações de princípios contidas nos tratados internacionais e nos acordos políticos ou comunicados; assim, se podem os princípios de DIP derivar de tratados internacionais, então também podem advir do que Kelsen (1986) chamava de *Droit Coutumier International*; aliás, quando lecionava em Genebra e foi perguntado sobre a sua famosa norma hipotética fundamental, Kelsen (1986) explicou com uma expressão simples: é o Direito Costumeiro Internacional.

Assim, representam consensos políticos incorporados ao Direito, necessários à realização da convivência dos diversos Estados no âmbito internacional. Fora isso, não se deve deixar de lado uma realidade: normas jurídicas ou se revestem da forma de regra ou da forma principio lógica. Tanto as normas-regras quanto as normas-princípios são Direito! Ou seja: são normas jurídicas de Direito positivo.

Rezek (2011, p. 128-129) elenca alguns dos grandes princípios gerais do Direito das Gentes:

Os grandes princípios gerais do próprio Direito das Gentes na era atual: o da não-agressão, o da solução pacífica dos litígios entre Estados, o da autodeterminação dos povos, o da coexistência pacífica, o do desarmamento, o da proibição da propaganda de guerra; sem prejuízo de outros, menos conjunturais, e sempre lembrados em doutrina ocidental, como o da continuidade do Estado. No domínio comum ao Direito internacional e as ordens jurídicas domésticas, é virtualmente unânime o abono à validade de princípios ora de Direito material, ora de procedimento, todos com grande lastro histórico: *pacta sunt servanda*, *lex posterior derogat priori*, *nemo plus juris transfere potest quam ipse habet*.

Os princípios gerais de Direito são inúmeros, porém podem ser ressaltados os seguintes, de maior importância, *pacta sunt servanda* (que veda o abuso de Direitos), respeito ao Direito adquirido, o princípio da boa-fé e o respeito à coisa julgada. Ainda, houve a adoção pela jurisprudência internacionalista dos seguintes princípios gerais de Direito do âmbito interno, segundo Mello (2002, p. 308):

- a) proibição do abuso e Direito;
- b) responsabilidade internacional nascida de atos ilícitos e restituição do que foi adquirido por ato ilícito;
- c) exceção de prescrição liberatória;
- d) obrigação de reparar não apenas os danos emergentes, mas também, os lucros cessantes.

São princípios oriundos, sobretudo, do Direito Civil e Processual Civil.

Assim, em verdade, a finalidade da inclusão dos princípios gerais de Direito no artigo 38 do Estatuto da Corte é a de preencher as lacunas do DIP e evitar um *non liquet*³ por parte da Corte nos casos em que não existir um tratado ou costume internacional a respeito do fato analisado.

A ideia de que os princípios gerais de Direito possam evitar um *non liquet*, surge da intenção de que estes podem servir como alternativas em casos de lacuna legal, isto é, na ausência de tratado e costume, a Corte deverá proferir decisão, não podendo alegar lacuna do DIP sob a pena de denegação da justiça, contudo, o juiz é limitado pelo fato de não ser legislador, o que se agrava no DIP, pela ausência de órgão competente para exercer função legislativa. Assim, é possível verificar a real importância dos princípios no DIP, cuja utilização tem sido a prática comum dos Tribunais Internacionais, que completam as lacunas sem mencioná-las.

2.4 AS DECISÕES JUDICIÁRIAS E DOUTRINAS DOS JURISTAS MAIS QUALIFICADOS DAS DIFERENTES NAÇÕES

Inicialmente, a crítica mais comum às decisões judiciais como fonte de DIP, é o fato de qualquer decisão que emane de um órgão internacional, ser baseada em costumes, tratados internacionais, podendo-se dizer que as decisões internacionais não possuem a mesma autonomia que as outras fontes de DIP.

Pagliarini (2012, p, 97) ao tratar das decisões judiciais analisa a forma como estas são dotadas de autonomia na veiculação de normas no sistema jurídico internacional:

As decisões judiciais constituem-se, sim, em normas jurídicas, mas, repita-se, em normas jurídicas individuais e concretas prolatadas pelas autoridades competentes cuja atuação está prevista no sistema do Direito positivo. Mas, considerando a descentralização inerente ao Direito das Gentes e levando em conta que as decisões judiciais não possuem força vinculante num âmbito internacional-geral que, por natureza, já é descentralizado, não se pode, de maneira alguma, considerá-las como fontes gerais e abstratas de todo o Direito internacional público. Efetivamente, nossa doutrina coincide com o art. 38 do Estatuto da CIJ, pois elencamos como fontes de Direito internacional os tratados, os costumes e os princípios gerais, sob o ponto de vista de que, sendo eles os veículos

³ **Non liquet** (do latim *non liquere*: "não está claro") é uma expressão advinda do Direito Romano que se aplicava nos casos em que o juiz não encontrava nítida resposta jurídica para fazer o julgamento e, por isso, deixava de julgar.

introdutores de normas (comumente gerais e abstratas), serão fontes para que se desencadeie, na seara internacional, o sistema de produção normativa que propiciará à decisão judiciária a veiculação de norma individual e concreta, não daquela caracterizada pela abstração e pela generalidade.

Este posicionamento, também é adotado por Rezek (2011, p. 136-137) para diferenciar a decisão judiciária das outras fontes de Direito gerais e abstratas:

Contudo, norma jurídica em sentido estrito é aquela onde repontam as características da abstração e da generalidade. Exprimem-na, em Direito internacional público, os tratados, os costumes, os princípios gerais, certos atos unilaterais e decisões de organizações internacionais, e nada além dessas categorias. O juiz não tem qualidade - nem pretende tê-la - para elaborar normas, senão para aplicá-las ao caso concreto que se lhe submete. Tampouco têm vocação, legislativa os autores do acervo doutrinário, antes voltados ao encargo de fazer entender o Direito existente, e acaso projetar e propor, ao legislador futuro, um Direito melhor. Essas realidades elementares tanto são válidas no âmbito da ordem jurídica internacional quanto no das ordens internas.

Nesta ideia de distinção, Mello (2002, p. 200) esclarece que a dificuldade é de ser realizada a distinção entre fonte e ato jurídico. Para o autor a noção de fonte não exige o elemento vontade, como é o caso do costume, a fonte dá origem a uma norma que em princípio pode reger um número indeterminado de situações. Assim, nem todo ato jurídico é uma fonte de DIP.

Tal entendimento pode levar a interpretação de que a decisão judicial não é fonte de DIP geral e abstrata, mas sim reprodução destas. Contudo deve-se ter em mente que em inúmeros casos, pela ausência de positivação do DIP, as decisões judiciárias são o meio em que são reconhecidos costumes e princípios de DIP; estes que, por sua abstração e generalidade, possuem força de fonte primária.

Assim, podem-se interpretar as decisões judiciais como fonte de DIP, ao passo que, por diversas vezes, elas são as responsáveis por introduzir no ordenamento internacional costumes já consagrados materialmente e princípios reconhecidos pelos atores internacionais.

2.5 EQUIDADE

A corrente linguagem da teoria geral do Direito convencionou definir equidade em três sentidos, sendo esta a doutrina de Soares (202, p. 103-104):

- a) como uma virtude própria dos sistemas normativos, inclusive o jurídico, que confere ao legislador ou aplicador da norma o dever de considerá-la, sempre tendo em vista sua finalidade de realização da justiça no caso concreto, conforme dito por Ulpiano: *suum cuique tribuere*;
- b) como uma faculdade concedida aos juízes e árbitros, os quais aplicam a norma jurídica e que devem resolver as controvérsias, de decidirem com base em elementos que não sejam os presentes no Direito positivo;
- c) como um subsistema da família dos Direitos do *common law* que era utilizado pelo Chanceler do Rei para fazer justiça nos casos em que as pessoas recorressem ao Rei como última alternativa de conseguir justiça.

O Chanceler do Rei passou a fazer uso dessa jurisdição, denominada *equity*, a qual, diferentemente das Cortes do *common law*, era um processo inquisitório, escrito, desenvolvido com a casuística e sem a presença do Júri, este que é, por excelência, uma instituição típica do sistema de *common law* (DAVID, 2001, p. 12).

É nas obras de Aristóteles (Ética a Nicômaco e na Retórica) que encontramos as principais contribuições ao sentido da palavra equidade, como sendo a tarefa de fazer preponderar o justo absoluto nos casos em que o justo legal se demonstrar iníquo e incapaz de permitir a realização da justiça política. A equidade traz ao caso concreto a possibilidade de corrigir eventuais equívocos cometidos pelo legislador, ou preencher lacunas que sua atividade legislativa não conseguiu prever.

No mesmo sentido, no final do século XX, Perelman (1991, p. 61) definiu equidade com sendo “*una tendenza a non trattare in modo troppo disuguale degli esseri facenti parte di una stessa categoria essenziale*”⁴.

Ora, ao colocar a equidade como fonte subsidiária e condicioná-la com um “*si las partes así lo convinieren*”, o Estatuto está atribuindo à CIJ uma autoridade coercitiva que os Estados signatários não lhe deram, ou está adotando como praxe a possibilidade de um Estado com maior poder militar, político e econômico sobrepujar-se a um Estado com menores condições, uma vez que, ordinariamente, segundo as próprias palavras escritas no Art. 38 do Estatuto da CIJ, as decisões não precisam ser equânimes e justas.

Porém, pressupondo-se que as decisões primam, por via de regra, em fazer

⁴ Uma tendência a não tratar seres pertencentes à mesma categoria essencial de forma desigual.

justiça entre as partes – ao invés de legitimar judicialmente a conduta de um Estado com maior poder frente outro com menor –, elas estarão, logo, decidindo “com certa equidade”, mesmo que não façam referência direta a ela. Isto se deve ao fato de a equidade ser havida não como fonte formal do Direito internacional, mas sim como uma característica do próprio ordenamento jurídico.

Contudo, o juiz internacional somente pode decidir com base na equidade quando as partes litigantes expressamente concordarem com tal mecanismo decisório, caso contrário, a sentença padecerá de nulidade por excesso de poderes. Tal possibilidade está codificada no Art. 38, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ): “A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão ‘*ex aequo et bono*’ se as partes com isto concordarem”.

Nas palavras de Mello (2002, p. 319):

A moderna doutrina tem mostrado acertadamente que os tratados se referem cada vez mais à equidade. Assim ela está na carta da ONU, ou na convenção da Baía de Montego, que fala em “solução equitativa” na delimitação da plataforma. Os princípios equitativos que estão mencionados nas normas internacionais não transformam a equidade em fonte. O Direito positivo e a equidade “se completam mutuamente”. É um meio de interpretação.

Mais perceptível ainda, é a função que a equidade exerce para o bem ou para o mal, podendo ela ser utilizada para atender interesses particulares ou ainda para que o julgador possa equilibrar a relação entre os litigantes.

Assim, nas palavras de Pagliarini (2012, p. 98) a equidade somente ganha espaço em duas hipóteses:

- a) nos casos de lacunas do Direito positivado;
- b) quando a norma traz ao caso concreto uma solução que fere o senso mínimo de justiça.

Neste sentido, o uso da equidade consiste nas palavras de Rezek (2011, p. 140) “método de raciocínio jurídico” esclarecendo que, se aplica uma norma pré-existente de um caso semelhante, em decorrência da falta de regramento que se ajuste aos exatos contornos do caso em análise.

Por fim, Rousseau (1953, p. 71-73)⁵ coloca a equidade como fonte anterior ao Direito positivo, isto é, uma aplicação de Direito natural à justiça legal, e ressalta que mesmo no *common law* ela foi – e continua sendo – utilizada como forma de temperar a aplicação deste Direito. O mesmo autor ainda lembra que a equidade pode ser utilizada na solução do caso concreto de três formas:

Como meio de atenuar a aplicação do Direito (*infra legem*): a primeira função desenvolvida pela equidade é a de corrigir a aplicação do Direito positivo ao caso concreto e evitar que a aplicação deste seja demais rigorosa, ou seja, atenuar as consequências excessivas do *summum jus*. Tecnicamente, esta função se realiza, em geral, com a inserção da cláusula *ex aequo et bono*, ou com alguma referência direta ao julgamento por equidade, nos compromissos de arbitragem e nas convenções.

- a) Como meio de completar a aplicação do Direito (*praeter legem*): a equidade não exerce somente a função moderadora; exerce também uma função supletiva. Em certa medida, ela aparece como meio de completar as lacunas do Direito positivo, sendo, por isso, denominada pela doutrina majoritária como fonte subsidiária de Direito internacional. Aplica-se em casos de insuficiência do Direito positivo, ou quando este se encontra silente sobre determinada matéria, ou nos casos de solução de conflitos políticos por vias arbitrais.
- b) Como meio de impedir a aplicação do Direito positivo: trata-se da direta aplicação da equidade e de princípios de justiça ao caso concreto, ou seja, é a solução contra *legem*. Esta é uma das questões mais controvertidas na doutrina, existindo uma forte tendência a rejeitá-la, sobretudo em virtude do fato de inexistir texto normativo de Direito internacional prevendo,

⁵ “D’une manière générale, on désigne sous le nom d’équité l’application des principes de la justice à une specie donnée, soit que l’on oppose la justice abstraite au droit strict, soit que l’on oppose la justice naturelle à la justice légale. Une place considérable a été ou est encore réservée à cette notion par le droit romain (avec l’apparition du droit prétorien, destiné à combattre les excès du formalisme juridique) et par le droit anglais (avec le développement de la juridiction du chancelier, destiné à tempérer l’application du common law)”. De um modo geral, o termo justiça se refere à aplicação dos princípios de justiça a uma dada espécie, isto é, que a justiça abstrata se opõe à lei estrita, ou que a justiça natural se opõe à justiça legal. Um lugar considerável foi ou ainda é reservado para esta noção pelo Direito romano (com a aparição da lei pretoriana, destinada a combater os excessos do formalismo legal) e pelo direito inglês (com o desenvolvimento da jurisdição do Chanceler, pretendido para moderar a aplicação do common law).

expressamente, esta possibilidade. De fato, mesmo tendo a intenção de solucionar um conflito, sua aceitação depende de que as partes envolvidas permitam que o julgador internacional elabore sua decisão não se baseando no Direito positivo, mas sim em um juízo *ex aequo et bono* contra *legem*.

Em breve conclusão deste primeiro capítulo, pode-se entender que os tratados, o costume e os princípios gerais de DIP, ora entrelaçando-se ora agindo com independência, revestem-se da generalidade e da abstração que servirá como fonte normativa para que o juiz da CIJ solucione o conflito entre os seus jurisdicionados. Os princípios são orientadores tanto dos tratados como dos costumes.

A diferença entre estes dois últimos não é a positivação, ambos são positivos, mas a forma de positivação numa perspectiva assim: o costume não é previamente escrito e é percebido como fonte, pelos tribunais através da somatória de dois fatores: i) conduta reiterada dos sujeitos de DIP no cenário internacional; ii) crença na licitude de tal conduta. Por isso, Pagliarini (2012, p. 87) apelida o costume internacional de “foco ejetor de norma não assentado em suporte físico”, e é a grande diferença entre costume e tratados porque este último é “foco ejetor de norma assentado em suporte físico”.

As decisões judiciais, por sua vez, só são fontes (normas jurídicas) de DIP enquanto individuais e concretas na resolução de um conflito existente de fato.

A doutrina citada expressamente no ECIJ, não é uma norma geral e abstrata, muito menos individual e concreta, tratando-se sim, os escritos dos grandes autores de DIP de persuasão hermenêutica para que o juiz internacional tenha mais aparato para fundamentar seu posicionamento mediante situações concretas e consequentemente julgue melhor.

Por fim, por equidade se entenda senso de justiça, e este, em DIP, só se aplica com expressa autorização dos litigantes, entendimento este que não anula o senso de justiça pré-existente na cabeça do juiz, o qual pode ser usado em um sentido estilístico e desde que não fuja o magistrado internacional das normas gerais e abstratas de DIP que são os tratados, os costumes e os princípios.

3 O SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

A soberania nacional, como já analisada, é a garantidora da independência estatal e mantenedora do poder. Também já fora aqui perpassado no capítulo primeiro, que a soberania estatal é, em parte, a responsável pela ausência de efetividade do DIP quando se trata de garantir a não violação dos Direitos Humanos.

Os Direitos Humanos na esfera internacional são espécies de normas peremptórias (cogentes), ou seja, *ius cogens*, reconhecidamente, por todos os personagens internacionais, como aquelas que não podem ser violadas ou superas pelas disposições *ius dispositivum*, a não ser por outra norma peremptória.

Para Abranches (1964, p.149), em sua obra pioneira, o Direito Internacional dos Direitos Humanos abrange:

O conjunto de normas substantivas e adjetivas do Direito Internacional, que tem por finalidade assegurar ao indivíduo, de qualquer nacionalidade, inclusive apátrida, e independente da jurisdição em que se encontrem os meios de defesa contra os abusos e desvios de poder praticados por qualquer Estado e a correspondente reparação quando não for possível prevenir a lesão.

Na via contrária, Schwarzenberge (1967, p. 117-140), considerado o mais importante *opositor do ius cogens* em Direito Internacional, considera que o aparecimento de regras jurídicas que prevaleçam sobre todo acordo contrário pressupõe a existência de um poder centralizado.

Assim o aparecimento de *ius cogens* estaria ligado a certo nível de desenvolvimento institucional ainda não alcançado pela sociedade internacional. Dois elementos institucionais seriam necessários para o aparecimento de normas de *ius cogens*:

- a) a existência de modos de criação autoritária do direito;
- b) de um poder de coerção irresistível para sancionar as violações.

Para Schwarzenberger (1967), um exame do Direito Consuetudinário, dos princípios gerais de direito e dos princípios fundamentais de Direito Internacional, revela que o Direito Internacional ao nível de uma sociedade internacional não organizada, não conhece *ius cogens* em tal estágio de desenvolvimento da

sociedade, os princípios expressos na carta da ONU seriam tentativas para criar regras consensuais de ordem pública internacional, constituindo uma "quase-ordem" internacional⁶. Contudo, a maior parte da doutrina aceita a noção de *ius cogens*. Assim, replicam-se as palavras do delegado da República Federal Alemã durante a Conferência de Viena, de 1964:

L'apparition de la notion de "ius cogens" en droit international est la conséquence directe de l'évolution sociale et historique qui a exercé une profonde influence sur le développement du droit international. Le rapprochement technique et la multiplication des liens entre les États ont créé une situation où la coexistence ordonnée devient impossible non seulement sans un certain ordre public international, mais aussi sans certaines normes concrètes auxquelles il ne soit pas permis de déroger⁷

Ainda que o posicionamento oposto ao *ius cogens* seja latente, e as palavras de Schwarzenberger (1967) sejam pertinentes do ponto de vista estrutural, pode-se perceber que a opinião do opositor não é no sentido de ser contrária a existência de normas peremptórias, mas se mostra como uma crítica ao estágio de desenvolvimento da soberania cosmopolita (ou a falta dela) na ordem internacional.

Contudo, uma significativa evolução institucional é a faculdade que reconheceu o Conselho de Segurança da ONU como o responsável por decidir sobre medidas obrigatórias, quando situações surgirem de sérias violações ao *ius cogens*⁸. Outros exemplos de mitigação do conceito de soberania são a adoção do Euro e da cidadania comum europeia.

Apesar das tentativas de ajustes doutrinários, é claro que a própria noção de *ius cogens* é incompatível com uma concepção absolutista de soberania. Isso quer dizer que, não são os Estados individuais que reconhecem e aceitam essas normas como imperativas, mas a "Comunidade Internacional" como um todo. Tal situação

⁶ Em sentido contrário ver também LEVINET, Michel. *La référence à La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme dans les instruments internationaux relatifs aux droits et libertés*. Revue ASPECTS, 2008, p. 83-99.

⁷ Tradução livre: "O surgimento do conceito de *jus cogens* no direito internacional é uma consequência direta da evolução social e histórica que influenciou profundamente o desenvolvimento do direito internacional. Aproximação técnica e multiplicação das ligações entre os Estados-Membros criaram uma situação em que a coexistência ordenada se torna impossível não somente sem certa ordem pública internacional, mas também sem normas concretas que não podem ser derogadas".

⁸ Em que pese o papel do Conselho não seja o de punir o não cumprimento do direito internacional; a menos que haja "ameaças à paz" caracterizada por violações maciças de direitos humanos ou o direito humanitário em conflito armado.

não representa uma das mais fáceis de ser concebidas, mas, partindo-se da ideia de que o Direito positivo é também composto por normas costumeiras internacionais, a concepção dos Direitos Humanos como normas reconhecidamente peremptórias é, assim, perceptível, ainda mais por aqueles com tendência universalista (Charles Leben, Kant e Sócrates).

A maior parte do número limitado de normas listadas como peremptórias do Direito Internacional Público existe no campo dos Direitos Humanos. Dadas as enormes disparidades nas concepções de Direitos Humanos e, mais amplamente, da relação entre o Estado soberano e o indivíduo em todo o mundo, isso pode ser visto como fortalecedor. Esta situação é a principal consequência do trauma pós-Segunda Guerra Mundial, ou mais exatamente da repulsa sentida universalmente vis-à-vis das abominações nazistas e comunistas.

O discurso atribuído a Goebbels após a petição dirigida por Franz Bernheim à Liga das Nações⁹ certamente não ganharia solo fértil se à época houvesse um

⁹ *'Gentlemen, each is lord in his manor. We are a sovereign State. Ali this individual said is not your business. We do what we deem appropriate with our socialists, our pacifists and our Jews and we have no control to endure neither from humanity nor from the LoN.'* In reality, this text is apocryphal; but the episode is nevertheless very symbolic and edifying (see e.g.: G. Burgess, *'The Human Rights Dilemma in Anti-Nazi Protest: The Bernheim Petition, Minorities Protection, and the 1933 Sessions of the League of Nations'*, CERC Working Papers Series, no. 2/2002, p. 56; or J. H. Burgers, *'The Road to San Francisco: The Revival of the Human Rights Idea in the Twentieth Century'*, 14 *Human Rights Quarterly*, 1992, pp. 455-459. The real text of the Goebbels' speech, which was read to journalists (and not before the Assembly of the LoN) was published in German in: Goebbels, *Signale der neuen Zeit (Messages from the new era)*, Zentralverlag der NSDAP, 1934 (J. H. Burgers, *ibid.*, p. 457, note 2). For a pious legendary version, see: M. Agi, *De L'idée d'universalité comme fondatrice du concept des droits de l'homme d'après la vie et l'oeuvre de René Cassin*, Alp'azur, 1980, p. 354; or M. Bettati, *Le droit d'ingérence - Mutation de l'ordre international*, Odile Jacob, 1996, p. 18; See also R Cassin, *'Les droits de l'homme'*, 140 *Recueil des cours*, 1974, p. 34

'Senhores, cada um é senhor em sua mansão. Nós somos um Estado soberano. Ali este indivíduo disse que não é da sua conta o que julgamos apropriado com nossos socialistas, nossos pacifistas e nossos judeus e nós não temos controle para suportar nem da humanidade nem do LoN. ' em verdade realidade, este texto é apócrifo; mas o episódio é, no entanto, muito simbólico e edificante (ver, por exemplo, G. Burgess, "O dilema dos direitos humanos no protesto anti-nazista: o Bernheim Petition, Minorities Protection, e as 1933 sessões da Liga das Nações, CERC Série de documentos de trabalho, não. 2/2002, p. 56; ou J. H. Burgers, 'O Caminho para São Francisco: O Reavivamento da Idéia dos Direitos Humanos no Século XX, 14 Quartel dos Direitos Humanos, 1992, pp. 455-459. O texto real do discurso de Goebbels, lido para jornalistas (e não antes do Assembly of the LoN) foi publicado em alemão em}. Goebbels, *Signale der neuen Zeit (Mensagens da nova era)*, Zentralverlag der NSDAP, 1934 (J. H. Burgers, *ibid.*, p. 457, nota 2). Para uma versão lendária piedosa, veja: M. Agi, *De L'idée d'universalité comme fondat du concept des droits de l'homme d'après la vie et l'oeuvre de René Cassin*, Alp'azur, 1980, p. 354; ou M. Bettati, *o Le droit d'ingérence - Mutação da Ordem Internacional*, Odile Jacob, 1996, p. 18; Veja também R Cassin, "Os direitos de l'homme", 140 *Recueil des cours*, 1974, p. 34.

Direito Internacional Público dos Direitos Humanos (DIPDH) como contemporaneamente o conhecemos. Por tal razão, os DH tornaram-se a preocupação comum da humanidade e, como tal, eles são protegidos por normas peremptórias do Direito Internacional Geral.

Contudo, para que o DIPDH pudesse ganhar essa proporção universalista essencial, foi necessária uma extrema transformação sociopolítica mundial.

Sociopolítica, pois foi pelas mãos de um governo autoritário e excêntrico, que se declarava legítimo, que se pôde violar a essência do homem, reduzindo-o a instrumento de utilidade das máquinas estatais nazistas e comunistas.

Fala-se em excêntrico porque não se pode atribuir o holocausto e os crimes de guerra a um suposto – que nunca houve – apoio da teoria positivista kelseniana, mesmo porque Kelsen, judeu, fugiu da Áustria quando anexada por Hitler e combateu publicamente o seu jurista Carl Schimidt. Apenas para esclarecer este ponto, são imprescindíveis os trechos a seguir citados respectivamente de “O conceito de direito” de Hart (2009, p. 44) e da “Teoria Pura do Direito” de Kelsen (2009, p. 271):

Enquanto os seres humanos puderem obter cooperação suficiente de alguns para lhes permitir dominar outros homens, usarão as formas do direito como um de seus instrumentos. Homens maus criarão normas perversas, que outros farão cumprir.

Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem o poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considera-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados.

Contudo, uma breve advertência é necessária aos que possam pensar que após a Segunda Guerra Mundial a Comunidade Internacional, de forma organizada, combateu todas as formas de violações ao DIPDH.

Em novembro de 1945, criou-se o Tribunal *ad hoc* de Nuremberg, uma Corte militar internacional responsável por julgar o alto escalão do governo nazista pelos crimes de guerra e contra a humanidade cometidos, cujos trabalhos findaram somente em outubro de 1946, sendo interessante o que o historiador Todorov (2001, p. 31) relatou em sua obra “*In Search of Lost Crime - Tribunals, apologies, reparations, and the search for justice*”.

A questão nunca foi ‘devem os líderes nazistas ser punidos ou devem ser libertados?’ A pergunta era ‘devem ser executados sem julgamento ou devem ser julgados?’ Stalin se inclinava para a primeira solução, e oferecia seus serviços para eliminar 50 ou 100 mil alemães, já que gozava de ampla experiência nisso. O secretário do Tesouro americano, Henry Morgenthau Jr., cruelmente propôs deportar vários milhões de alemães para outra parte do globo; os turcos, por exemplo, se davam bem com populações estrangeiras (como os armênios), lembrou. Churchill e Roosevelt chegaram a cogitar da possibilidade de castrar a população masculina da Alemanha. Apenas o legalismo teimoso de Henry Stimson, Secretário da Guerra dos Estados Unidos, permitiu que a decisão final acabasse sendo o tribunal de Nuremberg, onde o acusado podia contar com um advogado, era necessário que testemunhas depusessem, e um réu poderia até mesmo ser absolvido.

É evidente que a solução encontrada à época foi a possível, porém após este momento verificou-se uma série de contrassensos¹⁰. Nas palavras de um dos juízes americanos do Tribunal de Nuremberg, Taylor (1993, p. 50), num memorando de planejamento:

As duas coisas mais importantes a serem realizadas pelos julgamentos seriam: [primeiro] dar sentido à guerra contra a Alemanha; justificar as vítimas que tivemos e a destruição e fatalidade que causamos. Dar à guerra significado e validade para os povos das Nações Aliadas e (...) para pelo menos algumas das pessoas dos países do Eixo.

O outro objetivo foi o de validar a aliança de guerra: “estabelecer e manter relações harmoniosas com as outras Nações Unidas apresentando os casos e os processando com sucesso” (TAYLOR, 1993, p. 50). Contudo, não se pretende aqui adentrar nesta temática, o que se quer é demonstrar que mesmo os que “lutam pela paz” fazem isso pelas mãos da “guerra justa”.

Assim, em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, contando com 30 disposições princípio-lógicas para garantir que os direitos essenciais da pessoa humana não fossem violados, assim como carregou em suas disposições o princípio da legalidade, para evitar a instituição de tribunais ad hoc como os que foram formados no pós 2ª Guerra Mundial como os de Nuremberg e Tóquio.

¹⁰ As críticas dos julgamentos de Nuremberg e Tóquio focam em: (1) A violação do princípio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”; (2) Ser um tribunal de “exceção”, constituído apenas pelos vencedores; (3) Que a responsabilização internacional deveria ser direcionada apenas ao Estado e não ao indivíduo; (4) Que os aliados também tinham cometido crimes de guerra; (5) Que os atos praticados pelos alemães eram apenas ilícitos e não criminosos; (6) Que não houve instrução criminal (CALETTI 2002).

3.1 A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DA ONU

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948 não pode ser vista simplesmente como um acordo formal de reconhecimento dos Direitos Humanos.

Sua proclamação e recomendação para que todos os Estado ratificantes inserissem em suas legislações internas e, efetivasse o conhecimento à população do teor de suas 30 disposições representa um movimento de universalização dos Direitos Humanos. Rezek (2011) enfatiza a natureza de compromisso moral conferido à Declaração pelos Estados à época de seu surgimento e atualmente.

Em relação ao seu valor jurídico, a DUDH não é um documento que representa obrigatoriedade normativa, fonte de obrigações para os Estados, apesar de ser incontestável a sua importância histórica e política. Lauterpach (ANO), em interessante estudo, enfatizou o posicionamento dos representantes dos Estados à época da Declaração, demonstrando o consenso geral em não aprová-la com cunho de obrigatoriedade.

Todavia a obrigatoriedade da DUDH pode ser sustentada pela interpretação do artigo 38, do ECIJ como sendo Direito Costumeiro Internacional e, deste modo, inserível na categoria de *ius cogens*, isso com base científica no próprio positivismo Kelseniano que sustenta que a própria norma hipotética fundamental deste jurista austríaco depois foi explicada como o Direito Costumeiro Internacional.

De fato o costume internacional se forma pela somatória de (i) uma conduta reiterada na comunidade internacional; (ii) o sentimento coletivo de que a conduta é justa; neste sentido, a DUDH pode ser considerada por si só, e mesmo não estando revestida da forma pactícia, como Direito Costumeiro Internacional dos Direitos Humanos e como *ius cogens*¹¹.

¹¹ Algumas doutrinas modernas como a de Levinet e Oliveira Bertoldi consideram a DUDH como *soft law*, contudo este posicionamento não é aceito para o presente trabalho. É certo que no momento de sua adoção, enquanto ato declaratório, a DUDH não foi dotada de caráter vinculante entre os Estados, mas isso não significa a ausência de um valor jurídico. Dado valor é confirmado, ante as diversas referências à Declaração em outros textos internacionais com força normativa e em decisões de cortes internacionais, regionais e nacionais. O caráter cogente da Declaração e seus dispositivos minimizam o seu caráter *soft* estrutural – como sendo a forma que fora formalizada perante os Estados (HEINTZE, Hans-Joachim. Introdução

Bobbio (2016, p. 06) sempre defendeu que a Declaração Universal não era senão o reconhecimento factual da existência real de um consenso internacional sobre determinados valores e que, portanto, essa declaração era algo assim como que a elevação desse consenso à ordem pública de valores e que, portanto, essa declaração teria por função assegurar que estamos de acordo com esses determinados valores.

Entretanto, não é o entendimento de Comparato (2007), ao afirmar que:

Reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não. A doutrina jurídica contemporânea, de resto, como tem sido reiteradamente assinalada (...), distingue os direitos humanos dos direitos fundamentais, na medida em que estes últimos são justamente os direitos humanos consagrados pelo Estado mediante normas escritas. É óbvio que a mesma distinção há de ser admitida no âmbito do direito internacional.

Algumas de suas disposições constituem princípios gerais de Direito ou representam considerações básicas da humanidade. Os princípios proclamados podem ter e têm em sua maior parte, valor de direito costumeiro, mesmo de normas imperativas, conforme se demonstrou acima.

Neste capítulo não se poderia deixar de confrontar dois posicionamentos dos mais influentes jusfilosofos. O primeiro é de Zolo (1991, p. 43) em Cosmopolis, que a partir de uma análise da Guerra do Golfo de 1991, procurou demonstrar que o pacifismo institucional redundava na legitimação, formalizada e reforçada da hegemonia que, sob sua ótica realista, já opera e que perverte os próprios objetivos cosmopolitas idealistas consagrados na Carta da ONU, concluindo que “o conjunto da estrutura das instituições internacionais existentes devotadas à paz internacional conduz, em si própria, na realidade, a um fim muito diferente: a preparação diplomática e a legalização e legitimação formal da guerra”.

O segundo é de Tassara (2018) que também ocupa no ano de 2018 o cargo de Deputado Parlamentar espanhol, aponta a necessidade da manutenção dos ideais pacificadores, em suas palavras:

ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. In: PETERKE, Sven. Manual prático de direitos humanos. Brasília: ESMPU, 2010, p. 29).

Se adotarmos uma proposta relativista do multiculturalismo, estaremos absolutamente condenados a abandonar os direitos humanos, porque se nada é verdade ou mentira, se não existe nada que possa ser exigido como “humano”, isso quer dizer que cada um vai se organizar a seu bel-prazer e a mutilação feminina em países africanos será um modo de entender a vida, tão legítimo como outro qualquer, e os europeus, bem como os americanos, não teremos nenhuma razão para dizer que se trata de uma prática desumana, que deve, portanto, ser rejeitada. Se, do contrário, considerarmos que as culturas são apenas expressões culturais, históricas, de uma natureza humana comum, então, poderemos admitir estar abertos a uma diversidade enriquecedora, mas, ao mesmo tempo, estabelecer com clareza a fronteira do intolerável, e esclarecer com limpidez aquilo que mesmo um tribunal internacional estará em condições de exigir e de condenar, sejam quais forem as propostas culturais ou políticas que possam guiar essas culturas.

Levando-se em consideração as críticas realistas de Zolo (1991) do possível desvirtuamento das estruturas da ONU na busca pela paz, importante seria a reaproximação dos princípios inaugurais da Declaração de 1948. Contudo, não se ignora que a formação da estrutura internacional da ONU se deu, inicialmente – e assim até hoje continua! – para garantir a hegemonia dos vencedores da II Grande Guerra Mundial, tendo-se sobressaído os Estados Unidos da América; deve-se também lembrar que essa formação estrutural se deu com a intenção de evitar novas violações de Direitos Humanos.

Nesta perspectiva, Tassara (2018) possui razão, pois se considerarmos que a estrutura existente é ineficaz e declararmos a sua inutilidade, ainda assim a necessidade de definirmos o que são Direitos Humanos Internacionais perdurará, sendo que duas conclusões são previsíveis (i) a extinção das estruturas internacionais ou (ii) a modificação das estruturas internacionais, sendo a segunda hipótese a mais acertada do ponto de vista do desenvolvimento do maior universalismo dos Direitos Humanos Internacionais em termos de efetivação.

3.2 OS PACTOS DE DIREITOS HUMANOS DA ONU

Após o reconhecimento histórico e filosófico de um rol mínimo de direitos da pessoa humana, inseriam-se tal aceitação em diversas Constituições e Declarações de Direitos. A concretização tinha sido iniciada, mas trazia dentro de si o perigo da limitação dos direitos àqueles expressos e reconhecidos pelos Estados.

A universalidade, típica das teorias filosóficas do século XVIII, sucumbiu para

a positivação dos direitos com a promulgação das Constituições em cada país. Assim, cabia aos Estados (por meio de suas Constituições) o reconhecimento e proteção de determinados direitos. Ou seja, os Direitos Humanos eram locais e não universais, dependendo das ordens jurídicas de cada Estado. A universalização foi resgatada com a internacionalização dos direitos fundamentais.

Aqui se descreve a prática; Portugal, por exemplo, inseriu o conteúdo normativo (não expresso) da Declaração de 1948 no texto de sua Constituição de 1986, conduta esta que, sem dúvida, enaltece e dá amplitude aos Direitos Humanos da ONU sob a tutela soberana do Estado lusitano. Outros países tiveram igual atitude integralizante: Brasil (não expresso), Alemanha (não expresso), Itália (não expresso), Espanha (consta, expressamente, a Declaração de 1948), Chile (não expresso).

O que se disse no parágrafo anterior não esvazia a existencialidade própria do Direito Público, nem do Direito Internacional dos Direitos Humanos, nem da Declaração da ONU, tampouco de seus dois pactos, isso porque os Direitos Humanos em nível Internacional se revestem da imperatividade *ius cogens*.

Nos últimos parágrafos se viu, de um lado, Portugal a internalizar a Declaração da ONU; igualmente, informou-se que os Direitos Humanos Internacionais são imperativos. O impasse reside na palavra soberania, atributo conferido ao Estado e não à Comunidade Internacional.

Nisso tudo, há muito de Kelsen (1986) e do que dele não se compreende. De fato, o austríaco foi o maior denunciante do primitivismo e da descentralização do Direito Internacional Público (o que é chamado de comunidade aberta); primitivo porque baseado na represália pelo Estado afetado por possível violação; descentralizado porque o mundo não se enquadra sob uma ótica de soberania unitária (unipolar), e era justamente por isso que Kelsen (1986) criticava a palavra Soberania. Para ele, Soberania, se existisse, seria um atributo único e exclusivo da Comunidade Internacional institucionalizada.

Com as sucessivas convenções e declarações internacionais de proteção aos Direitos Humanos, positivação e universalização deles alastraram para incidência em grande número de Estados.

A internacionalização do tema Direitos Humanos é fruto do desenvolvimento do Direito Internacional Público no século XX, iniciada já na Liga das Nações com a

defesa das minorias e que foi acelerado pelo fim da Guerra Fria. De fato, com a superação da bipolaridade que marcou o planeta após a Segunda Guerra Mundial, consagrou-se a afirmação definitiva dos Direitos Humanos como tema global.

Entretanto, a preocupação internacional sobre a internacionalização dos Direitos Humanos pelos Estados é diferente quando se trata de outros temas afetos à Comunidade Internacional; por exemplo, quando se tem um acidente ambiental que afeta determinados Estados e o interesse, em geral, é da Comunidade Internacional, tal tema acaba por não gerar preocupações maiores em outros Estados não afetados pelo problema.

A internacionalização massiva de proteção dos Direitos Humanos, então, explica-se como sendo um elemento de diálogo entre os povos, diálogo revestido de legitimidade pelo conteúdo ético e positivado tanto pela Comunidade Internacional quanto pelos Estados. Para Lafer (1994, p. 26) “os direitos humanos (...), significam, ao internacionalmente deles tratar, no âmbito da jurisdição de cada Estado, em tempo de paz, que somente a garantia efetiva dos direitos humanos da população confere legitimidade aos governantes no plano mundial”.

A partir da 2ª Guerra Mundial, as normas de Direito Internacional assimilaram a proteção de Direitos do Homem como princípio geral da ordem internacional e também como norma Costumeira Internacional.

O primeiro deles é a própria Carta da ONU, que contém menções expressas quanto ao objetivo de proteção de Direitos Humanos dessa organização internacional. Deve-se citar, em seguida, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de dezembro de 1948, aprovada sob a forma de resolução da Assembleia Geral da ONU. A Carta de São Francisco e a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 reforçam o entendimento da consolidação e legitimação da preocupação internacional com a proteção de Direitos Humanos, sendo essa garantia reforçada em inúmeros tratados.

A partir dessa declaração, foram adotados dois pactos internacionais pela Assembleia Geral da ONU e postos à disposição dos Estados para ratificação. Foram o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O Pacto Internacional sobre Direito Civil e Político foi completado por dois protocolos facultativos. O primeiro instituiu o direito de petição individual e o segundo vedou a pena de morte. Esse conjunto de textos

oriundos do trabalho da ONU é considerado a Carta Internacional dos Direitos do Homem, tendo em vista a origem comum, o caráter dito universal e abrangência das espécies de direitos mencionadas nos textos.

Paralelamente aos textos de alcance universal e abordagem geral, surgiram outros de proteção aos Direitos Humanos de alcance regional e abrangência setorial.

Cabe citar, no tocante a abordagem setorial, as convenções nascidas de textos aprovados pela Assembleia Geral da ONU, como a Convenção dos Direitos da Criança, a Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Proteção de todas as Pessoas contra a Tortura e outras Penas e Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes, ou ainda a Convenção sobre a Prevenção de Repressão do Crime de Genocídio e a Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Por outro lado, acrescentou-se a esse texto um conjunto de tratados de alcance regional. A proteção seria ampla em termos de rol de direitos protegidos, mas restrita no tocante ao alcance geográfico.

Assim, foram proclamadas cartas de Direitos Humanos em diversas regiões do globo. A primeira foi a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, (Bogotá, 1948), meses antes da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A partir desta data, elaboraram-se diversos tratados regionais de Direitos Humanos, tais quais a Convenção Europeia de Direitos Humanos (Convenção de Roma, 1950), a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, 1969), a Carta Africana de Direitos do Homem e dos povos (1986). Ainda no contexto regional, foram elaborados alguns textos de proteção setorial de Direitos Humanos, entre os quais devem ser citadas as diversas convenções da OEA relativas aos direitos sociais, combate a tortura, direito de asilo, entre outras.

Assim sendo, a estratégia internacional perseguida foi de diversidade. Cada texto novo de proteção internacional aos Direitos Humanos aumentava a garantia do indivíduo e da coletividade.

3.2.1 Pactos sobre Direitos Civis e Políticos

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) pode ser

relacionado com os direitos de liberdade negativa (direitos de primeira geração ligados a um dos pilares da Revolução Francesa) ou igualdade formal perante a lei.

Liberdades negativas significam: negar ao Estado a interferência no direito individual de cada cidadão, tais como: liberdade de locomoção, liberdade de expressão, inviolabilidade da correspondência, do domicílio, entre outros. Já a expressão igualdade formal perante a lei, significa dizer que, o que se busca é que a lei, naquele momento histórico (Revolução Francesa), reconhecesse que todos eram iguais perante ela, ainda que de maneira formal.

O PIDCP foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral da ONU, em 16 de dezembro de 1966, junto ao Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. Entrou em vigor no sistema de proteção global dos Direitos Humanos, somente em 1976, sendo necessária a ratificação de 35 Estados para tanto, conforme ficou estabelecido no artigo 49, §1º, do diploma.

No Brasil, contudo, o Congresso Nacional aprovou o PIDCP por meio do Decreto Legislativo nº 226, somente em 12 de dezembro de 1991, com adesão depositada junto à ONU em 24 de janeiro de 1992, entrando em vigor em 24 de abril e sido incorporado ao ordenamento jurídico interno em 06 de julho do mesmo ano.

A finalidade do PIDCP é regulamentar e tornar vinculante os direitos já contidos na DUDH de 1948. O Pacto, ainda detalha e cria mecanismos de monitoramento internacional de sua implementação pelos Estados-partes, para proteção dos direitos civis e políticos.

A estrutura do PIDCP está dividida em seis partes, distribuídas em cinquenta e três artigos, sendo que, a Parte I: Enuncia o direito de todos os povos de dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais; regula a autodeterminação, bem como o dever de todos os demais Estados de respeitarem esse direito.

A Parte II: Estabelece o dever do Estado de respeito, e a garantia de todos os direitos - nele previstos – em favor de todo indivíduo que esteja em seu território, sem qualquer tipo de discriminação; sendo que, mesmo o imigrante irregular, é portador dos direitos previstos no Pacto, desde que esteja em território nacional. Percebe-se aqui, a proteção integral e a nível avançado do ser humano, no sentido de que não há barreiras para tal proteção. Nessa parte, ainda, ganha especial

importância o sentido dado à redação da alínea 2, do artigo 4º, que estabelece que a disposição precedente não autoriza qualquer suspensão dos artigos 6º (direito à vida), 7º (vedação à tortura), 8º (§§ 1º e 2º) (vedação à escravidão e servidão), 11 (ilícita a prisão por descumprimento contratual), 15 (princípio da legalidade em matéria penal e benefício de lei nova ao réu), 16 (reconhecimento de personalidade jurídica internacional ao indivíduo) e 18 (liberdade de pensamento, consciência e religião), constituindo assim, o núcleo essencial do sistema de defesa da pessoa. O artigo 4º autoriza a suspensão dos dispositivos acima, se e somente se houver ameaça à existência da nação.

A Parte III enuncia e especifica o rol dos direitos protegidos – direitos em espécie - dentre os quais se destacam: i) Princípio da igualdade, essencial a todos os seres humanos; ii) Vedação ao retrocesso, não se admite regressões com relação aos direitos fundamentais; iii) Vedação à tortura, penas cruéis, tratamentos desumanos ou degradantes; iv) Vedação à escravidão; v) Princípio do livre acesso ao Poder Judiciário; vi) Direito de reunião.

A Parte IV possui cunho estrutural, em que se determinou a formação do Comitê de Direitos Humanos, com a função de fiscalizador as regras do PIDCP, sendo a primeira vez que é instituído, no âmbito global, uma forma de controle e fiscalização de violações aos Direitos Humanos. O comitê é formado por 18 peritos eleitos pelos Estados-partes, possui, ainda, outras atribuições fundamentais, tais como: i) natureza conciliatória, que se resume na construção de uma Comissão ad hoc com o consentimento dos Estados para buscar a solução de controvérsia; ii) natureza investigatória, que substancia-se na permissão para que o Comitê de Direitos Humanos possa receber petições (queixas) individuais.

A competência do Comitê para receber e processar denúncias sobre violações aos Direitos Humanos foi anexado ao Pacto por meio do Protocolo Facultativo, votado em 16 de dezembro de 1966, com entrada em vigor em março de 1976. Porém, apesar do avanço institucional e normativo, o Protocolo Facultativo, ao ser votado pela Assembleia Geral, teve dois votos contrários, trinta e oito abstenções, e cento e quatorze ratificações. Tal comportamento dos Estados evidenciou, em verdade, o posicionamento destes em relação à recepção dos Direitos Humanos nas palavras de Comparato (2010, p. 294) as abstenções eram:

(...) provenientes não só de países comunistas e da maioria dos países asiáticos, africanos e árabes, como também do conjunto dos países da Europa Ocidental. Os primeiros viam com suspeição a possibilidade de o Comitê de Direitos Humanos interferir em assuntos considerados da competência interna de cada Estado. Os segundos entenderam que já se achavam vinculados a ação fiscalizadora e julgadora mais forte dos órgãos criados pela Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Um segundo Protocolo Adicional foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 15 de dezembro de 1989, tendente à abolição da pena de morte.

Ainda, na visão do mesmo autor, o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos foi omissivo quanto ao direito de qualquer ser humano ter uma nacionalidade, se assim desejar, e o direito de asilo ou refúgio. Para ele, essas omissões são inaceitáveis, uma vez que a Declaração de 1948 consagra os dois últimos direitos em seus artigos XIV e XV:

Artigo XIV

1. Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.
2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XV

1. Todo homem tem direito a uma nacionalidade.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

A Parte V do PIDCP enuncia que nenhuma de suas disposições pode ser interpretada em detrimento das: i) disposições da Carta das Nações Unidas e todos os tratados constitutivos das agências especializadas; ii) direitos inerentes a todos os povos de desfrutar e utilizar plena e livremente suas riquezas e seus recursos naturais. Essa parte visa impedir que os Direitos Humanos sejam invocados para prejudicar outros valores caros às sociedades humanas ou prejudicar o direito à autodeterminação e desenvolvimento dos povos.

A Parte VI cuida das formalidades como assinatura, ratificação e adesão. Data de entrada em vigor, aplicação das disposições do Pacto a todas as unidades constitutivas dos Estados federativos. Forma de proposição, aprovação e entrada

em vigor de emendas e as notificações relativas a todas essas situações.

A importância dos direitos civis e políticos podem ser vistas com mais clareza quando se analisa momentos específicos da evolução social. Especificamente no caso do sufrágio universal, esta liberdade individual somente ganhou força no campo feminino no início do Século XX.

O primeiro país a reconhecer o direito da mulher ao voto foi a Nova Zelândia (1893), seguido da Austrália (1902), Finlândia (1906), Noruega (1913). No Brasil o direito ao voto feminino veio somente em 1932, pelas mãos do então Presidente Getúlio Vargas. Após a Segunda Guerra Mundial as mulheres conseguiram o direito ao voto em países ocidentais como Itália e França, sendo a Suíça o último a permitir o voto feminino (1971), mas não em todos os cantões de seu território.

A igualdade formal, herança da Revolução Francesa, foi sendo conquistada não de forma fácil. Foram inúmeras lutas para se chegar ao atual estágio de desenvolvimento destes direitos, por esta razão Luc Ferry e Alain Renaut (1985, p. 169), afirmam ser este o ponto crucial da vida social de um cidadão:

(...) Os verdadeiros direitos do homem são os direitos do cidadão como direitos políticos de participação no poder, essencialmente pelo sufrágio universal – direitos de participação que, por um lado, supõem os direitos-liberdade e, por outro lado, garantem, pelo seu próprio exercício, a tomada em conta das exigências da solidariedade ou da fraternidade.

A institucionalização dos Direitos do Homem em âmbito universal provenientes da Declaração de 1948 ganhou corpo normativo com o PIDCP e com a criação de mecanismos de sanção às violações de Direitos Humanos, o que evidenciou uma importante evolução nos direitos do indivíduo.

Necessária a advertência realizada por Kedzia, em 2013, quando da entrada em vigor do primeiro Protocolo Facultativo, em que chamou outros Estados, entre os 160 que fazem parte do Pacto, a ratificá-lo logo que possível, aduzindo que estamos no início da jornada e que a velocidade do processo de evolução dependerá das partes interessadas.

Isso porque, apenas os indivíduos de países que ratificaram o Protocolo podem apresentar denúncias ao Comitê. Lembrando que o Brasil, em que pese, tenha ratificado o Protocolo Facultativo, o fez com ressalva ao artigo 2º, fazendo constar no Decreto Legislativo nº 311 de 2009 o seguinte:

O Congresso Nacional decreta: Art. 1º Fica aprovado o texto do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado em Nova Iorque, em 16 de dezembro de 1966, e do Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com vistas à Abolição da Pena de Morte, adotado e proclamado pela Resolução nº 44/128, de 15 de dezembro de 1989, com a reserva expressa no art. 2º.

Em âmbito interno, o que se conclui é que, em que pese todos os governos democráticos advindos pós 2ª Guerra Mundial e pós-regime militar, não se buscou, até o momento, dar personalidade de DIP ao indivíduo – como previa o protocolo – o que de certa forma restringe o alcance dos mecanismos de proteção e fiscalização previstos no Pacto.

3.2.2 Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais

O Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (PIDESC) foi adotado e aberto para assinatura, ratificação e adesão pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, em conjunto com o PIDCP. O Pacto é um marco na tutela de direitos econômicos, sociais e culturais, consagrando o direito de autodeterminação dos povos, ou seja, garante aos Estados a liberdade para determinar seu Estatuto Político.

O PIDESC possui 5 partes, nas quais são consagrados: i) o direito de autodeterminação dos povos; ii) compromissos assumidos pelo Estado, especialmente com a finalidade de dar efetividade aos direitos econômicos, sociais e culturais; iii) elenca, de forma detalhada, os direitos econômicos, sociais e culturais e enuncia, de forma geral, as medidas adequadas para garanti-los e torná-los efetivos; iv) estabelece a obrigatoriedade de os Estados-partes apresentarem relatórios sobre as medidas adotadas e sobre os progressos realizados com o objetivo de assegurar a observância dos direitos econômicos, sociais e culturais (mecanismos de controle); v) estabelece a forma de assinatura, ratificação e adesão ao Pacto, a entrada em vigor, o procedimento para emenda do Pacto, bem como a sua aplicação a todas as unidades constitutivas dos Estados Federativos (formalidades para produção e reforma do tratado).

Os direitos econômicos, sociais e culturais são de realização progressiva, o que não exclui a obrigatoriedade de sua implantação pelo Estado e a sua

exigibilidade pela via judicial. Realização progressiva pois sempre será buscada a melhora contínua desses direitos. Esses três grupos de direitos devem sempre estar unidos e em conjunto rumo ao progresso, não podendo haver preponderância de um sobre o outro.

O PIDESC prevê prioritariamente a proteção dos seguintes direitos: i) direito ao trabalho; ii) direito ao gozo de condições de trabalho equitativas e satisfatórias; iii) direito de toda pessoa à previdência social; iv) direito de toda pessoa fundar sindicatos e filiar-se àqueles de sua escolha, v) direito de greve; vi) direito à proteção e assistência familiar, especialmente a mães e crianças; vii) direito a um nível adequado de vida (incluindo alimentação, vestimenta, moradia); viii) direito à saúde física e mental; ix) direito à educação; x) direito de participar da vida cultural, desfrutar o processo científico e suas aplicações, bem como beneficiar-se da proteção de interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.

Os mecanismos de monitoramento consubstanciam-se em relatórios periódicos ao Conselho Econômico e Social: i) comunicação individual ou no interesse de indivíduos ou grupos de indivíduos; ii) procedimento interestatal; iii) procedimento de investigação; iv) medidas provisórias (cautelares).

Como define Comparato (2010, p. 294):

(...) os direitos econômicos, sociais e culturais obedecem, primordialmente, ao princípio da solidariedade (ou fraternidade no, tríptico da Revolução Francesa), a qual impõem, segundo os ditames da justiça distributiva ou proporcional, a repartição das vantagens ou encargos sociais em função das carências de cada grupo ou extrato da sociedade.

O PIDESC foi criado sem órgão de fiscalização e controle da aplicação de suas normas, tal como ocorrera com o PIDCP com o Comitê de Direitos Humanos. Essa falha só veio a ser corrigida quase vinte anos mais tarde, com a Resolução nº 1985/17 do Conselho Econômico e Social da ONU, a qual criou, contra o voto isolado dos Estados Unidos, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Em 10 de dezembro de 2008 foi aprovado Protocolo Facultativo ao PIDESC. O Protocolo Facultativo de San Salvador pela Assembleia das Nações Unidas, implicando em verdadeiro avanço na proteção às vítimas de violações de Direitos Humanos.

O Protocolo Facultativo do PIDESC é um instrumento internacional, adicional ao Pacto, que institui mecanismos de denúncia individual aos Estados pelas violações dos direitos humanos enunciadas no Pacto. Os Estados que ratificam o Protocolo Facultativo do PIDESC reconhecem a competência do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Comitê DESC), órgão de vigilância do PIDESC, para receber e examinar comunicações de violações dos direitos econômicos, sociais e culturais.

O Protocolo permite às vítimas clamar por justiça para os casos de violações de Direitos Humanos, buscando sua reparação e responsabilizando os Estados que os violar. Com este mecanismo, fica muito claro que os direitos econômicos sociais e culturais, incluindo os direitos para uma moradia adequada, alimentação, saúde, educação e trabalho, não são uma mera questão de caridade, nem concessões de quem detenha o poder, mas sim, direitos que podem ser reivindicados sem discriminação de nenhum tipo.

A combinação do mecanismo de petição com o de investigação, e a possibilidade de medidas provisionais, contribuí para formar um conjunto de jurisprudência sobre estes direitos, ajudando, desta maneira, os Estados a assegurarem sua implementação. As amplas violações de direitos econômicos, sociais e culturais frequentemente são causas de conflitos sociais que podem levar a violações massivas de direitos civis e políticos.

Com a criação dos mecanismos adicionais, foram assegurados novos caminhos para se chamar a atenção para esses tipos de violações.

O Protocolo Facultativo do PIDESC permite que centenas de pessoas, grupos, comunidades, povos, setores desprotegidos e excluídos da sociedade de todo o mundo, cujos direitos econômicos, sociais e culturais não tenham sido respeitados por seus Estados, tenham a possibilidade de acessar o sistema universal de proteção de direitos humanos.

O Comitê DESC pode tratar casos concretos de violações destes direitos, examiná-los tais casos e recomendar reparações para que situações semelhantes não voltem a ocorrer, desenvolvendo, assim, sua plena potencialidade para a proteção efetiva dos indivíduos.

O protocolo estabelece quatro formas de apresentar denúncias perante o Comitê DESC sobre as violações aos direitos do PIDESC cometidas por um Estado

parte: i) A primeira e mais esperada é através de comunicações individuais: por pessoas ou grupos de pessoas; ii) A segunda é através da adoção de medidas provisionais; iii) A terceira é a queixa de um Estado parte contra outro, via comunicações entre eles, sempre que houver uma ratificação expressa de ambos ao art. 10.1; iv) A última forma é o procedimento de investigação (ativado com a ratificação expressa do Estado parte ao art. 11.1) para violações graves ou sistemáticas dos direitos, quando o Comitê DESC recebe informação confiável sobre este tipo de violações.

Após uma longa luta pela exigibilidade e justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, com o Protocolo se abre o acesso à justiça internacional. Com a participação das vítimas, avança-se na defesa destes direitos, os quais também são chamados direitos à justiça e à igualdade, que têm como finalidade principal garantir o bem-estar econômico, uma justiça social real e progressiva, e o acesso de todos à cultura do conjunto social, buscando a distribuição dos benefícios do progresso e do desenvolvimento e nivelando desigualdades.

A Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais são os instrumentos internacionais mais importantes do sistema universal de proteção de direitos humanos, constituindo a Carta Internacional de Direitos Humanos, fonte de todos os demais tratados internacionais em matéria de direitos humanos.

Os dois Pactos foram criados simultaneamente em 1966, mas enquanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos- PIDCP - contou desde essa mesma data com um Protocolo que estabelecia o mecanismo de denúncia individual perante o Comitê de Direitos Humanos, foi necessário que se passassem mais de três décadas para que o PIDESC tivesse o mesmo instrumento.

Desde que o Comitê DESC, órgão de controle do PIDESC, foi criado em 1985 pelo Conselho Econômico e Social, sua competência se limitou a receber informes gerais dos Estados e a formular observações sobre eles. O Comitê DESC é um dos poucos órgãos do sistema convencional da ONU que não dispõe de um procedimento para recepcionar e tratar queixas individuais ou entre Estados. Por isso, a criação do Protocolo Facultativo ao PIDESC é fundamental para examinar,

em casos concretos, o não cumprimento dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Há de se lembrar, a todo tempo, que a estrutura relatada nos parágrafos anteriores não tem o condão de produzir a res iudicata. É por esta razão que se tem reivindicado a criação de um Tribunal Constitucional Internacional que seria o cumpridor de duas funções: i) zelar pelas normas estruturais da Comunidade Internacional; ii) zelar pelos Direitos Humanos Internacionais. Há uma comissão ad hoc, criada pelo presidente da Tunísia¹² que tem estudado cientificamente a

¹² Sobre o tema ver: Paulo Ferreira da Cunha *in*: CEMOrOC-Feusp / IJI-Univ. do Porto – “A ideia de uma Corte Constitucional Internacional, surgida precisamente do fechamento do sistema interno da Tunísia (gizada em 1999 pelo Dr. Mocef Mazurki, quando ainda na oposição), como via para a sua superação, tem vindo a ganhar terreno ao nível internacional, sobretudo académico. Em 17 junho de 2015, em sessão sob a presidência do Decano Yadh ben Achour, tivemos a honra de apresentar a proposta de uma Declaração no Colóquio que marcou uma nova fase nos trabalhos em prol da nova Corte, que necessariamente terão de passar, no futuro próximo, pelo envolvimento diplomático e político. Julgamos importante publicá-la aqui: DECLARATION DE RABAT SUR LA COUR CONSTITUTIONNELLE INTERNATIONALE

Réunis à Rabat, les 16 et 17 juin 2015, à l’occasion du colloque international sur “Une Cour Constitutionnelle internationale au service du droit démocratique et du droit constitutionnel”, organisé par l’Association pour la recherche sur la transition démocratique, en collaboration avec la Faculté de Sciences Juridiques, Economiques et Sociales de l’Université Mohamed V, le CIRID de l’Université Laurentienne, et en partenariat avec la Fondation Konrad Adenauer, des chercheurs, professeurs, académiciens, étudiants, experts de différents continents, considérant:

1. La nécessité de prendre en considération les droits, les libertés et leurs garanties, au niveau global, aussi bien que les engagements des Etats, pour la cause de la paix et de la dignité humaine; 2. Le développement des études et recherches ainsi que l’intérêt de l’opinion publique mondiale pour l’idée de création d’une cour constitutionnelle internationale ; 3. L’importance de la coordination des efforts et des volontés autour de ce projet innovant. Tout en restant ouverts au débat démocratique et avec la plus complète ouverture d’esprit, affirment : 1. Leur conviction que la reconnaissance d’une normativité constitutionnelle internationale, mondiale ou globale et des principes d’une constitution matérielle, qui existent déjà, n’impliquent nullement l’existence d’un Etat planétaire ni une constitution mondiale formelle. 2. Leur croyance qu’une Cour constitutionnelle internationale constituera un pas décisif pour l’universalisation et l’effectivité de l’Etat de droit, de la démocratie et des droits de l’Homme. 3. Leur intention de travailler pour l’élaboration d’un projet d’avenir, réfléchi et réaliste qui puisse évoluer vers des solutions acceptables et consensuelles Décidons, en conséquence, de créer un collectif pour la Cour Constitutionnelle Internationale, qui pourrait avoir des sections nationales et / ou régionales, en vue de poursuivre la réflexion et la finalisation du projet.”

Tradução livre: DECLARAÇÃO DE RABAT PARA UM TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL. Encontro em Rabat, em 16 e 17 de junho de 2015, por ocasião do Simpósio Internacional sobre Um Tribunal Constitucional Internacional a Serviço do Direito Democrático e Constitucional”, organizado pela Associação de Pesquisa sobre Transição Democrática, em colaboração com a Faculdade de Ciências Jurídicas, Econômicas e Sociais da Universidade Mohamed V, o CIRID da Laurentian University, e em parceria com a Fundação Konrad Adenauer, pesquisadores, professores, acadêmicos, estudantes, especialistas de diferentes continentes, considerando: 1. A necessidade de levar em consideração os direitos, liberdades e garantias a nível global, bem como os compromissos dos Estados, pela causa da paz e da dignidade humana; 2. O desenvolvimento de estudos e pesquisas, bem como o interesse da opinião pública mundial na ideia de criar um tribunal internacional constitucional; 3. A importância de coordenar esforços e desejos em

possibilidade e a emergência da criação de tal tribunal vinculado à ONU. Para os países de língua portuguesa, o catedrático Paulo Ferreira da Cunha tem estado à frente da inovação; Alexandre Coutinho Pagliarini o acompanha e é um dos únicos a enfrentar o tema neste país; algumas de suas afirmações são verdadeiros marcos que “transgridem” o constitucionalismo nacional tradicional e mesmo o internacionalismo dos tempos pretéritos. Neste sentido Pagliarini já argumenta sobre a viabilidade da criação:

É fato que a criação da ONU, em 1945, mudou os rumos do Mundus. Mesmo que se queira criticar a ONU – e há muitas razões⁴ para isso –, o Mundus pós-1945 é muito mais vigilante e pacífico do que o Mundus pré-1945. A ONU e as suas “agências” (FMI, Banco Mundial, Unesco, Unicef, etc...) são, na realidade, um aglomerado de países-membros e instituições burocráticas que representam o que poderíamos chamar de Cosmópolis. Neste sentido, a II Guerra contribuiu como elemento formador da ONU; logo, a II Guerra pode, por isso, ser considerada como fragmento de Poder Constituinte Internacional, assim como – e principalmente – a Carta da ONU (1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Logo, não é exagero afirmar que a Constituição Mundus é formada pela somatória desses dois documentos: a Carta da ONU e a Declaração Universal de Direitos Humanos.

De forma alguma se defende que a ONU e suas estruturas não precisam de reformulação, desde os assentos permanentes até a efetividade de suas comissões, o que se visualiza é uma possibilidade, ainda que utópica ao momento, de uma pacificação universalista como ponto de chegada, nunca como ponto de partida.

3.2.3 Os Comitês de Direitos Humanos da ONU

Os dez órgãos de tratados são comitês de especialistas independentes que monitoram a implementação, pelos Estados-membros, dos principais tratados

torno deste projeto inovador. Enquanto permanecem abertos ao debate democrático e com a máxima abertura, afirmam: 1. Sua convicção de que o reconhecimento de uma normatividade constitucional internacional, global ou global e os princípios de uma constituição material, que já existem, não implica a existência de um estado planetário ou de uma constituição formal do mundo. 2. A sua convicção de que um Tribunal Constitucional Internacional constituirá um passo decisivo para a universalização e eficácia do Estado de direito, da democracia e dos direitos humanos. 3. A sua intenção de trabalhar para o desenvolvimento de um projeto para o futuro, pensativo e realista, que pode evoluir para soluções aceitáveis e consensuais Decidir, portanto, criar um grupo para o Tribunal Constitucional Internacional, que poderia ter seções de autoridades nacionais e ou regionais, com vista a uma maior reflexão e finalização do projeto.

internacionais de direitos humanos adotados pela Assembleia Geral da ONU. Um Estado que ratifique um tratado concorda em estar sujeito a revisão periódica.

Os membros desses comitês não são funcionários da ONU, mas especialistas em direitos humanos nomeados e eleitos por quatro anos pelos Estados-membros. No entanto, eles são independentes de qualquer governo ou organização. Atuam em sua capacidade individual e não recebem salário por seu trabalho. No âmbito das chamadas orientações de Adis Abeba (Addis Ababa guidelines¹³), um membro

¹³ Directrices sobre la independencia y la imparcialidad de los miembros de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos (“directrices de Addis Abeba”) I.Preámbulo

Reconociendo la importancia de los tratados de derechos humanos para garantizar la independencia y la imparcialidad de los miembros de los órganos creados en virtud de tratados, y destacando la voluntad común que los presidentes expresaron en su 24a reunión, celebrada en Addis Abeba en junio de 2012, de aclarar y reforzar las disposiciones en este sentido relativas a dichos órganos, recordando que el Secretario General ha afirmado que el sistema de órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados de derechos humanos es uno de los mayores logros en la historia de la lucha mundial por los derechos humanos y que esos órganos constituyen la esencia del sistema internacional de protección de los derechos humanos, observando que el informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el fortalecimiento del sistema de órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados de derechos humanos (A/66/860), que es el resultado de amplias consultas con todos los actores interesados, subrayó los poderes de los órganos creados en virtud de tratados para decidir sus propios métodos, de trabajo y reglamentos y garantizar su independencia tal y como se define en sus respectivos tratados, observando con aprecio que la Asamblea General también ha reconocido la importancia, el valor y la singularidad de la función que desempeña y la contribución que aporta cada uno de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos a la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, recordando la facultad y las competencias que legalmente se reconocen a los órganos creados en virtud de tratados para aprobar sus propios reglamentos, 1 .Los presidentes de los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados, en su 24a reunión, a resultas de la decisión adoptada en su 23a reunión, celebrada en 2011, y tras consultar a sus respectivos comités, discutieron e hicieron suyas las directrices sobre la independencia y la imparcialidad de los miembros de los órganos creados en virtud de tratados (“directrices de Addis Abeba”), y recomiendan encarecidamente a los referidos órganos que las adopten, entre otros medios, incorporándolas de manera apropiada en sus respectivos reglamentos.

II.Principios generales

2. La independencia y la imparcialidad de los miembros de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos son esenciales para el desempeño de sus funciones y responsabilidades y les obliga a prestar sus servicios a título personal. Los miembros de los órganos creados en virtud de tratados no solo serán independientes e imparciales, sino que deberán parecerlo a juicio de un observador razonable.
3. Los conflictos de intereses y el incumplimiento de los requisitos de independencia e imparcialidad, ya sean reales o aparentes, pueden ser consecuencia de diversos factores, como la nacionalidad del miembro o su lugar de residencia, su empleo actual o anterior, la pertenencia o afiliación a una organización o las relaciones familiares o sociales. Asimismo, este tipo de conflictos puede surgir en relación con los intereses de un Estado del que el miembro es nacional o en el que este tiene su residencia. Por tanto, no se considerará que los miembros de órganos creados en virtud de tratados tengan conflictos de intereses, reales o aparentes, como consecuencia de su raza, etnia, religión, género, discapacidad, color,

ascendencia o cualquier otro motivo de discriminación tal como se define en los principales tratados internacionales de derechos humanos.

4. Los miembros de los órganos creados en virtud de tratados se comprometerán a respetar los principios de independencia e imparcialidad cuando realicen la declaración solemne que corresponda conforme al tratado pertinente.
5. El principio de independencia requiere que los miembros no puedan ser cesados durante el desempeño de su mandato, excepto en la medida en que el tratado en cuestión lo disponga. Los miembros no podrán estar sometidos a ningún tipo de dirección o influencia ni a presiones del Estado del que sean nacionales ni de ningún otro Estado o de sus organismos, y no solicitarán ni aceptarán instrucciones de nadie en relación con el desempeño de sus funciones. Por consiguiente, los miembros serán responsables únicamente ante su propia conciencia y ante el órgano pertinente y no ante su Estado o cualquier otro Estado.
6. Habida cuenta de que cada órgano solo puede estar integrado por miembros de un reducido número de Estados partes, es importante que la elección de uno de sus nacionales como miembro del órgano de que se trate no derive, ni pueda considerarse que deriva, en un trato más favorable para el Estado o los Estados, en su caso, de que ese miembro sea nacional. A este respecto, los miembros que tengan múltiples nacionalidades comunicarán, por iniciativa propia, dicha circunstancia al presidente y la secretaria del órgano en cuestión. Los miembros que tengan múltiples nacionalidades no participarán en el examen de informes o denuncias individuales ni formarán parte de visitas o investigaciones que tengan que ver con cualquiera de los Estados de los que sean nacionales.
7. En relación con los trabajos de su respectivo órgano, todos los miembros deberán evitar cualquier tipo de acción que pueda conducir, o que un observador razonable pueda interpretar en el sentido de que conduce, a una desigualdad de trato entre Estados. En particular, los miembros deberán evitar toda acción que pueda dar la impresión de que su propio Estado o cualquier otro recibe un trato más o menos favorable que el dispensado a otros Estados.

III. Aplicación de los principios generales¹

- A. Participación en el examen de informes de los Estados partes y otros procedimientos relacionados con informes
 8. En el examen del informe de un Estado parte por el órgano creado en virtud del tratado o por cualquiera de sus órganos subsidiarios no participará ni influirá en modo alguno ningún miembro que pueda tener un conflicto de intereses en relación con ese Estado parte, según la interpretación de un observador razonable. El mismo principio se aplicará a cualesquiera otros procedimientos, como los de seguimiento, alerta temprana o medidas urgentes, que se sigan ante el órgano y no se mencionen específicamente en las presentes directrices.
 9. En caso de conflicto de intereses real o aparente en relación con un Estado parte, el miembro de que se trate:
 - a) No participará ni influirá en modo alguno en la preparación, el desarrollo o el resultado de los diálogos, debates o cualesquiera otras reuniones públicas del órgano, aunque podrá estar presente como observador;
 - b) No estará presente durante las consultas, exposiciones informativas o reuniones que no tengan carácter público y se centren en un país concreto que su órgano mantenga con otras entidades o asociados, como las entidades de las Naciones Unidas, las instituciones nacionales de derechos humanos y las organizaciones de la sociedad civil. No obstante, el miembro podrá recibir la documentación pertinente;
 - c) No estará presente durante los debates, deliberaciones o cualesquiera otras reuniones no públicas de su órgano, como las que se dediquen a la preparación, redacción, discusión y aprobación de observaciones finales o cualquier otro documento relacionado con dicho órgano.
- B. Participación en el examen de comunicaciones

10. En el examen de una comunicación, tanto en la etapa de admisibilidad como en la de análisis del fondo, no participará, estará presente ni influirá en modo alguno ningún miembro si:

- a) Es nacional del Estado cuyos actos se impugnan en la comunicación o tiene cualquier conflicto de intereses personal o profesional en el asunto, o si existe cualquier otro conflicto de intereses real o aparente;
- b) Ha participado en calidad distinta de la de miembro de su órgano en la adopción de cualquier decisión relativa al asunto a que se refiere la comunicación.

C. Participación en visitas a países e investigaciones

11. En la preparación, desarrollo o seguimiento de una visita a un país o una investigación o en el examen de los respectivos informes no participará ningún miembro si existe algún conflicto de intereses real o aparente.

D. Relación con los Estados

12. La independencia y la imparcialidad de los miembros de los órganos creados en virtud de tratados se ven comprometidas por su participación en el poder ejecutivo del Estado, dada la naturaleza política de ese vínculo. Por consiguiente, los miembros de dichos órganos evitarán desempeñar cualquier función o actividad que sea, o que un observador razonable pueda interpretar en el sentido de que es, incompatible con las obligaciones y responsabilidades que les incumben como expertos independientes con arreglo a los tratados pertinentes.

13. Cuando actúen como consultores o asesores de cualquier Estado en relación con el proceso de presentación de informes al órgano en el que desempeñan sus funciones o en cualquier otra cuestión que pueda plantearse ante dicho órgano, los miembros de órganos creados en virtud de tratados tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que no existan situaciones de conflicto de intereses o que un observador razonable pueda interpretar como tales.

E. Otras situaciones que pueden dar a posibles casos de conflicto de intereses

14. Quienes ejerzan o asuman puestos con capacidad decisoria en cualquier organización o entidad que puedan dar lugar a un conflicto de intereses real o aparente con las responsabilidades inherentes al mandato de miembro de un órgano creado en virtud de un tratado deberán abstenerse, cuando así se les exija, de desempeñar cualquier función o actividad que pueda parecer no inmediatamente compatible con la percepción de independencia e imparcialidad que ha de existir. Entre esas organizaciones o entidades cabe mencionar empresas o entidades privadas, organizaciones de la sociedad civil, instituciones académicas u organizaciones relacionadas con los Estados.

F. Participación en otras actividades de derechos humanos

15. Cuando los miembros de los órganos creados en virtud de tratados participen en otras actividades de organizaciones intergubernamentales en materia de derechos humanos, como reuniones, cursos de formación y seminarios, habrán de aclarar que expresan sus opiniones y no las del órgano en cuestión, a no ser que los miembros hayan recibido un mandato expreso de este último en tal sentido. Lo mismo se aplicará a las reuniones organizadas por Estados, organizaciones de la sociedad civil e instituciones nacionales de derechos humanos.

G. Rendición de cuentas

16. La responsabilidad primordial del cumplimiento de las presentes directrices recae individualmente en cada miembro de los órganos creados en virtud de tratados y en su propia conciencia. Si, por cualquier motivo, un miembro considera que puede verse afectado por un conflicto de intereses deberá comunicarlo cuanto antes al presidente del órgano de que se trate. Asimismo, de ser necesario, el presidente del órgano en cuestión tiene la obligación de recordar a los miembros individuales el contenido de las directrices si estima que la situación lo requiere. En última instancia, el comité pertinente en su conjunto deberá tomar las medidas que considere necesarias para salvaguardar las exigencias de independencia e imparcialidad de sus miembros.

não participa na revisão do seu próprio país.

Todos os comitês das Nações Unidas, exceto um, reúnem-se em Genebra, onde realizam reuniões públicas com as delegações dos respectivos Estados¹⁴.

Os mecanismos de proteção podem ser divididos entre duas espécies: i) mecanismos convencionais; ii) mecanismos não convencionais.

Os mecanismos convencionais são aqueles que requerem sua previsão expressa em tratados, pactos e convenções internacionais. No âmbito da ONU são responsáveis por verificar a efetividade dos pactos os seguintes órgãos: i) Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos; ii) Conselho de Direitos Humanos da ONU; iii) Comitê de Direitos Humanos; iv) Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; v) Comitê para Eliminação da Discriminação Racial; vi) Comitê sobre Eliminação da Discriminação da Mulher – CEDAW; vii) Comitê para os Direitos da Criança; ix) Comitê contra a Tortura e Subcomitê de Prevenção; x) Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Os mecanismos não convencionais são aqueles que não estão previstos expressamente nos tratados internacionais e pactos internacionais, mas podem ser utilizados pela ONU para fazer com que os Estados cumpram suas obrigações de proteção aos DH, como por exemplo: o sistema de ações urgentes, em que a ONU analisará as violações com base em requisitos como a persistência, a sistematicidade, a gravidade e a prevenção, para decidir se intervirá através de um dos seus órgãos, tomando providências concretas.

Imperioso destacar que a existência do sistema global de proteção dos DH coexiste com os sistemas regionais de proteção os DH; eles coexistem e são complementares, dialogam com o objetivo de salvaguardar os DH.

Os mecanismos convencionais operam através do chamado sistema de relatórios e observações gerais; tal sistema é classificado como mecanismo não contencioso, sendo o mais antigo dentro do sistema ONU, assemelhando-se à conciliação, cooperação espontânea (não coercitiva) entre os Estados.

Contudo, veremos adiante que a periodicidade dos relatórios varia de acordo com o texto de cada convenção que criou o comitê específico. Cabe aqui a crítica de André de Carvalho Ramos (2015, p. 80-81) sobre o sistema de relatórios.

¹⁴ Essas sessões são transmitidas via internet para o mundo todo e podem ser acessadas em: <www.treatybodywebcast.org>

- a) pouca flexibilidade para combater situações de emergência;
- b) concentração das informações na mão do Estado;
- c) diversidade de Comitês gera sobrecarga de trabalho nos Estados, e informações díspares;
- d) ausência de vinculação dos Comitês, gerando recomendações contraditórias;
- e) ausência de efetividade do sistema de recomendações e de responsabilização dos Estados;
- f) ausência de força vinculante das recomendações dos Comitês.

Para evitar as falhas os Comitês têm adotado medidas alternativas como a investigação in loco, além de ações preventivas (sistema de alerta rápido), bem como os presidentes dos Comitês reúnem-se para trocar informações e evitar recomendações repetidas.

3.2.4 Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos

Os direitos humanos são um dos quatro pilares das Nações Unidas, bem como a paz, a segurança e o desenvolvimento. O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos recebe um mandato dos Estados-membros para apoiar o trabalho das outras três partes do sistema, estando presente em mais de 60 países.

Para cumprir seu mandato, o comissariado estabelece relações de estreita cooperação, assistência técnica e diálogo permanente com os governos, as instituições nacionais de direitos humanos, as organizações da sociedade civil, as equipes dos países e agências da ONU, entre outros.

3.2.5 O Conselho de Direitos Humanos da ONU

Originalmente havia uma Comissão com escopo de proteção dos DH, que fazia parte do Conselho Econômico e Social e eram compostos por 53 representantes de governo, eleitos para mandatos de três anos. O Comitê de Direitos Humanos foi instituído pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, com atribuição de analisar denúncias e relatórios encaminhados por

indivíduos ou por Estados-membros.

Para fazer com que ganhasse autoridade, foi criado mais tarde o Alto Comissariado da ONU para Direitos Humanos. E, afinal, em 3 de abril de 2006, foi criado o Conselho de Direitos Humanos, equiparado aos demais conselhos da ONU (que não substitui, mas complementa a função do Comitê de Direitos Humanos).

Hoje o Conselho de Direitos Humanos da ONU é integrado por 47 membros eleitos diretamente por voto secreto de membros da Assembleia Geral. A distribuição geográfica é respeitada sempre nestas proporções: 13 membros de Estados Africanos, 13 membros de Estados asiáticos; 8 membros de Estados da América Latina e Caribe, 7 membros de Estados da Europa ocidental. 6 membros de Estado do Leste Europeu.

O conselho debate tópicos e temas relacionados à DH e também discute situações específicas que ocorrem em determinados países. Em tempos de crise o Conselho é um espaço para a comunidade internacional se reunir, debater e se manifestar. Membros do conselho selecionam peritos particulares para estudar determinadas situações ou países; e para visita-los e ver como é a realidade de um.

Os peritos relatam cada situação ao conselho, que também analisa se os Países membros das Nações Unidas estão mantendo sua promessa de respeito aos DH. Essa análise é chamada Revisão Periódica Universal, e funciona como oportunidade para o governo e a comunidade ouvirem as reclamações e preocupações um do outro, discutirem e trabalharem juntos para o progresso.

Compete ao Conselho: i) promover a educação e o ensino em DH e dar assistência técnica; ii) debater temas de DH; iii) implementar obrigações de DH; iv) mapear o cumprimento dos DH no mundo; v) contribuir para a prevenção da violação de DH; vi) trabalhar em cooperação com Estados, entidades e sociedades civis para a proteção aos DH.

3.2.6 Comitê de Direitos Humanos da ONU

O Comitê de Direitos Humanos é o corpo de especialistas independentes que monitora a implementação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos por seus Estados-membros.

Todos os Estados-membros são obrigados a apresentar relatórios regulares

ao Comitê sobre como os direitos estão sendo implementados. Os Estados devem relatar inicialmente um ano após a adesão ao Pacto e, em seguida, sempre que o Comitê solicitar (geralmente a cada quatro anos). O Comitê examina cada relatório e aborda suas preocupações e recomendações ao Estado-parte na forma de "observações conclusivas".

Além do procedimento de notificação, o artigo 41 do Pacto prevê que o Comitê considere as reclamações entre Estados. Além disso, o Primeiro Protocolo Facultativo do Pacto confere ao Comitê competência para examinar reclamações individuais com relação a supostas violações do Pacto pelos Estados-membros do Protocolo.

A plena competência do Comitê se estende ao Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto pela abolição da pena de morte em relação aos Estados que aceitaram o Protocolo.

O Comitê se reúne em Genebra e normalmente realiza três sessões por ano. Também publica sua interpretação do conteúdo das disposições normativas sobre direitos humanos, conhecidas como comentários gerais sobre questões temáticas ou seus métodos de trabalho.

3.2.7 Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é o corpo de especialistas independentes que monitora a implementação do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais por seus Estados-membros. O Comitê foi estabelecido pela Resolução do ECOSOC 1985/17 de 28 de maio de 1985 para desempenhar as funções de monitoramento atribuídas ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC) na Parte IV do Pacto.

Todos os Estados-partes são obrigados a apresentar relatórios regulares ao Comitê sobre como os direitos estão sendo implementados, devendo informar inicialmente, dentro de dois anos, a aceitação do Pacto e, posteriormente, a cada cinco anos. O Comitê examina cada relatório e aborda suas preocupações e recomendações aos Estados na forma de "observações conclusivas".

Além do procedimento de notificação, o Protocolo Facultativo ao Pacto

Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que entrou em vigor em 5 de maio de 2013, confere ao Comitê competência para receber reclamações de indivíduos. O Comitê também pode, sob certas circunstâncias, realizar investigações sobre violações graves ou sistemáticas de quaisquer dos direitos econômicos, sociais e culturais estabelecidos no Pacto, e considerar as queixas interestaduais (Ramos, 2015, p. 304-305).

O procedimento específico de apuração de direitos sociais inicia-se com o registro da reclamação coletiva no Comitê. A reclamação deve superar os seguintes requisitos de admissibilidade: i) forma escrita; ii) objeto da reclamação direito protegido pela Carta; iii) indicar qual medida o Estado-parte não aplicou o direito. Recebida a reclamação, dá-se início ao contraditório e a ampla defesa do Estado ofensor. Após, o Comitê elabora um relatório sobre o Estado ter ou não, assegurado o direito social, cabendo ao Comitê de Ministros elaborar as recomendações ao Estado. Podendo, o Comitê de Ministros recusar o relatório do Comitê de Especialistas e elaborar uma resolução em contrário.

Quanto ao cumprimento das recomendações, o Estado utilizará de seus instrumentos internos para fazer valer o direito reclamado, emitindo relatório ao Comitê de Ministros sobre o cumprimento e medidas adotadas para tanto. Mais uma vez, percebe-se no modus operandi do Estado e do Comitê de Ministros, a gerência do princípio da subsidiariedade, apesar do submetimento do Estado à hierarquia de referido Comitê.

3.2.8 Comitê para Eliminação da Discriminação Racial

O Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial é o corpo de especialistas independentes que monitora a implementação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial pelos seus Estados-partes. Todos os Estados-partes são obrigados a apresentar relatórios regulares ao Comitê sobre como os direitos que estão sendo implementados.

O primeiro relatório é emitido um ano após a adesão à Convenção e, em seguida, a cada dois anos. O Comitê examina cada relatório e aborda suas preocupações e recomendações ao Estado parte na forma de “observações conclusivas”.

Além do procedimento de notificação, a Convenção estabelece três outros mecanismos através dos quais o Comitê desempenha suas funções de monitoramento: o procedimento de alerta antecipado, o exame das reclamações entre Estados e o exame de reclamações individuais.

O órgão em tela se reúne em Genebra e normalmente realiza três sessões por ano, consistindo de três a quatro a três semanas por ano; publicando sua interpretação do conteúdo das disposições sobre direitos humanos, conhecidas como recomendações gerais (ou comentários gerais), sobre questões e dimensões temáticas e organiza.

3.2.9 Comitê sobre Eliminação da Discriminação da Mulher

O Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres é o corpo de especialistas independentes que monitora a implementação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres. Ele composto por 23 especialistas em direitos das mulheres de todo o mundo.

Os países que se tornaram parte do tratado (Estados-partes) são obrigados a apresentar relatórios regulares ao Comitê, sendo que o primeiro informe é apresentado um ano após a adesão ao Protocolo, e os seguintes de quatro em quatro anos ou sempre que o Comitê solicitar, como prevista na parte V, art. 18 da Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (Ramos, 2015, p. 78).

Durante suas sessões, o Comitê considera o relatório de cada Estado parte e endereça suas preocupações e recomendações a este na forma de observações conclusivas.

De acordo com o Protocolo Facultativo à Convenção, o Comitê está mandatado para:

- a) receber comunicações de indivíduos ou grupos de indivíduos que apresentem reclamações de violações de direitos protegidos sob a Convenção ao Comitê;
- b) iniciar investigações em situações de grave ou violações sistemáticas dos direitos das mulheres.

Estes procedimentos são opcionais e só estão disponíveis quando o Estado em questão os aceitou. Cabendo também ao Comitê formular recomendações gerais e sugestões. As recomendações gerais são dirigidas aos Estados e dizem respeito a artigos ou temas das Convenções.

3.2.10 Comitê para os Direitos da Criança

O Comitê dos Direitos da Criança é o corpo de 18 especialistas independentes que monitora a implementação da Convenção sobre os Direitos da Criança por seus Estados partes. Também monitora a implementação de dois Protocolos Opcionais para a Convenção, sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados e sobre a venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil.

Em 19 de dezembro de 2011, a Assembleia Geral da ONU aprovou um terceiro Protocolo Facultativo sobre um Procedimento de Comunicação, em vigor desde abril de 2014, que permite que crianças de forma individual apresentem queixas referentes a violações específicas de seus direitos sob a Convenção e seus dois primeiros protocolos opcionais.

Todos os Estados partes são obrigados a apresentar relatórios regulares ao Comitê sobre como os direitos estão sendo implementados, sendo o primeiro dois anos após a adesão à Convenção e, em seguida, relatórios periódicos a cada cinco anos, podendo, também, ser determinado que o Estado apresente um relatório consolidado (Ramos. 2015, p. 78). O Comitê examina cada relatório e aborda suas preocupações e recomendações ao Estado parte na forma de “observações conclusivas”.

Ele também analisa os relatórios iniciais que devem ser submetidos pelos Estados que aderiram aos dois primeiros Protocolos Facultativos da Convenção, sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados e na venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil. O Órgão pode considerar queixas individuais que alegam violações da Convenção sobre os Direitos da Criança e seus dois primeiros protocolos opcionais por parte do Estado partes, bem como para investigar denúncias de casos graves ou violações sistemáticas de direitos sob a Convenção e seus dois protocolos opcionais.

O Comitê se reúne em Genebra e normalmente realiza três sessões por ano, consistindo de um plenário de três semanas e um grupo de trabalho pré-sessional de uma semana. Em 2010, o Comitê considerou os relatórios em duas câmaras paralelas de 9 membros cada, "como uma medida excepcional e temporária", a fim de limpar o acúmulo de relatórios. O Órgão também publica sua interpretação do conteúdo das disposições sobre direitos humanos, conhecidas como comentários gerais sobre questões temáticas e organiza dias de discussão geral.

3.2.11 Comitê contra a Tortura e Subcomitê de Prevenção

O Comitê Contra a Tortura é o corpo de dez especialistas independentes que monitoram a implementação da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes por seus Estados Partes.

Todos os Estados-partes são obrigados a apresentar relatórios regulares ao Comitê sobre como os direitos estão sendo implementados, devendo informar inicialmente um ano após a adesão à Convenção e, em seguida, a cada quatro anos. O Comitê examina cada relatório e aborda suas preocupações e recomendações ao Estado-parte na forma de "observações conclusivas".

Além do procedimento de apresentação de relatórios, a Convenção estabelece três outros mecanismos pelos quais o Comitê desempenha suas funções de monitoramento: o Comitê pode também, sob certas circunstâncias, considerar i) queixas individuais ou comunicações de indivíduos que alegam que seus direitos sob a Convenção foram violados, ii) inquéritos, e iii) considerar queixas interestaduais.

O Protocolo Facultativo à Convenção, que entrou em vigor em junho de 2006, cria o Subcomitê de Prevenção da Tortura. O Subcomitê tem mandato para visitar lugares onde as pessoas são privadas de liberdade nos Estados-Partes - presídios, delegacias, etc. Sob o Protocolo Facultativo, os Estados-membros estabelecerão mecanismos preventivos nacionais independentes para a prevenção da tortura no nível doméstico.

Desde 2015, o Comitê realiza três sessões de quatro semanas por ano em abril-maio, julho-agosto e novembro-dezembro. Publicando sua interpretação do conteúdo das disposições da Convenção, conhecidas com comentários gerais

sobre questões temáticas.

O Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes é um novo tipo de tratado no sistema de direitos humanos das Nações Unidas. Tem um mandato preventivo focado em uma abordagem inovadora, sustentada e proativa para a prevenção da tortura e maus-tratos. O Subcomitê começou seu trabalho em fevereiro de 2007, e foi estabelecido em conformidade com as disposições do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura. O Protocolo Facultativo foi adotado em dezembro de 2002 pela Assembleia Geral das Nações Unidas e entrou em vigor em junho de 2006.

O Subcomitê é composto por 25 especialistas independentes e imparciais, provenientes de diferentes origens e de várias regiões do mundo. Os membros são eleitos pelos Estados-partes da Convenção para um mandato de quatro anos e podem ser reeleitos uma vez. O Subcomitê possui duas funções operacionais principais:

- a) realizar visitas aos Estados Partes, durante os quais poderá visitar qualquer lugar onde pessoas possam ser privadas de sua liberdade;
- b) função consultiva que envolve a prestação de assistência e assessoria aos Estados-partes no estabelecimento de mecanismos nacionais de prevenção, que a Convenção exige que estabeleçam.

Além disso, o Subcomitê coopera, para a prevenção da tortura em geral, com órgãos e mecanismos relevantes das Nações Unidas, bem como com instituições ou organizações internacionais, regionais e nacionais, produzindo relatório anual público sobre suas atividades, o qual é apresentado ao Comitê contra a Tortura e à Assembleia Geral da ONU em Nova York. Além de seu trabalho de campo, o Subcomitê também se reúne três vezes por ano para sessões de uma semana no Escritório das Nações Unidas em Genebra.

Importante frisar que o Subcomitê tem acesso irrestrito a todos os lugares onde pessoas podem ser privadas de sua liberdade, suas instalações e a todas as informações relevantes, o que compreende visitas em delegacias de polícia, prisões (militares e civis), centros de detenção (por exemplo, centros de detenção pré-julgamento, centros de detenção de imigrantes, estabelecimentos de justiça juvenil, etc.), instituições de saúde mental e assistência social e quaisquer outros lugares

onde se pode privar alguém de sua liberdade.

Podendo, inclusive, entrevistar pessoas privadas de liberdade e qualquer outra pessoa que, em sua opinião, possa auxiliá-lo com informações relevantes, incluindo funcionários do governo, membros dos mecanismos de prevenção, representantes de instituições nacionais de direitos humanos, organizações não governamentais, equipe de custódia, advogados, médicos, familiares, etc. As pessoas que fornecem informações ao Subcomitê não devem estar sujeitas a qualquer forma de sanção ou represália por terem colaborado.

Durante suas visitas, o Subcomitê examina as condições da detenção, o cotidiano, incluindo a maneira como as pessoas são tratadas, os quadros legislativos e institucionais relevantes e outras questões que podem estar relacionadas à prevenção da tortura e maus-tratos. No final de suas visitas, elabora um relatório por escrito que conterà recomendações e observações ao Estado, solicitando uma resposta por escrito dentro de 6 meses a partir do recebimento. Isso desencadeia uma nova rodada de discussão sobre a implementação das recomendações do Subcomitê e, assim, inicia o processo de diálogo contínuo.

São princípios norteadores da atividade do Subcomitê: confidencialidade, imparcialidade, não seletividade, universalidade e objetividade. Conduzindo seu trabalho em um espírito de cooperação, envolvendo os Estados-partes através de um processo de diálogo construtivo e colaborativo, ao invés da usual represália.

No entanto, se o Estado-parte se recusar a cooperar ou deixar de tomar medidas para melhorar a situação à luz das suas recomendações, o órgão poderá solicitar ao Comitê contra Tortura que faça uma declaração pública ou publique o relatório do Subcomitê.

3.2.12 Comitê sobre Direitos Pessoas com Deficiência

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ou Convenção de Nova Iorque, é um tratado internacional de direitos humanos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 13 de dezembro de 2006; abriu as assinaturas em 30 de março de 2007 e entrou em vigor no dia 3 de maio de 2008, após a ratificação pelos 20 Estados-partes.

Em fevereiro de 2011, a Convenção contava com 98 Estados-partes e foi o

primeiro Tratado de Direitos Humanos a ser ratificada por uma organização de integração regional, a União Europeia, possuindo 147 signatários.

A Convenção adota uma ampla categorização de pessoas com deficiência e reafirma que todas as pessoas com todos os tipos de deficiência devem gozar de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. Esclarece e qualifica como todas as categorias de direitos se aplicam a pessoas com deficiência e identifica áreas em que a adaptação deve ser feita para pessoas com deficiência exercerem efetivamente seus direitos e áreas onde seus direitos foram violados e onde a proteção de direitos deve ser reforçada.

O Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é um corpo de 18 especialistas independentes que monitora a implementação dos direitos previstos pela Convenção. Os membros do Comitê servem em sua capacidade individual, não como representante do governo, sendo eleitos a partir de uma lista de pessoas indicadas pelos Estados na Conferência dos Estados-partes para um mandato de quatro anos, com possibilidade de serem reeleitos uma vez (cf. artigo 34 da Convenção).

Todos os Estados partes têm que apresentar relatórios regulares ao Comitê sobre como os direitos consagrados na Convenção estão sendo implementados. O primeiro informe deve ocorrer dentro de dois anos da ratificação da Convenção e, a partir de então, a cada quatro anos. O Comitê examina cada relatório e faz sugestões e recomendações gerais sobre o relatório, encaminhando-as na forma de observações conclusivas.

O Protocolo Facultativo entrou em vigor ao mesmo tempo em que a Convenção, estabelecendo dois mandatos adicionais para o Comitê em funções de:

- a) receber e examinar reclamações individuais;
- b) realizar inquéritos no caso de violações graves e sistemáticas da Convenção.

3.2.13 Comissão dos Trabalhadores Migrantes

O Comitê para a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e membros de suas Famílias é o corpo de especialistas independentes que monitora a implementação da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e membros de suas Famílias por parte dos

Estados-membros. Todos os Estados-partes são obrigados a apresentar relatórios regulares ao Comitê sobre como os direitos estão sendo implementados, sendo o primeiro informe um ano após a adesão à Convenção e, em seguida, a cada cinco anos.

Da mesma forma, o Comitê examinará cada relatório e endereçará suas preocupações e recomendações ao Estado parte na forma de "observações conclusivas". Podendo, sob certas circunstâncias, considerar queixas individuais ou comunicações de indivíduos que alegam que seus direitos sob a Convenção foram violados, uma vez que 10 Estados-partes tenham aceitado este procedimento, de acordo com o artigo 77 da Convenção.

Ainda, não custa lembrar que as raízes para assegurar os direitos dos trabalhadores migrantes, como lembra Martinho Martins Botelho (2013, p. 4), era previsto no direito trabalhista europeu com a Carta Social Europeia de 1961, que tratou sobre direito individual e coletivo do trabalho, regras de seguridade social, proteção de trabalhadores migrantes, entre outros, não sendo novidade a temática.

3.2.14 Comissão de Desaparecidos Forçados

O Comitê de Desaparecimentos Forçados é o corpo de especialistas independentes que monitora a implementação da Convenção pelos Estados Partes, os quais são obrigados a apresentar relatórios ao Comitê de como os direitos estão sendo implementados.

O primeiro informe deve ser apresentado dentro de dois anos da ratificação da Convenção, a contar da data de entrada em vigor da Convenção para o Estado parte e, subsequentemente, a cada cinco anos e sempre que o Comitê solicitar (Ramos, 2015, p. 79). O Comitê examina cada relatório e aborda suas preocupações e recomendações ao Estado parte na forma de "observações conclusivas".

De acordo com o artigo 31, um Estado parte poderá, no momento da ratificação da Convenção, ou a qualquer momento, declarar que reconhece a competência do Comitê para receber e considerar comunicações de ou em nome de indivíduos sujeitos à sua jurisdição, alegando serem vítimas de uma violação por este Estado parte das disposições da Convenção. Além do procedimento de

denúncia, o artigo 32 da Convenção prevê que o Comitê pode aceitar uma denúncia de um Estado em face de outro por violação às suas disposições.

4 OS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

No capítulo anterior, verificou-se que o sistema global/geral de proteção dos Direitos Humanos constitui um complexo conjunto de regras que possuem indeterminados e inúmeros destinatários em várias partes do globo. Esse arcabouço normativo tem como base inicial e matriz a Declaração Universal de 1948 que garantiu e reconheceu o homem como sujeito de direitos. Não diferente, o sistema regional de proteção dos Direitos Humanos possui sua fonte normativa no mesmo diploma internacional.

Em consonância com o sistema global estão os sistemas regionais de proteção de Direitos Humanos que buscam internacionalizar os DH nos planos geográficos, especialmente na Europa, nas Américas e na África.

Smith (2003, p. 84) destaca as vantagens da regionalização:

Na medida em que um número menor de Estados está envolvido, o consenso político se torna mais facilitado, seja com relação aos textos convencionais, seja quanto aos mecanismos de monitoramento, muitas regiões são ainda relativamente homogêneas, com respeito à cultura, à língua, e às tradições, o que oferece vantagens.

Os sistemas regionais ganham destaque, pois, ao contrário das conhecidas desvantagens do sistema ONU, como a ausência de capacidade sancionatória, a regionalização pode refletir com maior autenticidade as peculiaridades e os valores históricos de um povo, resultando em uma aceitação maior e mais espontânea de uma jurisdição internacional.

Há, atualmente, três sistemas regionais principais: o europeu, o interamericano e o africano. Adicionalmente, há um incipiente sistema árabe e a proposta de criação de um sistema regional asiático. É interessante notar que tanto o Conselho Europeu como a Organização dos Estados Americanos têm estabelecido programas de Direitos Humanos para as respectivas regiões que, em importantes aspectos, são mais efetivos que os adotados pelas Nações Unidas.

Em 1981, os Estados Africanos introduziram um sistema regional de Direitos Humanos quando a Organização da Unidade Africana adotou a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Cada sistema regional possui seu aparato jurídico próprio, tendo como referência normativa principal a Declaração de Direitos do

Homem. Sobre isso, Piovesan (1997, p. 111) ressalta que:

Quanto à convivência os sistemas global e regional, relatório produzido pela Comissão to Study the Organization of *Peace* acentua: “Pode ser afirmado que o sistema global e o sistema regional para a promoção e proteção dos Direitos Humanos não são necessariamente incompatíveis; pelo contrário, são ambos úteis e complementares. As duas sistemáticas podem ser conciliadas em uma base funcional: o conteúdo normativo de ambos os instrumentos internacionais, tanto global como regional, deve ser similar em princípios e valores, refletindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que é proclamada como um código comum a ser alcançado por todos os povos e todas as Nações. O instrumento global deve conter um parâmetro normativo mínimo, enquanto o instrumento regional deve ir além, adicionando novos direitos, aperfeiçoando outros, levando em consideração as diferenças peculiares em uma mesma região ou entre uma região e outra. o que inicialmente parecia ser uma séria dicotomia – o sistema global e o sistema regional de Direitos Humanos – tem sido solucionado satisfatoriamente em uma base funcional”. Logo, os sistemas global e regional não são dicotômicos; ao revés, são complementares.

A intenção primordial da existência de dois sistemas efetivos é, sem dúvida, o fortalecimento da proteção aos mesmos. Nos sistemas inter-regionais, a depender do caso concreto, será aplicada a norma que melhor proteger a vítima.

É relevante frisar que, além da assentada normativa que os sistemas regionais possuem, a jurisprudência das Cortes de proteção de Direitos Humanos tem ganhado força internacional, em especial a da Corte Europeia de Direitos Humanos, como explica Henkin (1990 p. 23-24):

A efetividade internacional apresentou sucesso no sistema europeu de Direitos Humanos. Este sistema possui um conjunto de remédios mais complexos e mais exigentes, combinando uma ativa Comissão Europeia de Direitos Humanos (que também recebe petições de indivíduos e de organizações não governamentais), um Comitê e Ministros e uma Corte de Direitos Humanos, à qual a Comissão e os Estados põem submeter casos. A Comissão e a Corte têm decidido muitos casos, invocando importantes direitos – casos de tortura e de tratamento desumano, detenção ilegal, negação de direitos parentais (...). Estados considerados culpados pelas violações têm oferecido reparação e outros remédios, alterando suas respectivas legislações e práticas.

Feitas as necessárias introduções ao tema, buscar-se-á compreender a seguir os sistemas regionais propriamente ditos de proteção dos Direitos Humanos, suas Cortes e Comissões e em que se assentam normativamente cada estrutura de justiça internacional.

4.1 O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A partir deste tópico, o presente estudo pauta-se pela norma introdutória que originou a efetivação da proteção dos Direitos Humanos no âmbito interamericano. Quatro são os diplomas normativos:

- a) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem;
- b) Carta da Organização dos Estados Americanos;
- c) Convenção Americana de Direitos Humanos (mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica);
- d) Protocolo de San Salvador.

Esses *codici* formam dois sistemas de proteção que se complementam. O primeiro sistema é o da Organização dos Estados Americanos (OEA) que se pauta pelos princípios primários da Carta de criação da própria OEA; e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, ao qual é formada por todos os Estados que compõem a OEA. O segundo sistema é o formado pelos Estados que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos e assim se submetem diretamente à jurisdição desse sistema, que será esmiuçado na sequência.

A Carta da OEA (1948) é o assento normativo de criação da chamada Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que tem como principal função promover o respeito e a defesa dos DH e servir como órgão de consulta à Organização. Importante destacar que a Convenção Americana, em que prevê sistema próprio de proteção aos DH, foi criada no próprio seio da OEA com a participação efetiva da Comissão.

Os objetivos previstos na Carta são (não muito diferentes daqueles previstos quando da criação da ONU)¹⁵: garantia da paz e segurança internacionais, cooperação e ação solidária, promoção dos direitos humano e erradicação da pobreza, desenvolvimento econômico e social e prevenção de conflitos, e busca de

¹⁵**A Carta das Nações Unidas define como objetivos principais da ONU:** - Defesa dos direitos fundamentais do ser humano; - Garantir a paz mundial, colocando-se contra qualquer tipo de conflito armado; - Busca de mecanismos que promovam o progresso social das nações; - Criação de condições que mantenham a justiça e o direito internacional.

solução pacífica de controvérsias. Isso porque, conforme será visto adiante, a OEA se autoproclama como Organização Regional alusiva à própria ONU. As semelhanças seguem adiante quando se adentra no tema específico da proteção aos Direitos Humanos.

Ao se analisar a Convenção é possível reconhecer a adoção, em escala regional, daqueles direitos previstos e declarados pelos principais pactos internacionais de garantia e proteção dos DH. Pode-se afirmar, inclusive, que a generalidade internacional é replicada no sistema interamericano. Um exemplo claro é o preâmbulo da Carta, em que consta o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo.

A Carta prevê, ainda, direitos sociais tais como o direito ao bem-estar material, o direito ao trabalho, direito à livre-associação, direito à greve e à negociação coletiva, direito à previdência social e à assistência jurídica para fazer valer seus direitos e direito à educação.

Apesar da previsão expressa desses direitos, a Carta foi redigida sob o marco da não intervenção nos assuntos internos, respeitando a soberania dos Estados signatários¹⁶. Assim, em maio de 1948 na cidade de Bogotá, foi adotada a Declaração Americana de Direitos do Homem, ao invés de um Tratado Internacional, aprovada junto à Carta da OEA. Curioso foi o fato de que sua aprovação antecedeu a própria Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada em dezembro de 1948.

Por sua vez, foi a Declaração que previu de forma expressa os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, como afirma Ramos (2011) com uma visão limitada desses direitos, contemporaneamente superada pelo reconhecimento da dimensão objetiva dos DH.

A promoção concreta dos DH nas Américas ocorreu com a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH/CIDH) na V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores da OEA, em Santiago, 1959. A Comissão ganhou o escopo de órgão internacional de supervisão do cumprimento, pelos Estados da OEA, de seus compromissos de respeito aos DH.

¹⁶Na visão de Herz (2008, p. 331-353), o não intervencionismo ocorre pela intenção e frear a influência dos Estados Unidos nas decisões da OEA – repisando episódios em que os EUA conspiraram a favor de ditaduras que eram submissas aos seus interesses, como o caso do golpe militar na Guatemala, o Brasil em 1964, Chile em 1973.

Com esse fim, a Comissão foi autorizada a receber e examinar petições individuais sobre violações de DH, bem como apurar os fatos enunciados e recomendar condutas dos Estados violadores. O Protocolo de Buenos Aires, de 1970, emendou a Carta da OEA e positivou essa competência da Comissão, transformando-a em órgão principal e autônomo da própria Organização e ganhando status de estrutura organizacional de justiciabilidade dos DH no âmbito interamericano.

O protocolo previu ainda a criação de um tratado internacional de DH, o qual foi elaborado em 1969 e é conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos. Os mecanismos existentes no âmbito interamericano são:

- a) Comissão Interamericana de Direitos Humanos;
- b) Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral;
- c) Assembleia Geral da OEA
- d) Conselho Permanente da OEA.

A competência da Assembleia Geral da OEA está prevista no Art. 54, alínea 'a', da Carta da OEA estando expressamente previsto que compete a ela "decidir a ação e as políticas gerais da Organização", abarcando a competência para avaliar o respeito aos DH por parte dos Estados membros.

Imperioso destacar que, em que pese a Carta da OEA não preveja de forma expressiva a competência para a Assembleia propor sanções coletivas pelo descumprimento dos preceitos da OEA, esse comportamento repressor é verificado na prática da Assembleia. Fator determinante dessa atuação coercitiva foi a ruptura democrática ocorrida no Haiti em 1991 com o golpe militar contra o Presidente eleito Jean Bertrand Aristide.

No caso, a Comissão enviou uma delegação para verificação *in loco*, e após esta, por meio da Comissão Permanente, editou a Resolução nº 1/91, pela qual condenou a ruptura democrática adotando como sanção a suspensão de todas as relações econômicas, financeiras e comerciais dos países membros da OEA com o Haiti, bem como a suspensão do fornecimento de todo tipo de material militar.

Na sequência, houve o recrudescimento das medidas através da Resolução nº 2/91 em que houve a adoção de medidas de monitoramento dos embargos econômicos, com pedido aos Estados-membros que negassem acesso ao Haiti a

portos de cargueiros e aviões. Ainda, solicitou-se o cancelamento dos vistos dos membros golpistas do governo, bem como o congelamento de haveres nos países da região.

O golpe Haitiano foi o acontecimento final para que ocorresse a alteração da Carta da OEA, em 1992, com o Protocolo de Washington, o qual alterou o Art. 9 para que passasse a contar a previsão expressa de suspensão de qualquer Estado-membro cujo governo tenha sido destituído pela força. Contudo, tal suspensão somente ocorreria após a infrutífera negociação diplomática, a fim de restabelecer a democracia representativa no Estado-membro afetado.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem como função proceder ao juízo de admissibilidade das petições ou comunicações apresentadas, sendo também sua competência a propositura de ações por violações de DH. Nas palavras de Ramos (2012, p. 198):

A Comissão é o órgão ao qual incumbe a promoção e a averiguação do respeito e a garantia destes direitos fundamentais. Pode elaborar estudos e ofertar capacitação técnica aos Estados. Pode também criar relatorias (similares às relatorias do mecanismo extra convencional onusiano), dirigidos pelos Comissários, cujos relatórios serão submetidos à Assembleia Geral da OEA. Além disso, pode efetuar visitas de campo, a convite do Estado interessado.

A apresentação de petições que contenham denúncias ou queixas de violações por Estados à Comissão pode ser feita pelo indivíduo ou grupo de pessoas, entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização nos termos do Art. 44 da Convenção Americana. Os pressupostos de admissibilidade das petições ou queixas estão expressos no Art. 46, § 1º, da Convenção. São eles:

- 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;
- d) que, no caso do Art. 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.

Desses requisitos de admissibilidade, importa frisar que a condição de esgotamento dos recursos internos tem sido interpretada de forma restritiva privilegiando sempre o acesso do indivíduo às instâncias internacionais. Destarte regra possui grande aceitação no Direito Internacional em razão do seu posicionamento de redutor de tensões entre os Estados; isso porque, por estar diante de violações dos Direitos Humanos, exige-se uma postura ativa dos Estados provendo recursos internos aptos a reparar possíveis danos causados.

Relembra Ramos (2013, p. 227) que, na década de 70, o tema acima voltou ao debate na Corte IDH, tendo então pacificado entendimento de que a exceção de admissibilidade por ausência de esgotamento dos recursos internos (administrativos ou judiciais) deveria ser utilizada pelo Estado no procedimento perante a Comissão Interamericana de DH.

Assim, se o Estado não eleva tal requisito durante o procedimento, entende-se que ocorreu a desistência tácita dessa objeção. Ultrapassado esse momento processual adequado, o Estado não poderá alegar a falta de esgotamento sob pena de violação ao princípio *estoppel*, que preceitua a vedação do Estado se comportar contrário a sua conduta anterior – *non concedit venire contra factum proprium*.

Dito isso, em que pesem as disposições expressas de admissibilidade, cumpre destacar o contido no § 2º do mesmo artigo, em que consta que as alíneas a e b, do Art. 46, §1º, não se aplicam 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 haver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou haver sido ele impedido de esgotá-los;
- c) haver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Isso significa que há uma relação de subsidiariedade¹⁷, nas palavras de

¹⁷Baracho (1995, p. 32/34): O princípio de subsidiariedade mantém múltiplas implicações de ordem filosófica, política, jurídica, econômica, tanto na ordem interna, como na comunitária e

Ramos (2013, p. 214):

Caso o Estado tenha ratificado a Convenção Americana, a Comissão atuará sob a égide de tal diploma; se pertencer ao grupo de Estados que ainda não ratificou, a Comissão atuará de acordo com a Carta da OEA e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Em síntese, a OEA, com base nos preceitos de sua Carta, não esperou pelo surgimento e fortalecimento do sistema próprio interamericano de proteção aos Direitos Humanos.

Contudo, no âmbito da Comissão é possível requerer medida cautelar de proteção, prevista no Art. 25 do Regulamento da Comissão de 2009, a qual tem por finalidade prevenir danos irreparáveis: às pessoas ou ao objeto do processo relativo a uma petição ou a um caso pendente; e às pessoas que se encontrem sob a jurisdição de um Estado, independentemente de qualquer petição ou caso pendente, podendo inclusive, ser determinada pela Comissão *ex officio*, em situações de gravidade e urgência.

Outro mecanismo existente no sistema interamericano é o Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral (CIDI), órgão diretamente subordinado à Assembleia Geral, com capacidade decisória em matéria de cooperação solidária para o desenvolvimento integral. Ele foi criado com a entrada em vigor do Protocolo de Manágua, em 29 de janeiro de 1996 (Capítulo XIII).

Na mesma linha, existe também o Conselho Permanente que depende diretamente da Assembleia Geral e tem a competência que lhe é atribuída pela Carta e por outros instrumentos interamericanos, bem como possui as funções de que for encarregado pela Assembleia Geral e pela Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores.

O Conselho cuida da manutenção das relações de amizade entre os Estados-membros e, para essa finalidade, ajuda de uma maneira efetiva na solução pacífica de suas controvérsias. Ele também executa as decisões da Assembleia Geral e da Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, cujo cumprimento não tenha sido encarregado a nenhuma outra entidade.

internacional. (...) Considerando-se o direito, sob o plano teórico, admite-se que em toda estrutura administrativa existe complementariedade de certos órgãos, em relação uns com os outros. Ocorrendo a existência de vários órgãos, alguns podem ser subsidiários uns em relação aos outros. Emprega-se, também, a expressão órgão subsidiários, quando falamos em estruturas internacionais, como ocorre com os órgãos subsidiários das Nações Unidas. Ao mesmo tempo, menciona-se, em Direito Internacional, a competência subsidiária da Assembleia Geral das Nações Unidas.

Possui a competência de observância das normas que regulam o funcionamento da Secretaria Geral (SG) e, quando a Assembleia Geral (AG) não está reunida, adota as disposições de natureza regulamentar que habilitem a SG a de cumprir suas funções administrativas. Atua também como Comissão Preparatória de projetos para promover e facilitar a colaboração entre a OEA e a ONU e outros organismos americanos. Incumbe, ainda, a função de formular recomendações à AG sobre o funcionamento da Organização e a coordenação de seus órgãos subsidiários, organismos e comissões.

Portanto, com o auxílio dos relatórios dos órgãos, organismos e entidades do Sistema Interamericano, apresentam-se à Assembleia Geral as observações e recomendações que julgar oportuno.

4.2 O SISTEMA EUROPEU DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Para entender a criação do Conselho Europeu vale relembrar o contexto histórico de sua criação, que se situa após o fim da 2ª Guerra Mundial e no início da Guerra Fria. Nos primeiros anos pós 1945, os Estados europeus ocidentais buscaram reconstruir seu papel no mundo bipolar, dividido entre EUA e URSS, os vencedores da 2ª Guerra Mundial juntamente com o Reino Unido. Contudo, a reconstrução tinha como pano de fundo principal a garantia dos Direitos Humanos, o regime democrático e o Estado de Direito.

Inicialmente optaram por um modelo cooperativo frente às bipolaridades existentes e os países vizinhos da esfera de influência soviética. Em 1948 assinou-se o Tratado de Bruxelas (França, Holanda, Luxemburgo, Bélgica e Reino Unido) com o fim de proteção militar e segurança recíproca. Deste tratado originou-se, em 1954, a União da Europa Ocidental (UEO) da qual passaram a fazer parte Alemanha e Itália – 10 anos após a 2ª Guerra Mundial -, sendo que em 1951 é assinado o Tratado de Paris, criando-se a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), iniciando e solidificando a união dos países europeus democráticos.

O sistema europeu de Direitos Humanos possui como assento normativo fundador a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), de 1950 em Roma, possuindo como finalidade estabelecer padrões mínimos de proteção no Continente Europeu, institucionalizando o compromisso dos Estados-partes de não

posicionarem contrários em âmbito interno às disposições da Convenção. Essa criação foi necessária à época tendo em vista o contexto de tensões entre países comunistas e socialistas que disputavam eleições com os países de democracias liberais. A convenção entrou em vigor em 1953. Existe também a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em Nice, em 7 de dezembro de 2000, a qual possui força vinculante desde 1º de dezembro de 2009, quando da entrada em vigor do Tratado de Lisboa.

Na visão de Mello (1997, p.756) a grande vantagem dessa Convenção é que: “além de enunciar em uma convenção internacional os Direitos Humanos, ela também determina as garantias de execução destes direitos. Esta convenção contém uma restrição à soberania estatal, entendida em seu sentido clássico, como não houve nenhum outro texto internacional sobre a matéria”.

O avanço se dá pela consagração de direitos e liberdades civis e políticas, estabelecendo um sistema que visava garantir o respeito das obrigações assumidas pelos Estados, tais como: direito à vida, proibição de tortura, escravidão, aplicação de penas cruéis, desumanas ou degradantes, trabalho forçado, direito ao devido processo legal, direito à segurança e à liberdade, direito à liberdade de pensamento, expressão religiosa, direito à vida privada.

Outra inovação importante da referida Convenção é a que instituiu órgãos destinados a fiscalizar o respeito aos Direitos Humanos declarados na Convenção, responsáveis também por julgar os casos que ensejassem a violação dos direitos pelos Estados ratificantes.

Como assinala Comparato (1999, p. 240):

A existência de órgãos incumbidos de fiscalizar o respeito aos Direitos Humanos e julgar as suas eventuais violações, dentro de cada Estado, é uma questão crucial para o progresso do sistema internacional de proteção da pessoa humana. Os Estados continuam a defender zelosamente sua soberania e a rejeitar toda e qualquer interferência externa em assuntos que consideram de sua exclusiva jurisdição. A própria Carta das Nações Unidas, de resto declara a não ingerência em assuntos internos de cada Estado como um dos seus princípios fundamentais (art. 2, alínea 7).

Nesta ideia de justiciabilidade foram criadas, inicialmente, três instituições: i) a Comissão Europeia dos Direitos do Homem com função de investigar e conciliar; ii) a Corte Europeia de Direitos Humanos, com função judicial de responsabilização dos Estados; e o iii) Comitê de Ministros do Conselho da Europa, órgão político de

aferição da responsabilização dos Estados.

Em novembro de 1998, diante da complexidade em se julgar um Estado ratificante da Convenção Europeia, entrou em vigor o Protocolo nº 11, que extinguiu a Comissão Europeia de Direitos Humanos, criando uma nova Corte de Europeia de Direitos Humanos, de caráter permanente, diferente da anterior que não era permanente. A partir do Protocolo nº 11, o indivíduo, vítima de violações de DH, passou a poder apresentar a sua ação diretamente à Corte Europeia Permanente de Direitos Humanos.

Antes do referido Protocolo o sistema europeu de proteção de DH possuía trâmite lento, as vítimas peticionavam à Comissão, que após a análise da violação e não obtendo êxito na conciliação, caso entendesse haver ofensa aos DH optava por enviar o caso ao antigo Comitê ou adjudicá-lo ao Comitê de Ministros.

O novo procedimento judicial perante a Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte de Estrasburgo) passou a ser regido pelos princípios do contraditório e ampla defesa.

Quanto à legitimidade ativa, quem pode propor ações perante a Corte são: indivíduos ou grupo de indivíduos ou organizações não governamentais sob a jurisdição dos Estados-membros; sendo, inclusive, sua jurisdição de reconhecimento obrigatório. Outro ponto importante é a desnecessidade de o indivíduo ter a nacionalidade do Estado parte violador ou ainda que a estadia seja regular, possuindo personalidade jurídica ativa o estrangeiro em situação irregular (Ramos 2012, p. 162). Os Estados contraentes também possuem legitimidade ativa para propor ações contra outros Estados alegando violações de direitos protegidos pela Convenção.

No tocante a legitimidade passiva, essa sempre recaí sobre o Estado, não podendo ser atribuída ao indivíduo. Contudo, é possível que um Estado requeira a proteção de um nacional em face de outro Estado, isso porque a proteção aos DH constituiu uma obrigação objetiva. Tal situação pode ser percebida, a título de exemplo, em casos de extradição ilegal de estrangeiro para o país que não o da sua nacionalidade.

Após a entrada em vigor do Protocolo nº 14 (2010) a Corte passou a possuir cinco Câmaras (Chambers) de julgamento compostas por sete juízes, possuindo ainda um Vice-Presidente e um Presidente. Existe também o Tribunal Pleno (Grand

Chamber) com dezessete juízes. As Chambers isoladas necessitam refletir os diversos sistemas jurídicos existentes no concerto europeu, assim o princípio da colegialidade foi a solução encontrada pela própria Corte, para refletir esse objetivo, de modo que o Juiz Singular atua como Relator, podendo monocraticamente decidir somente sobre a admissibilidade da acusação e sobre o arquivamento.

Os motivos da inadmissibilidade de uma acusação são os seguintes: i) ausência de esgotamento dos recursos internos¹⁸; ii) perda do prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva para peticionar à Corte EDH; iii) anonimato da petição; iv) coisa julgada, situação que se configura quando uma petição é igual a outra já examinada pela Corte ou já submetida a outro órgão internacional de proteção de DH sem nenhum fato novo; v) teor incompatível com o disposto na Convenção ou manifestamente mal fundada ou com caráter abusivo; e por fim, vi) não ocorrência de qualquer prejuízo significativo ou matéria de grave indagação, salvo se o respeito pelos direitos exigir uma apreciação da petição.

Quanto à decisão de arquivamento, esta é determinada em qualquer momento do processo, quando for possível concluir que: i) o requerente desistir do pedido; ii) resolução do litígio; iii) por qualquer outro motivo detectado pelo Tribunal (desde a aceitação do Estado em reparar o dano ou outra situação que gere a ausência de interesse de agir do indivíduo).

¹⁸ Rezek – Princípio da Complementariedade e Soberania: Tribunal Penal Internacional. Dispõe que: “No domínio estrito da complementariedade, o Tribunal Penal Internacional não pretende, em absoluto, esvaziar a competência que, para o processo penal, mesmo dos crimes da mais superlativa gravidade, foi confiada pelas constituições nacionais aos tribunais nacionais. O Tribunal pretende ser competente em certas hipóteses, sendo que a mais visível é a da falência das instituições nacionais – algo que acontece com muito maior frequência neste final de século do que imaginavam as pessoas no começo dele. Afora a hipótese de colapso, em que não há clima, circunstâncias ou instrumentos para o processo de crimes dessa gravidade no Estado que normalmente seria competente, há outras certamente mais raras, em que a Corte Internacional se entenda competente. Os nacionais, as pessoas acaso transferidas por um Estado ao Tribunal Internacional para processo e julgamento, não seriam necessariamente súditos do Estado que as entrega, mas poderiam ser súditos de um terceiro Estado, num mecanismo mais assemelhado à extradição. O Tratado de Roma prevê, com grande minúcia e inúmeras especificações, como enfrentar esse problema. O Estado que detém fisicamente a pessoa acusada é instado a entregá-la a um outro Estado que se entende competente e ao Tribunal Penal Internacional. Há regras que dizem com grande especificidade como determinar a preferência que inúmeras vezes recairá sobre o Tribunal. São, portanto, possíveis aquelas situações em que o Estado detentor da pessoa acusada não é nem o seu Estado patrial nem sequer o Estado que, por algum dos fundamentos da competência penal, deseja chamar a si o processo, mas um Estado que encara o problema com total isenção, com o mais absoluto sangue frio; que verifica, à luz das regras do Tratado, a quem transferirá tal pessoa”.

Ainda no tocante à legitimidade a Corte aceita a intervenção de terceiro interessado a participar como *amicus curiae*, apresentando observações escritas sobre o caso. Também é incentivada a conciliação, sendo reflexo do caráter objetivo da proteção dos Direitos Humanos.

Antes da análise meritória o presidente da Chamber pode adotar medidas cautelares para preservação do direito em casos de perigo de perecimento do direito e urgência, como previsto no artigo 39 das Regas de funcionamento da Corte EDH.

Por fim, após o julgamento pela Seção, cabe recurso à Grand Chamber, no prazo de três meses, sendo a admissibilidade do recurso feita por 5 juízes do próprio Tribunal Pleno. Ainda, cabe recurso de interpretação, no prazo de 1 ano. O recurso de revisão somente é admissível no caso da superveniência de fato novo, apto a modificar a decisão, desde que sejam interpostos seis meses após a ciência de referido fato, mediante análise submetida ao próprio órgão prolator, como previsto nos artigos 79 até 81 das Regras de funcionamento da Corte.

A sentença da Corte EDH era essencialmente declaratória, em se reconhecia a existência de uma violação, como previsto no artigo 41, sendo que o Estado era obrigado a reparar o dano de forma equitativa, o que na grande maioria sendo findava em uma reparação meramente monetária, a qual, na verdade é subsidiária. Subsidiária porque o Estado repara monetariamente as vítimas, quando não for capaz de reparar o dano de modo adequado.

A análise da reparação pecuniária poderia ser postergada para após a inação do Estado, como previsto no artigo 41 (antigo artigo 50), caso contrário o Estado poderia requerer perante a Corte a fixação do valor, valor este que faria parte integrante da sentença proferida.

Contudo, a jurisprudência da Corte posicionava-se sobre a característica meramente pecuniária das suas decisões, com o fito de não criar embaraços na jurisdição interna do Estado-membro. Neste sentido, a Corte decidiu ser incompetente para determinar que o Estado anule sanções ou decisões, ou mesmo que dê início a um procedimento penal contra os responsáveis por violação de DH. Neste sentido foi a decisão proferida¹⁹ no caso da Irlanda vs. Reino Unido, onde

19 Irlanda vs. Reino Unido. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22case%20ireland%20v.%20United>

Julgou-se as prisões extrajudiciais de membros do IRA (Exército Republicano Irlandês) ocorridas em meados de 1971 a 1975 autorizadas por resoluções proferidas pela província da Irlanda do Norte²⁰ pertencente ao Reino Unido, segue

Kingdom%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-165150%22]}>. Acesso em: 10 ago. 2018.

²⁰O Governo da Irlanda do Norte executou, em 9 de agosto de 1971, medidas extrajudiciais de detenção e internação, dos alegados terroristas. De 9 de agosto de 1971 a 7 de novembro de 1972, data em que alguns decretos de emergência foram substituídos, as autoridades da Irlanda do Norte utilizaram quatro poderes ou faculdades dessa natureza: (I) detenção com o propósito de questionar por quarenta e oito horas (Decreto nº 10); (II) detenção e detenção provisória (Decreto nº 11.1); (III) prisão de um detento (Decreto nº 11.2); (IV) internamento (Decreto nº 12.1). A operação "Demetrius" teve início na segunda-feira, 9 de agosto de 1971, com início às 04:00, o exército, por vezes acompanhados de policiais que atuam como guias, começou as operações para prender 452 pessoas cujos nomes apareceram na lista final. Em suma, cerca de 350 prisões foram feitas sob decretos de emergência. Os afetados foram levados aos três centros regionais preparados para recebê-los por quarenta e oito horas: o "Magilligan Weekend Training Centre" no condado de Londonderry; o "Ballykinler Weekend Training Centre" no Down e o "Girdwood Park Territorial Army Center" em Belfast. Nesses centros, todos foram interrogados por membros do "Royal Ulster Constabulary" (RUC), 104 deles recuperaram a liberdade em quarenta e oito horas. Ele transferiu aqueles que deveriam continuar detidos em Belfast, a bordo do navio-prisão "Maidstone", para a prisão na estrada de Crumlin. Anteriormente, foram enviados doze, ou um, ou vários para centros não identificados para um "interrogatório prolongado ou minucioso", que durou vários dias. Quando a situação piorou, o governo de Londres entendeu, em março de 1972, que deveria garantir diretamente o respeito à ordem pública ("Lei e Ordem") na Irlanda do Norte, se se quisesse esperar o menor progresso político. Como o governo da província considerou esta decisão inadmissível, foi anunciado em 24 de março que o regime de administração direta ("governo direto") de Westminster deveria ser estabelecido em todos os assuntos e não apenas na ordem pública. Passou pelo Parlamento do Reino Unido, a lei de 1972 promulgar disposições transitórias para a Irlanda do Norte ("Northern Ireland [Disposições Transitórias] Act") entrou em vigor em 30 de Março de 1972. É desde que as autoridades do Reino Unido exercem temporariamente os poderes do Parlamento e do Governo dos seis condados. Ele autorizou a rainha a legislar por decreto, substituindo o Parlamento de Belfast que estava suspenso. No que diz respeito ao executivo, a lei transferiu os poderes do governo local para o secretário de Estado da Irlanda do Norte. Foi uma nova cobrança criada para essas circunstâncias; o seu titular, membro do Governo de Londres, respondeu perante o Parlamento do Reino Unido. Promulgada por um período de um ano, a lei foi prorrogada posteriormente. Após o rompimento da trégua, a campanha do IRA, "provisória", recomeçou com mais força. Só em julho de 1972, 21 membros das forças de segurança e 74 civis morreram; e também houve cerca de 200 explosões e 2.200 casos de uso de armas de fogo. Foram os números mais altos alcançados em um mês durante toda a crise até o final de 1974. 18 dessas mortes foram atribuídas aos legalistas e apenas 2 das explosões. Dada a crescente onda de violência, o governo do Reino Unido decidiu restabelecer a presença das forças de segurança nas "áreas proibidas". No dia 31 de julho, às 4 horas da manhã, foi lançada uma poderosa operação, "Motorman", após avisar a população civil. Mesmo após essa operação, a polícia continuou incapaz de atuar com eficácia nos bairros católicos; e continuou sendo mais fácil penetrar nos setores protestantes nos quais ele não corria tantos riscos de agressão. O exército interveio principalmente, para substituir a polícia, nos lugares onde predominava a comunidade minoritária. As autoridades entenderam que devido a várias circunstâncias, tais como intimidação de testemunhas potenciais e a dificuldade de colocar os indutores e cabeças disponíveis para os tribunais, os procedimentos de lei ainda foram insuficientes para combater o terrorismo do IRA. O governo do Reino Unido chegou à convicção de que era necessário encontrar meios, até então não utilizados, para separar os notórios terroristas da maior parte da população. Em 21 de setembro de 1972, ele anunciou sua intenção de estabelecer uma comissão, como fez em outubro sob a presidência de Lord Diplock, com os seguintes

abaixo, trecho desta decisão emblemática quando a Corte EDH se diz incompetente para determinar que o Estado revogue seus próprios atos:

187. O Tribunal não tem que considerar aqui se é apropriado, em certas circunstâncias, dirigir ordens aos Estados Contratantes; e verifica, neste caso, que entre as sanções disponíveis para ele não inclui o poder de ordenar um daqueles que promove processos criminais ou disciplinares sob a sua lei interna. (...) 10. Mantém por unanimidade, que o Tribunal não pode obrigar o Estado demandado instaurar processos criminais ou disciplinares contra os membros das forças de segurança que cometeram violações do artigo 3, que provou e contra aqueles que cobertas para cima ou tolerados;(...).

Por essa razão Ramos (2012, p.174) adverte que se pode ter uma falsa interpretação de que as decisões da Corte eram eficientes ao fixar a “satisfação equitativa”, porém deve-se ter em mente que essa determinação se resume ao pagamento monetário ínfimo às vítimas:

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

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

propósitos: - busca "como organizar a administração da justiça na Irlanda do Norte para combater mais eficazmente as organizações terroristas que forcem a prestação de contas, utilizando diferentes métodos de colocação acordadas pelo executivo, os indivíduos envolvidos em atividades terroristas, especialmente aqueles que os organizaram e dirigiram sem necessariamente e pessoalmente intervir neles ”

Em agosto e outubro de 1971, catorze pessoas foram presas para confessar ou fornecer informações. Eles foram submetidos à forma de "interrogatório contínuo" por membros das forças de segurança ou por pessoas autorizadas a fazê-lo. Cinco técnicas foram usadas nesta classe de interrogação, consistindo de: 1. Colocar capuzes nos detidos, exceto em interrogatórios; 2. Forçando-os a ficar de frente para uma parede, numa posição dolorosa, braços e pernas separados, por períodos de várias horas; 3. Sujei-los a um ruído contínuo e monótono; 4. Não os deixe dormir; e 5. Dê-lhes, como toda comida, uma fatia de pão e um litro de água a cada seis horas.

As cinco técnicas foram utilizadas em conjunto, com premeditação e por horas; eles causaram aqueles que os sofreram, se não ferimentos reais, pelo menos sofrimento físico e mental intenso; e, além disso, distúrbios psíquicos agudos durante as interrogações. Essa forma de interrogação continuou, sem interrupção, por alguns dias. Estes são, em resumo, os fatos sobre o uso das cinco técnicas e suas consequências.

Porém, aquele que peticiona ao sistema europeu de Direitos Humanos afirmando que sua sentença de prisão perpétua é viciada, mesmo após ter sido confirmada no Tribunal Superior local, quer sua liberdade, diminuição da pena ou novo julgamento e não uma satisfação equitativa de quantia módica ou outra satisfação qualquer (Caso *Remli* contra França). Ou ainda uma mãe que acionou a Corte EDH em face da perda da guarda e posterior adoção de sua filha por estranhos quer reencontrá-la e por fim à adoção ilegítima: mera satisfação equitativa após o reconhecimento de várias violações pelo Estado-réu é resposta quase cruel para tal caso (Caso *E.P.* contra Itália).

Por essa razão, em meados de 2004 a Corte alterou seu posicionamento interpretativo sobre os efeitos de suas decisões, passando a determinar que a reparação deveria ser integral e não somente equitativa. Determinado que os Estados condenados deveriam restabelecer o status quo anterior à violação.

Tal alteração jurisprudencial não necessitou de modificação na redação do artigo 41, tão somente ocorreu a modificação da interpretação da norma, fazendo que a sentença dispusesse especificamente de obrigações de fazer e obrigações de não fazer, vinculando, assim, o Estado ao seu comprometimento internacional anteriormente assumido quando da adesão à Carta da União Europeia de Direitos Humanos de cumprir as decisões da Corte, como previsto no artigo 46.

Outra medida adotada pela Corte foi a adoção de procedimento denominado “julgamento piloto” que tem como linha de enfrentamento a identificação em um caso individual de causas estruturais de violações de Direitos Humanos, em que a Corte indica ao Estado-réu a adoção de medidas gerais para a solução de causas idênticas e para frear o surgimento de novas violações.

Por fim, e não menos importante, é a função consultiva da Grand Chamber. Tal pedido é formulado pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, qual é emitido por maioria absoluta do Pleno. O parecer emitido não possui cunho decisório ou vinculativo; contudo, o seu conteúdo serve de base limítrofe para as ações a serem adotadas, e se estas forem contrárias ao seu conteúdo não se poderá alegar boa-fé.

4.3 O SISTEMA AFRICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Dentre os sistemas regionais de proteção dos DH há sistema africano. Este emergiu em meio a luta pela independência da Rodésia (atual Zimbábwe) e da

África do Sul, e nas constantes discussões sobre direitos econômicos.

Inicialmente houve a promulgação da Carta da Organização da Unidade Africana (OUA). Contudo, os governos africanos à época estavam mais preocupados com o desenvolvimento econômico e social e em manter as suas estabilidades políticas do que reconhecer e promover os direitos e liberdades individuais. Como resultado, durante quase 20 anos, a OUA manteve-se inerte em relação as violações de Direitos Humanos perpetradas no continente, pois entendia que o assunto era restrito aos Estados-membros da organização.

No final dos anos 70 os países do ocidente começaram a condicionar os seus programas de assistência humanitária ao respeito pelos Direitos Humanos nos Estados africanos receptores das ajudas humanitárias. As Nações Unidas chamaram a atenção para a necessidade de se dar efetividade ao sistema regional protetivo dos Direitos Humanos na África. Essa pressão internacional iniciou uma abertura política à introdução de modelos democráticos no continente.

Assim, em janeiro de 1981 foi elaborada a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul ou CADHP), aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) em Banjul, Gâmbia, sendo adotada pela XVIII Assembleia dos Chefes de Estado e Governo da OUA em Nairóbi, Quênia, em 27 de julho de 1981. A OUA foi extinta e substituída pela União Africana em 2002.

A Carta Africana possui em seu preâmbulo a aderência à Carta da ONU e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, prevendo expressamente a intenção de promover e cooperar internacionalmente com os preceitos da Organização das Nações Unidas. Assim, percebe-se que inicialmente os países africanos anuíram com os ideais universalistas.

Para Raquel Tavares (2013), a Carta Africana foi influenciada diretamente por alguns instrumentos de defesa dos Direitos Humanos do sistema ONU, entretanto também possuiu características próprias, principalmente ao prever em seu texto os deveres da pessoa humana e o fato de além dos direitos individuais, também defende os direitos coletivos, no texto chamado de direito dos povos.

Maria José Morais Pires (1999, p. 40) define que:

A Carta Africana constitui naturalmente um contributo importante para o desenvolvimento do direito regional africano e preenche uma lacuna em

matéria de proteção dos Direitos Humanos. Trata-se de um progresso significativo, resultante de um compromisso entre as concepções políticas e jurídicas opostas, que veio trazer ao direito internacional dos Direitos Humanos a consagração de uma relação dialética entre direitos e deveres, por um lado, e a enunciação tanto de Direitos Humanos como de direitos dos povos, por outro. As tradições históricas e os valores da civilização africana influenciaram os Estados autores da Carta, a qual traduz, pelo menos no plano dos princípios, uma especificidade africana do significado dos Direitos Humanos.

A Carta Africana é o único tratado relativo a Direitos Humanos que enuncia de maneira extensa a noção de deveres individuais. Não apenas em relação ao próximo, mas também em relação à sociedade, seguindo a tradição africana.

A Carta está dividida em três partes, com 68 artigos ao todo: a Parte I elenca os direitos protegidos; a Parte II estabelece o regimento da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos; por fim, a Parte III estabelece as disposições gerais, referentes à entrada em vigor, ratificação e emendas; sendo que todos os 53 Estados africanos ratificaram a Carta de Banjul. O Tribunal Africano só foi criado depois por meio de protocolo.

A Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos tem como objetivo resguardar e promover os Direitos Humanos, como destacado por Flavia Piovesan (2014, p. 298) é “um órgão destituído de caráter jurisdicional, visto a natureza não obrigatória de suas decisões. É um órgão político ou quase judicial”, sendo composta por 11 membros eleitos pela Assembleia de Chefes de Estado e Governo da União Africana.

Segundo a mesma autora os membros da Comissão “devem ser escolhidos dentre pessoas da mais alta integridade, moralidade e imparcialidade, que tenham reconhecida competência em matéria de Direitos Humanos e dos povos”.

O órgão executa suas funções através da ocorrência de, ao menos, duas reuniões anuais, tendo cada aproximadamente duas semanas de duração. Estas são regidas por seu Presidente em exercício e são realizadas na sede da Comissão em Banjul, no Estado da Gâmbia.

Há a possibilidade de se realizar eventuais sessões extraordinárias e, mediante autorização prévia de seu Secretário administrativo, transferir as reuniões para locais distintos de sua sede. Durante as reuniões, a Comissão é autônoma para decidir entre realizar sessões abertas ao público a portas fechadas. A Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos tem três funções principais:

- a) a promoção e a proteção dos Direitos Humanos;
- b) a interpretação da Carta Africana de Direito dos Homens e dos Povos.

Neste sentido, Flavia Piovesan (2014, p. 299) elucida as competências deste órgão:

(...) cabe à Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos promover os Direitos Humanos e dos povos; elaborar estudos e pesquisas; formular princípios e regras; assegurar a proteção dos Direitos Humanos e dos povos; recorrer a métodos de investigação; criar relatórios temáticos específicos; adotar resoluções no campo dos Direitos Humanos; e interpretar os dispositivos da Carta. Competelhe ainda apreciar comunicações interestatais (nos termos dos artigos 47 a 49 da Carta), bem como petições encaminhadas por indivíduos ou ONGs que denunciem violação aos Direitos Humanos e dos povos enunciados na Carta (nos termos dos artigos 55 a 59 da Carta). Em ambos os procedimentos, buscará a Comissão o alcance de uma solução amistosa.

a comissão ainda possui competência para analisar petições individuais de vítimas de violações de Direitos Humanos, bem como demandas interestatais, com o fim de assegurar a proteção dos Direitos Humanos e dos povos.

As demandas individuais podem conter a identidade do seu autor, ou ser preservada sua individualidade, sendo aceitas comunicações de organizações não governamentais; devem ainda indicar os fatos e os meios de provas. A petição deve ser interposta em tempo razoável a partir do esgotamento dos recursos internos e não ter sido resolvido por outro órgão internacional.

Ao final, após instrução e tentativa de conciliação, a Comissão elabora recomendação, cujo conteúdo atinge a reparação do direito envolvido, e encaminha ao Estado envolvido e à Conferência dos Chefes de Estado e de Governo. Há a possibilidade de que petições individuais retratem um cenário de violações sistêmicas, devendo a Comissão convocar a Conferência dos Chefes de Estado para que interfira.

Apesar de sua contribuição para a defesa dos Direitos Humanos no continente africano, muitos autores questionam a efetividade da Comissão Flavia Piovesan (2014, p.299) afirma que “a Comissão é potencialmente poderosa, mas não é ainda uma força continental em matéria de Direitos Humanos. Seu trabalho não é amplamente conhecido e os Estados-partes geralmente desconsideram suas resoluções”.

A autora ainda defende que para a Comissão atuar de forma eficaz, deve-se

tornar efetivamente independente dos Estados. Porém, segundo ela, ao longo de sua história, vários membros integrantes do órgão têm tido conhecidas conexões com seus governos de origem, alguns sendo inclusive embaixadores. Além disso, o órgão tem constantemente sua efetividade impactada pela falta de fundos e recursos suficientes para que possa desempenhar seu papel integralmente.

Assim, com a finalidade de garantir uma proteção mais efetiva dos Direitos Humanos, na 34ª Sessão Ordinária da Conferência dos Chefes de Estado e de Governo da Organização de Unidade Africana em 1998, que estava reunida em Ouagadougou, no Burkina Faso, aprovou o Protocolo do Tribunal. O Protocolo entrou em vigor em 25 de Janeiro de 2004, criando as condições para o funcionamento do órgão.

O tribunal possui como missão complementar e reforçar as funções da Comissão na promoção e defesa dos direitos, das liberdades e dos deveres do homem e dos povos nos Estados Membros da União Africana. A Comissão, sendo um organismo não judicial, somente pode fazer recomendações, enquanto as decisões do Tribunal possuem força vinculante.

A Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos foi fundada como objetivo de complementar e reforçar as funções da Comissão. Percebeu-se durante os anos de atuação da Comissão a necessidade da criação de um órgão verdadeiramente jurisdicional, ou seja, com as decisões com caráter vinculante, para assim garantir uma melhor rede protetiva dos Direitos Humanos. Sua criação foi estipulada no Artigo 1º do Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, aprovado pelos Estados membros da OUA em Junho de 1998.

Como citado anteriormente, o Protocolo entrou em vigor em 25 de Janeiro de 2004, após ratificação mínima de 15 países. Sua criação representou um grande passo no sentido de reforçar o sistema africano de defesa dos Direitos Humanos, mesmo que atualmente apenas 26 países da União Africana reconheçam a jurisdição do órgão.

O tribunal é composto por onze juízes, cidadãos dos Estados membros da UA. Assim como os membros da Comissão, os juízes são eleitos pela Conferência dos Chefes de Estado e de Governo da UA para um mandato de seis anos e estes podem concorrer apenas uma vez à reeleição. Todos os juízes, com a exceção do Presidente, desempenham as suas funções a tempo parcial. As reuniões do tribunal

acontecem, ao menos, quatro vezes por ano em Sessão Ordinária, com duração aproximada de duas semanas, e há a possibilidade de se realizar Sessões Extraordinárias, caso haja necessidade.

De acordo com o Protocolo, o tribunal conjuga como suas funções as competências consultivas e contenciosas. Em sua competência consultiva, o Tribunal poderá atuar ao emitir pareceres sobre a interpretação dos dispositivos da Carta Africana ou de qualquer outro instrumento de proteção dos Direitos Humanos, por requisição de algum Estado membro, da própria UA, os órgãos integrantes ou de organizações não governamentais reconhecidas pela organização (PIOVESAN, 2014, p. 230).

Já em sua função contenciosa, o Tribunal poderá analisar os casos submetidos pela Comissão ou pelos Estados membros. A aprovação de processos apresentados por indivíduos e organizações não governamentais está condicionada ao fato de os Estados dos quais os requerentes sejam nacionais declararem, expressamente, que aceitam a submissão de demandas individuais ao Tribunal, no momento da ratificação do documento ou posteriormente, conforme versa o artigo 34º do Protocolo.

Ou seja, no sistema africano os indivíduos podem levar demandas diretamente ao Tribunal, assim como no sistema europeu. Porém, o primeiro apresenta uma acessibilidade limitada. Segundo André de Carvalho Ramos (2015, p. 253), até 2013 somente sete países haviam elaborado a citada declaração, sendo eles Burkina Faso, Gana, Malawi, Mali, Tanzânia, Ruanda e Costa do Marfim.

Na atuação de sua competência contenciosa, o Tribunal tem como objetivo alcançar uma solução amistosa entre o Estado e os petionários. Durante sua avaliação poderá receber evidências orais e escritas, assim como realizar audiências. Caso comprovada a existência de violações de Direitos Humanos e dos povos, deverá ordenar a reparação dos indivíduos prejudicados, inclusive mediante justa compensação.

A Corte possui, ainda, autoridade para adotar medidas provisórias, em casos urgentes ou extremamente graves, com o objetivo de evitar danos demasiado altos e irreparáveis. A supervisão dos cumprimentos das decisões do Tribunal é de responsabilidade do Conselho de Ministros, característica inspirada no sistema europeu de Direitos Humanos.

O Tribunal Africano é relativamente novo, seu primeiro julgamento ocorreu somente em 2009, e envolveu uma demanda individual. O Sr. Michelot Yogogombaye, nacional do Chade com residência na Suíça, entrou com ação contra o Senegal, alegando violações de Direitos Humanos pelo julgamento naquele país do ex-ditador do Chade Hissein Habré em ofensa ao princípio da irretroatividade da lei penal.

A Corte iniciou os procedimentos notificando o Senegal, que respondeu alegando inicialmente a ausência de jurisdição da Corte, invocando a necessidade de declaração de sujeição do país a sua jurisdição, alegação essa que foi acolhida pela Corte, que decidiu pela sua própria falta de jurisdição para apreciar o mérito²¹.

Entretanto autores como Rachel Muray (2002, p. 334) demonstram certas dúvidas sobre sua efetividade. Segunda a autora, a história do sistema africano faz com que algumas questões mereçam ser vistas com cautela, as quais ela destaca:

Primeiramente, é essencial garantir que os juízes indicados tenham independência relativamente ao Estado, não sendo vulneráveis a pressões. Em segundo lugar, (...) não está clara a interação entre a Corte e a Comissão. Considerações devem ser feitas a respeito de como tal relação será desenvolvida a fim de assegurar sua eficácia. (...) Em terceiro lugar, destacase que o sistema africano de Direitos Humanos vem lutando constantemente em face da insuficiência de recursos por parte da Organização da União Africana, agora União Africana. Em quarto lugar, o Protocolo estabelece que a Corte proferirá decisões legalmente vinculantes. (...) Considerações devem ser feitas para que existam procedimentos efetivos para garantir que qualquer Estado que violar a Carta seja compelido a cumprir a decisão da Corte.

Em suma, a eficácia e credibilidade do Tribunal dependerão da maneira como o órgão conseguirá enfrentar esses desafios. Nesse ponto, não há como ignorar as dificuldades paraestatais enfrentadas pelos países africanos no combate as violações de DH. A realidade africana de incessantes lutas pelo domínio do solo e suas riquezas, aflora na comunidade local a ânsia pelo domínio não submetido as amarras da OUA.

O Tribunal Penal Internacional de forma emblemática tem realizado a individualização de violadores de DH e os submetido a julgamento. Tais violações

²¹ Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. In the Matter of Michelot Yogogombaye v The Republic of Senegal, Caso n. 001/2008, julgado em 15 de dezembro de 2009, disponível em: <http://www.african-court>.

vão desde as práticas clássicas de crimes de guerras até sérias e bárbaras violações de à dignidade da pessoa humana, tais como, ataques contra civis, tortura, crimes sexuais e prática de canibalismo, como no caso de Dominic Ongwen. Não se pode esquecer, ainda, da realidade dos meninos soldados, que ainda crianças são capturadas e passam a integrar milícias armadas, sejam estatais ou paraestatais, situação essa verificada no caso Procurador vs. Thomas Lubanga Dylo.

Pode-se ver que as mazelas africanas não se resumem a uma estrutura institucional de proteção de DH, a origem das violações está muito mais arraigada na realidade local. A qual não passa despercebida quando se analisa o holocausto africano, com o extermínio do povo tutsi pelos hutus.

Sem dúvidas, o continente que mais necessita de paz é o africano, mas aqui uma crítica se faz, de qual paz necessitam, da paz como se conhece no modelo ONU ou da sua própria paz, sem interferência belga, portuguesa, francesa, britânica, holandesa, espanhola, italiana ou alemã. Aqui a crítica de Pietro Costa em uma perspectiva defendida por Danilo Zolo ganha solo fértil quando se analisa a realidade africana, em que:

A existências de princípios objetivos e inalteráveis capazes de explicar o comportamento dos atores internacionais nos remete segundo Morgenthau, à própria natureza do ser humano e às suas determinações constantes. Mais uma vez uma análise realista da política encontra o seu fundamento em pressupostos antropológicos precisos. Como todos os seres humanos são caracterizados por uma originária *libido dominandi*, assim o são os Estados – únicos atores no cenário internacional – que perseguem sistematicamente o próprio interesse, a própria conservação e a própria afirmação.

A expansão do modelo ONU, assim como acabamos de analisar na África, é a manifestação sistêmica do que Pietro nos explica acima, de forma muito mais desarraigada do que a própria política, mas sim como manifestação do próprio comportamento humano, o qual não se desvencilha dos preceitos universalistas no âmbito internacional.

Por fim, o professor Kafft Costa (2012, p. 125-126), na ocasião de um Júri de Mestrado por si presidido na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, arguiu o candidato de um modo que auxilia no entendimento do fenômeno da criação da Carta africana de proteção dos DH e dos Povos:

Relativismo ou absolutismo cultural? Fronteiras imperiais dos direitos do homem.

Outra questão central: É a ideia de direitos do homem ser uma resultante de um determinado tempo e de um determinado recorte geográfico-cultural?

Ou será intertemporal e pan-universal?

Indicações de pendor aparentemente pan-universalista são clectáveis na Declaração e Plano de Ação de Viena, 1993 “adoptados por 172 Estados-membros da ONU”, assim como na Declaração e Plano de Ação de Grand Bay “produzida pela 1ª Conferência Ministerial sobre Direitos do Homem e dos Povos da OUA, em Mauritius, realizada de 12 a 16 de abril de 1999”.

Esta última conferência afirma o princípio de que os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes, inter-relacionados.

Na mesma linha, já se inscrevia a Declaração e Plano de Ação de Viena:

Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados.

- na verdade, ambas as declarações encostam a noção universalista e a relativista numa relação de tensão.

- é difícil não prestar culto à aceitação dos influxos das bases gnoseológicas e hermenêuticas locais no conceito de direitos do homem, numa aproximação moderadamente relativista ao problema.

Falam aqui o bom senso, a razoabilidade, a moderação, questionadores de um holismo inconsistente e sufragadores de uma interacção dialéctica dos dois polos.

No debate à volta dos dois polos “universalismo-relativismo”, que valoração faz do princípio da margem de apreciação trabalhado, por exemplo, pela jurisprudência consolidada sob a égide da Convenção Europeia dos Direitos do Homem [que se inclina a considerar as especificidades culturais na aplicação das normas sobre direitos humanos]?

Relativismo moderado?

(...) há uma África bifronte, qual Janus, em que o passado e o futuro se confrontam na unidade do mesmo ser.

Não acha que uma opção exclusivística por uma das fases, hoje por hoje, seria um exercício de ficção e que o desafio mais criador seria uma interacção positiva e dialéctica das duas fases de Janus?

Isso, em vez de um Janus desfacelado, simplificativamente, artificialmente, redutoramente.

Como se percebe do trecho acima transcrito da arguição feita pelo professor e ex-Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, os próprios conceitos de DH adotas no contexto africano são provenientes da Convenção de Viena e

reafirmados na Convenção africana, o que faz Kaffft concluir que o ideal para a África seria a interação positiva e dialética do que possuíam antes da ONU e os avanços adquiridos após a interseção dos preceitos universalistas, conclusão essa que encontra abrigo no próprio conceito de povo delineado por André Peixoto (2012, p. 235) como sendo:

uma unidade histórica, que se forma na história e retira da sua história as particularidades que o compõem. A nação, que se forma em longo processo histórico (e não de forma artificial, pela expressão de verdade de um sujeito, ou mesmo de um grupo de sujeitos), verifica em sua própria história a sua identidade.

5 ESTUDO DO CASO VLADO HERZOG JULGADO PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

“Quando perdemos a capacidade de nos indignar com as atrocidades praticadas contra outros, perdemos também o direito de nos considerar seres humanos civilizados” (Vlado Herzog).

Não por acaso Vladimir (Vlado) Herzog morreu! Muito tempo se passou antes que se soubesse o real motivo de seu óbito. Nos relatórios oficiais constou que ele se enforcou dentro de sua cela no DOI-CODI. Primeiro necessário relembrar quem foi Vlado (seu prenome original).

Vladimir Herzog, o Vlado, foi jornalista, professor e cineasta. Nasceu em 27 de junho de 1937 na cidade de Osijek, na Croácia (na época, parte da Iugoslávia), morou na Itália e emigrou para o Brasil com os pais em 1942. Foi criado em São Paulo e naturalizou-se brasileiro. Estudou Filosofia na Universidade de São Paulo (USP) e iniciou a carreira de jornalista em 1959, no jornal O Estado de S. Paulo. Nessa época, achou que seu prenome Vlado não soava bem no Brasil e decidiu passar a assinar como Vladimir. No início da década de 1960, casou-se com Clarice Herzog.

Começou a trabalhar com televisão em 1963. Dois anos depois, foi contratado pelo Serviço Brasileiro da BBC e mudou-se para Londres. Lá nasceram seus dois filhos, Ivo e André. Em 1968, retornou ao Brasil. Trabalhou na revista Visão por cinco anos e foi professor de telejornalismo na Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP) e na Escola de Comunicações e Artes da USP (ECA-USP). Em 1975, Vladimir Herzog foi escolhido pelo secretário de Cultura de São Paulo, José Mindlin, para dirigir o jornalismo da TV Cultura.

Nesse tempo, Vlado foi vítima de uma campanha contra a sua gestão na direção de jornalismo da TV Cultura, levada a cabo na Assembleia Legislativa de São Paulo pelos deputados Wadih Helu e José Maria Marin, pertencentes ao partido de sustentação do regime militar, a ARENA. No dia 24 de outubro daquele ano, agentes do II Exército convocaram Vlado para prestar depoimento sobre as ligações que ele mantinha com o Partido Comunista Brasileiro, que atuava na ilegalidade durante o regime militar.

No dia seguinte, compareceu espontaneamente ao prédio do Destacamento

de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna, o DOI-CODI, localizado na Rua Tomás Carvalhal, 1030, no bairro do Paraíso, em São Paulo. Lá, ficou preso com mais dois jornalistas: George Duque Estrada e Rodolfo Konder. Pela manhã, em depoimento, Vlado negou qualquer ligação com o PCB. A partir daí os outros dois jornalistas foram levados para um corredor, de onde puderam escutar uma ordem para que se trouxesse a máquina de choques elétricos.

Para abafar o som da tortura, um rádio com som alto foi ligado e Vlado nunca mais foi visto com vida. A versão oficial da época, apresentada pelos militares, foi a de que Vladimir Herzog teria se enforcado com um cinto, e até uma foto do jornalista morto na cela do DOI-CODI chegou a ser divulgada. Posteriormente, o autor da foto, Silvaldo Leung Vieira confessou a “farsa do suicídio” e que a imagem foi mais uma mentira contada pelos militares durante a ditadura.

A repercussão da morte do jornalista foi enorme. Ficou exposta aos olhos do país a crueldade do regime ditatorial. Manifestações populares, principalmente de estudantes, começaram a eclodir, como não ocorria desde 1968. Uma semana depois do assassinato, mais de oito mil pessoas participaram de um culto ecumênico na Catedral da Sé, em São Paulo, concelebrado pelo cardeal Dom Paulo Evaristo Arns, o rabino Henry Sobel e o reverendo James Wright. O fato mobilizou não apenas importantes setores da oposição, mas até o conservador empresariado paulista.

Em janeiro de 1976, o Sindicato dos Jornalistas Profissionais no Estado de São Paulo encaminhou à Justiça Militar o manifesto “Em nome da verdade”, subscrito por 1.004 jornalistas. Era a primeira vez, naquele período de forte censura e repressão, que se ousava contestar publicamente a versão oficial de suicídio e reclamar a completa elucidação dos fatos. Em 1978, a Justiça brasileira, em sentença proferida pelo juiz Márcio José de Moraes, condenou a União pela prisão ilegal, tortura e morte de Vladimir Herzog.

Em 1996, a Comissão Especial dos Desaparecidos Políticos reconheceu oficialmente que ele foi assassinado e concedeu uma indenização à sua família, que não a aceitou, por julgar que o Estado brasileiro não deveria encerrar o caso dessa forma. Eles queriam que as investigações continuassem. O atestado de óbito, porém, só foi retificado mais de 15 anos depois.

5.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CASO NA JURISDIÇÃO INTERNA

Pelo princípio da complementariedade há que se esgotar a jurisdição interna para que se possa dar início à jurisdição internacional. Assim, cumpre esclarecer como se deram os fatos na jurisdição interna, desde a citação de Vlado, em 24 de outubro de 1975, para comparecer ao DOI-CODI em São Paulo para ser interrogado sobre seus vínculos com o Partido Comunista Brasileiro (PCB) até o a negativa jurisdicional de investigar a sua morte.

Quando o jornalista se apresentou ao DOI-CODI, foi detido sem ordem judicial. Membros do Exército o torturaram e mataram, porém, a versão oficial do Exército disse que a causa da morte foi suicídio. Devido à pressão do público no Brasil, em 31 de outubro de 1975, o Comando do Segundo Exército emitiu ordens para que fossem determinadas as circunstâncias do suicídio de Vladimir Herzog. No dia seguinte, foi aberto um Inquérito Policial Militar.

O sistema de Justiça Militar arquivou a investigação da morte de Herzog em 8 de março de 1976, declarando que nenhum delito havia ocorrido por parte do DOI-CODI. A investigação foi arquivada apesar do fato de que o médico que supostamente havia realizado a autópsia de Herzog testemunhou nunca ter visto o corpo do jornalista.

Clarice Herzog e seus dois filhos apresentaram uma Ação Declaratória perante a Justiça Federal de São Paulo em 19 de abril de 1976, requerendo que a Corte reconhecesse a responsabilidade do Estado brasileiro pela prisão arbitrária, tortura e morte de Herzog. A família do jornalista declarou que o Estado havia sido responsável pela sua segurança física durante sua presença no DOI-CODI e que a versão oficial de sua morte foi falseada.

Em 2 de julho de 1976 o Estado apresentou sua defesa, pedindo que a Ação Declaratória fosse inadmitida, e em 27 de outubro de 1978 o juiz federal emitiu sentença sobre o caso Herzog declarando que o jornalista foi detido arbitrariamente e morreu em decorrência da tortura a que foi submetido. No primeiro momento, o juiz responsável pelo caso seria João Gomes Martins, mas o regime militar entrou com um mandado de segurança e impediu que Martins prolatasse a sentença. O raciocínio dos militares era de que Martins, às vésperas de completar 70 anos e

se aposentar compulsoriamente, teria menos a perder condenando a União do que um jovem juiz substituto, com toda a carreira pela frente. O caso então caiu nas mãos de Márcio José de Moraes, auxiliar de Martins e juiz federal há apenas dois meses. Assim o juiz tirou férias para se dedicar ao processo e, para garantir a segurança da esposa e das duas filhas, mandou-as para o interior. Até que no dia 27 de outubro de 1978, três anos depois do crime, o juiz julgou a Ação procedente, nos seguintes termos:

Pelo exposto, julgo a presente ação procedente e o faço para declarar a existência de relação jurídica entre os autores e a ré, consistente na obrigação desta, indenizar aqueles danos materiais e morais decorrentes da morte do jornalista Vladimir Herzog, marido e pai dos autores.²²

Culminando na aprovação, em 28 de agosto de 1979, da Lei Nº. 6.683, conhecida como “Lei de Anistia”, que outorgou o benefício aos crimes políticos e aos crimes com eles conexos, praticados entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. A interpretação que se consolidou nacionalmente foi de que os crimes praticados por agentes do Estado do regime seriam conexos aos crimes políticos e, portanto, amparados pela Lei de Anistia.

Diante de novas informações publicadas na revista “Isto é, Senhor”, em 27 de abril de 1992, o Ministério Público do Estado de São Paulo requisitou a abertura de inquérito policial para apurar as circunstâncias do homicídio de Herzog, e em 13 de outubro de 1994 o Tribunal de Justiça de São Paulo determinou o trancamento do inquérito policial, por considerar que os crimes descritos teriam sido objeto de anistia.

Em 5 de março de 2008, com base em fatos novos, procuradores do Ministério Público Federal encaminharam uma representação à divisão criminal da Procuradoria da República, para que fosse instaurada uma persecução penal em face dos responsáveis pelo crime de homicídio e tortura contra Vladimir Herzog. Contudo, em 19 de novembro de 2014, o representante do Ministério Público

²² Graças à sentença do juiz Márcio José de Moraes, a Família Herzog recebeu, em março de 2013, um novo atestado de óbito que, ao invés do suicídio, aponta como causas da morte do jornalista lesões e maus-tratos. No entanto, falta ainda determinar os culpados. E o julgamento na Corte Interamericana de Direitos Humanos pode, finalmente, fazer isso.

Federal com prerrogativa criminal emitiu seu parecer pelo arquivamento da investigação, argumentando que o trancamento do inquérito policial anterior havia feito coisa julgada material, e não poderia ser novamente processado. O pedido de arquivamento foi acolhido pela Juíza Federal competente, que decidiu ainda que os crimes praticados pelos agentes da ditadura militar estariam prescritos.

5.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CASO NA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) recebeu do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), em 10 de julho de 2009, petição sobre o caso Vladimir Herzog. Contudo, somente em 28 de outubro de 2015 publicou seu Relatório de Mérito nº 71/2015 sobre o caso, no qual concluiu que o Estado brasileiro é responsável pelas violações aos direitos à vida, à liberdade e à integridade pessoal de Herzog, e também pela privação de seus direitos à liberdade de expressão e de associação por razões políticas.

A Comissão recomendou ao Estado brasileiro que investigasse a detenção, tortura e morte de Herzog para identificar os responsáveis, e, em 22 de abril de 2016 a CIDH apresentou o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, devido ao descumprimento pelo Estado das recomendações feitas pela Comissão.

Em 16 de agosto de 2016 o caso foi submetido à Corte Interamericana. Apresentou-se contestação em 14 de novembro de 2016 pelo Estado brasileiro e em 24 de maio de 2017 foi realizada a Audiência Pública na sede da Corte Interamericana em San José, Costa Rica, com a presença dos representantes da vítima, do Estado, contando com o depoimento de familiares e peritos.

A Corte então entendeu que os familiares das vítimas de violações de Direitos Humanos são também vítimas, em decorrência da violação do direito à integridade psíquica e moral dos familiares das vítimas, e em decorrência das posteriores ações ou omissões das autoridades estatais frente aos fatos. Da mesma forma, em casos em que há sérios indícios de graves violações de DH, como massacres (Caso Mapiripán vs. Colombia), desaparecimentos forçados de pessoas (Caso Blake vs. Guatemala), execuções extrajudiciais (Caso La Cantuta vs. Peru) ou torturas (Caso Espinosa Gonzáles vs. Peru) a Corte considerou que a Comissão ou os seus representantes não necessitam provar a violação da integridade

pessoal, já que se entende que agem mediante presunção *iuris tantum*, o que significa dizer que, no que tange à responsabilidade internacional do Estado, este, ao privar qualquer pessoa da liberdade, torna-se imediatamente garantidor dos direitos das pessoas sob sua custódia.

Entende a Comissão, que há presunção de responsabilidade internacional do Estado quanto aos danos causados aos detentos sob custódia. Por ser uma presunção de responsabilidade *iuris tantum*, caberia ao Estado o ônus de afastá-la por meio de provas.

Assim, o Tribunal considerou demonstrado que, em consequência da falta de verdade, investigação, julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e pelo assassinato de Vlado, os familiares diretos da vítima padeceram de um profundo sofrimento e angústia, em detrimento de sua integridade psíquica e moral – direito à integridade pessoal prevista no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, restando indubitável que o Estado brasileiro descumpriu as normas gerais previstas no artigo 1.1 do tratado, tudo em prejuízo de Zora, Clarice, Ivo e André Herzog..

No tocante a reparação, essa deve ser feita de forma plena (*restitutio in integrum*) que consiste no restabelecimento da situação anterior; mas como isso não era possível, o Tribunal determinou a garantia dos direitos violados e a reparação das consequências provocadas com as violações, seguindo como parâmetro a jurisprudência da Corte.

Assim, dentre vários pedidos dos peticionantes, a Corte reconheceu como devida a reparação imaterial (por danos morais) aos familiares de Vlado no valor de US\$ 40.000,00 (quarenta mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada uma das vítimas (esposa, filhos e mãe). O Estado brasileiro também foi condenado a reparar Clarisse, a título de indenização compensatória, pelos gastos decorrentes das ações perante os tribunais nacionais e diligência, indenização essa fixada em US\$ 20.000,00 (vinte mil dólares americanos); pelas custas e gastos arcados pela CEJIL, bem como os gastos de viagem internacional de uma vítima, uma testemunha e um perito à audiência pública do processo.

Para além da reparação pecuniária, na sentença²³ a Corte condenou o

²³ Corte IDH Caso Herzog e outros Vs. Brasil, Juízes: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Presidente; Eduardo Vio Grossi, Vice-Presidente; Humberto Antonio Sierra Porto, Juiz;

Estado brasileiro em obrigação de fazer, qual seja a obrigação de investigar, nos seguintes termos:

Eem atenção ao caráter de crime contra a humanidade da tortura e do assassinato de Vladimir Herzog e às consequências jurídicas decorrentes dessas condutas para o direito internacional (par. 230 a 232 supra), a Corte dispõe que o Estado deve reiniciar, com a devida diligência, a investigação e o processo penal cabíveis, pelos fatos ocorridos em 25 de outubro de 1975, para identificar, processar e, se for o caso, punir os responsáveis pela tortura e assassinato de Vladimir Herzog, num prazo razoável. Em especial, o Estado deverá: a) realizar as investigações pertinentes, levando em conta o padrão de violações de direitos humanos existente na época (par. 238 a 240 supra), com o objetivo de que o processo e as investigações pertinentes sejam conduzidos em consideração à complexidade desses fatos e ao contexto em que ocorreram; b) determinar os autores materiais e intelectuais da tortura e morte de Vladimir Herzog. Além disso, por se tratar de um crime contra a humanidade, o Estado não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, assim como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, coisa julgada, ne bis in idem ou qualquer excludente similar de responsabilidade, para escusar-se dessa obrigação, nos termos dos parágrafos 260 a 310 desta Sentença; c) assegurar-se de que: i) as autoridades competentes realizem as investigações respectivas ex officio, e que, para esse efeito, tenham a seu alcance e utilizem todos os recursos logísticos e científicos necessários para coletar e processar as provas e que, em especial, tenham a faculdade de acessar a documentação e as informações pertinentes para investigar os fatos denunciados e levar a cabo, com presteza, as ações e averiguações essenciais para esclarecer o sucedido à pessoa morta e aos desaparecidos do presente caso; ii) as pessoas que participem da investigação, entre elas os familiares das vítimas, as testemunhas e os operadores de justiça, contem com as devidas garantias de segurança; e iii) as autoridades se abstenham de obstruir o processo investigativo. d) assegurar o pleno acesso e capacidade de agir das vítimas e seus familiares, em todas as etapas dessas investigações, de acordo com a legislação interna e as normas da Convenção Americana; e e) garantir que as investigações e processos pelos fatos do presente caso se mantenham, em todo momento, sob conhecimento da jurisdição ordinária.

Ainda, e ponto nodal dos efeitos que a sentença fará na esfera interna da jurisdição brasileira, é a vedação ao Estado de reconhecer como prescritível os crimes de tortura e extermínio praticados pelo regime militar, por constituírem crimes contra a humanidade. Nesta esteira, confira-se outro trecho da sentença²⁴:

Quanto à imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, a Corte concluiu, no capítulo VII-1, que a aplicação da figura da prescrição no presente caso representou uma violação do artigo 2 da Convenção Americana, porquanto foi um elemento decisivo para manter a impunidade

Elizabeth Odio Benito, Juíza; Eugenio Raúl Zaffaroni, Juiz; e L. Patricio Pazmiño Freire, Juiz; Proferida em março de 2018, p.93), encontrado em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf.

²⁴ *Ibidem*, p. 94.

dos fatos verificados. Do mesmo modo, a Corte constatou o caráter imprescritível dos delitos contra a humanidade no direito internacional (par. 214 supra). Além disso, a Corte recorda que, de acordo com sua jurisprudência constante, os delitos que impliquem graves violações de direitos humanos e os crimes contra a humanidade não podem ser objeto de prescrição (par. 261 supra). Por conseguinte, o Brasil não pode aplicar a prescrição e as demais excludentes de responsabilidade a este caso e a outros similares, nos termos dos parágrafos 311 e 312 da presente Sentença. Em virtude do exposto, a Corte considera que o Brasil deve adotar as medidas mais idôneas, conforme suas instituições, para que se reconheça, sem exceção, a imprescritibilidade das ações resultantes de crimes contra a humanidade e internacionais, em atenção à presente Sentença e às normas internacionais na matéria.

Nesses dois últimos pontos, deve-se entender que implementação da decisão internacional se dará via do Poder Judiciário brasileiro.

Na jurisdição interna brasileira, a última decisão judicial foi no sentido de acolher a alegação de prescrição dos crimes praticados durante a ditadura militar, isso com amparo na lei de anistia. Assim, veja-se que o fato da violação de direitos humanos emanou do próprio Poder Judiciário e não do Poder Legislativo ou Executivo, o que ocasionará um aparente conflito entre coisa julgada, instituto este reconhecido pelas Cortes Internacionais. Contudo, a Corte Interamericana não se presta a realizar uma revisão ou superação do precedente anterior. A Corte analisa a sentença interna como fato e não como decisão, o que permite a anulação da decisão interna, uma vez que ela é o fato violador (Ramos, 2015, p. 382).

Diante disso, a sentença interna será declarada nula pela jurisdição interna e passará a valer a decisão proferida pela Corte Interamericana, especificamente para o caso Herzog. Lembre-se que a sentença da Corte pode também complementar a sentença interna ou revogar parte dela. Via de regra os Estados devem criar lei específica para o cumprimento das sentenças internacionais²⁵ (provenientes de Cortes com jurisdição internacional), caso contrário segue-se a regra geral estabelecida no 68 do Pacto de São José da Costa Rica, o qual prevê que:

25 A sentença internacional difere da sentença estrangeira: esta é proferida por um Tribunal estrangeiro e deverá ser homologada, como estabelecido pela EC 45/04, para passar a valer em território nacional; já aquela não necessita de homologação, uma vez que é proferida por um Tribunal Internacional ao qual o Estado brasileiro se submete, devendo, portanto, ser cumprida obrigatoriamente. Assim, no caso Herzog, a família do jornalista entrará com uma ação executiva em face da União para receber as indenizações fixadas em sentença. Na esfera penal, a jurisdição deverá seguir as regras de competência estabelecidas na legislação penal.

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

Não é demais lembrar que o Estado brasileiro se submete a jurisdição Internacional da Corte, e em caso de descumprimento da decisão internacional pelo Estado, o Tribunal Internacional dará início a um lento processo de estabelecimento de sanções internacionais, e em especial poderá manter o Brasil no rol daqueles que desrespeitam os DH internacionais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta do presente trabalho direcionou-se no sentido de uma análise crítica sobre a atual estrutura jurisdicional de proteção dos Direitos Humanos através dos preceitos do Direito Internacional Público. Todavia, não se trata de uma discussão irrisória diante da necessidade do tema, a qual é constantemente abalroada pela alegação de ineficaz.

Pode-se perceber ao longo deste trabalho que a justiciabilidade dos Direitos Humanos iniciou em meados do século passado com o sofrimento de milhares de pessoas. A construção de uma concepção universal de DH é constantemente marcada pela corrente crítica relativista que entendem que as organizações internacionais são em grande maioria influenciadas pela política, econômico, cultural e social. Contudo ao analisarmos a história, percebemos que a estrutura das Nações Unidas são a síntese dos aliados na 2ª Guerra Mundial, estrutura essa que se encontra intacta até os dias de hoje, a qual mantêm sua hegemonia através do Conselho de Segurança. Assim, como não dar o mínimo de razão para aqueles que assim como Danilo Zollo, Pietro Costa, Zaffaroni, passam a criticar discussões na Organização das Nações Unidas baseadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, pois torna-se difícil o consenso entre os Estados-partes, o que enfraquece a capacidade sancionatória de suas deliberações e impede a criação de órgãos jurisdicionais internacionais.

Contudo, ao que nos parece, a formação dos Sistemas Regionais de Direitos Humanos, como é o caso do Interamericano no qual o Estado brasileiro está inseridos, consegue ultrapassar a ideia de que os conceitos universalistas (indivisibilidade, universalidade, interdependentes, inter-relacionados) são genéricos, ao passo que a leitura desses preceitos é feita a partir de um filtro regional.

A proximidade entre países de uma mesma região possibilita que uns influenciem o comportamento de outros e, assim, seja assegurada a observância a padrões comuns de respeito aos Direitos Humanos. Além disso, a comunhão de valores e condições socioeconômicas facilita a formulação de um rol mínimo de aplicação e interpretação dos tratados protetivos dos DH, servindo como parâmetro para a atuação dos Estados.

Assim, como vimos no último capítulo, a criação e sofisticação dos sistemas regionais de proteção facilitou o acesso à justiça internacional por parte das vítimas de violações de Direitos Humanos. Fazendo com que os Estados que aderiram ao seu tratado internacional se submetam à jurisdição das Cortes Internacionais.

Especificamente no caso do Estado brasileiro vs. Vladimir Herzog, o Brasil é signatário do Tratado de Viena, o qual veda expressamente que o membro alegue direito interno para deixar de respeitar direitos humanos ou ainda não cumprir uma sentença condenatória proferida pela Corte Interamericana de DH.

Contudo, não é demais lembrar que o judiciário brasileiro falhou deliberadamente em proteger os direitos humanos quando reconheceu a validade e constitucionalidade da Lei da Anistia, declarando a prescrição dos crimes cometidos durante a ditadura militar, sendo que tal entendimento legal nacional somente foi revogado por meio da sentença internacional.

Pode-se verificar que o Estado brasileiro violou as disposições constantes na Convenção de Viena e na Declaração Interamericana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica.

Por fim, pode-se concluir que, em que pese existam complexos organismos de proteção de Direitos Humanos atuante de forma global e em âmbito regional, a realidade nos mostra que a preservação, proteção e reconhecimento dos Direitos Humanos sob os aspectos universais, como originalmente concebidos, em verdade não são, ainda que legalmente recepcionados, espontaneamente aplicados pelos Estados, havendo a necessidade de uma força coercitivo hierarquicamente superior, evidenciando a imprescindibilidade da manutenção e aperfeiçoamento dos organismos internacionais de proteção dos Direitos Humanos a fim de garantir plena efetividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

AGUSTINHO. Eduardo Oliveira. **Apontamentos sobre a hermenêutica do direito empresarial constitucional a partir da análise econômica do direito**. 2010.

Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3582.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

ANZILOTTI, Dionisio. *Scritti di Diritto Internazionale Pubblico*. Tomo Primo. Padova: Cedam, 1956.

ARISTOTELE. **Ética Nicomachea**. Roma-Bari: Laterza, 2003, p. 215

ARISTOTELE. *Retorica*, I, XIII, 1374 a-b.

BARACHO. José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade: conceito e revolução**. 1995. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46525/46567>>. Acesso em: 12 out. 2018.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 6 ed. São Paulo: Editora Edipro, 2016.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2 ed. São Paulo: Editora Edipro, 2014.

BOTELHO. Martinho Martins. A liberdade de circulação de fatores econômicos produtivos no Mercosul: ainda a questão da livre circulação de trabalhadores.

Revista Paradigma, São Paulo, n. 22, p. 57-79, jan./dez. 2013. Disponível em:

<<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/233/305>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Decreto nº 7030, de 14 de dezembro de 2009**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 03 nov. 2018.

CALETTI, Cristina. Os precedentes do Tribunal Penal Internacional, seu estatuto e sua relação com a legislação brasileira. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: . Acesso em: 02 fev. 2010

CASTRO, C. M. **A Prática da Pesquisa**. 2 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

CASTRO, Thales. **Conselho de Segurança da ONU**. Curitiba: Juruá, 2007.

CERVO, Amado Luiz. Política exterior e relações internacionais do Brasil: enfoque paradigmático. **Revista Brasileira de Política Internacional**. v 46, n 2, Brasília, jul/dez. 2003. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292003000200001>. Acesso em: 03 nov. 2018.

CHOUKR, Fauzi Hassan; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Cooperação Jurídica Internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre. **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: RT, 2014

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Constituição, Democracia e Justiça**. Aportes para um constitucionalismo igualitário. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro; Forense, 2007.

COELHO, Luiz Fernando. **Direito Constitucional e Filosofia da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. **Teoria Crítica do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Reservations to the convention on the prevention and punishment of the crime of genocida**. Parecer consultivo de 28 de maio de 1951, ICJ Report 1951.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constituição, direito e utopia: do jurídico-constitucional nas utopias políticas**. Coimbra: Editora Coimbra, 1996.

_____. **Do Neoconstitucionalismo**. Entre Práticas e Teorias. Disponível em: <file:///C:/Users/00937984906/Downloads/fulltext_stamped.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2017.

_____. **Filosofia e Constituição**. Simbolismo das Origens. A Lição de Brotero. Disponível em: <[file:///C:/Users/00937984906/Downloads/fulltext_stamped%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/00937984906/Downloads/fulltext_stamped%20(2).pdf)>. Acesso em: 25 jan. 2017.

_____. **Lições Preliminares de Filosofia do Direito**. Editora Almedina Internacional, 1998.

_____. **Neoconstitucionalismo: de Espectro a Realidade**. Disponível em: <[file:///C:/Users/00937984906/Downloads/fulltext_stamped%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/00937984906/Downloads/fulltext_stamped%20(3).pdf)>. Acesso em: 25 jan. 2017.

_____. **Nova Defesa da Constituição**. Disponível em: <file:///C:/Users/00937984906/Downloads/fulltext_stamped%20(1).pdf>. Acesso em: 25 jan. 2017.

_____. **Novo Direito Constitucional Europeu**. Coimbra: Editora Almedina Internacional, 2005.

DALLARI, D.A. Direitos humanos e cidadania. 2.ed. São Paulo: Moderna, 2004.

DAVID, René; BLANC-JOUVAN, Xavier. **Le droit anglais**. Paris: PUF, 2001.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. São Paulo: Editora Ícone, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KAUARK, F.S.; MANHÃES F.C.; MEDEIROS C.H. **Metodologia da Pesquisa: Um Guia Prático**. Itabuna: Via Litterarum, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1986.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KERLINGER, F. **Metodologia da pesquisa em ciências sociais: um tratamento conceitual**. São Paulo: EPU, 1980.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, G. A; THEÓPHILO, C. R. **Metodologia da Investigação Científica para Ciências Sociais Aplicadas**. São Paulo: Atlas, 2009.

MAURER, Béatrice et al. **Dimensões da dignidade**. Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MÜLLER, Friedrich. **Prefácio**. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **A Constituição europeia como signo: da superação dos dogmas do Estado nacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 3. ed. Max Limonad, 2003.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **A Constituição europeia como signo: da superação dos dogmas do Estado nacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

_____. **A constituição internacional pelos direitos humanos.** Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00401_00424.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. **A corte defensora da constituição internacional.** Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/773f70beb8288a918c610e461e5131c6.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

_____. **Constituição e direito internacional:** cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERELMAN, Chaïm. **La Giustizia.** Torino: Giappichelli, 1991, p.61

PFERSMAN, Otto. **Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI.** São Paulo: Saraiva/IDP, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional.** São Paulo: M. Limonad, 1997.

PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio. **O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PRODANOV, C.C; FREITAS, E. C. **Metodologia do Trabalho Científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico,** 2ª ed. Novo Hamburgo: Universidade FEEVALE, 2013.

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

_____. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 262.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O direito internacional no século XXI:** textos fundamentais. Rio de Janeiro: Saraiva, 2002.

ROUSSEAU, Charles. **Droit International Public.** Paris: Recueil Sirey, 1953.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição concretizada:** Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Direitos Fundamentais Sociais.** Estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang (orgs). **Constituição e Direitos Fundamentais:** estudo em torno dos fundamentos constitucionais do Direito Público e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais.** Disponível em: <http://www.unibrasil.com.br/revista_on_line/artigo%2026.pdf> Acesso em: 24 jan. 2017.

SMITH, Rhona K.M. **Textbook on international human rights.** Oxford, Oxford University Press, 2003.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público.** São Paulo: Atlas, 2002, p.103-104.

TAVARES, Raquel. **O Sistema Africano De Proteção Dos Direitos Humanos.** 2013. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/2_3/IIPAG2_3_1.htm.> Acesso em: 02 jul. 2015.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A Humanização do Direito Internacional.** Brasília: Del Rey, 2006.

_____. **Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI.** Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>> Acesso em: 16 jan. 2017.

_____. **Os tribunais internacionais e a realização da justiça.** Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.** Porto Alegre: Fabris, 1997.

ZOLO, D, I Signori della pace, Roma, Carocci, 1998.

_____. Chi dice l'umanità, Torino, Einaudi, 2000.

_____. Globalizzazione. Una mappa dei problemi, Roma-Bari, Laterza, 2004.