ACESSO À VERSÃO DIGITAL
GRÁTIS NA NUVEM

Para visualizar o livro eletrônico na nuvem de leitura basta enviar seu nome e CPF, juntamente com a nota de compra e a foto do código de barras localizado na contra capa deste livro, para o email:

atendimento@tirant.com

Em até 3 dias úteis enviaremos as instruções e o código de acesso para a leitura do arquivo digital em PDF. Caso não receba ou tenha qualquer dúvida estamos disponíveis através do fone 11 2894 7330 e também do email suporte@tirant.com.

Observação importante: Leitura individual e para uso doméstico. É proibida toda forma de reprodução da obra, parcial ou integralmente. Obra protegida por direitos autorais. O acesso gratuito é para leitura em nuvem, não será enviado o arquivo do livro e não é permitido o download. Arquivo disponível em PDF.

ORGANIZADOR:

André de Carvalho Ramos

Corte Europeia dos Direitos Humanos

Comentários dos votos do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque

tirant
lo blanch

Copyright© Tirant lo Blanch Brasil
Editor Responsável: Aline Gostinski
Assistente Editorial: Izabela Eid
Capa: Natália Carrascoza Vasco
Projeto Gráfico e Diagramação: Rodrigo de Morais Lucio

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México
Juarez Tavares
Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil
Luis López Guerra
Ex Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha
Owen M. Fiss
Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA
Tomás S. Vives Antón
Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

A884 Atchabahian, Ana Cláudia Ruy Cardia

Corte Europeia dos Direitos Humanos: comentários dos votos do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque / Cláudia Ruy Cardia Atchabahian...[et. al.]; André de Carvalho Ramos (Org.);Tradução Ana Teresa C. Khatounian. - 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2021.

520 p.

ISBN: 978-65-5908-202-5

1. Direitos humanos. 2. Julgamento. 3. Europa. I. Título.

CDU: 347.2(1-924.2/.3)

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.
A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei n° 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n°9.610/98).
Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editoral Ltda.

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.
Avenida Brigadeiro Luiz Antonio nº 2909, sala 44.
Bairro Jardim Paulista, São Paulo - SP CEP: 01401-000
Fone: 11 2894 7330 / Email: editora@tirant.com / atendimento@tirant.com
www.tirant.com/br - www.editorial.tirant.com/br/

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

ORGANIZADOR:
André de Carvalho Ramos

Corte Europeia dos Direitos Humanos

Comentários dos votos do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO - O "DIÁLOGO DAS CORTES" E O ESTUDO DOS VOTOS DO JUIZ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE ____ **11**
ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS

PRÓLOGO - EM DEFESA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS ____ **19**
PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE

I. A CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO NACIONAL ____ **42**

1. G.I.E.M. S.R.L. E OUTROS V. ITÁLIA. OPINIÃO PARCIALMENTE CONCORDANTE E PARCIALMENTE DISSIDENTE DO JUIZ PINTO DE ALBUQUERQUE ____ **42**

A. ODISSÉIA DO CONFISCO URBANO E A PAN-PENALIZAÇÃO NA ITÁLIA: COMENTÁRIOS À OPINIÃO DO JUIZ PINTO DE ALBUQUERQUE NO CASO G.I.E.M. S.R.L. E OUTROS V. ITÁLIA. ____ **92**
FERNANDO CÉSAR COSTA XAVIER

2. VALLIANATOS E OUTROS V. GRÉCIA. OPINIÃO PARCIALMENTE CONCORRENTE E PARCIALMENTE DISSIDENTE DO JUIZ PINTO DE ALBUQUERQUE. ____ **104**

A. DIÁLOGOS EM DIVERSIDADE: O QUE PODEMOS APRENDER COM O CASO VALLIANATOS E OUTROS V. GRÉCIA? ____ **114**
MELINA GIRARDI FACHIN E BRUNA NOWAK

II. DIREITO À VIDA ____ **126**

3. LOPES DE SOUSA FERNANDES V. PORTUGAL: OPINIÃO PARCIALMENTE CONCORRENTE, PARCIALMENTE DISSIDENTE, DO JUIZ PINTO DE ALBUQUERQUE ____ **126**

A. O CASO LOPES DE SOUSA FERNANDES V. PORTUGAL. LEVANDO O DIREITO A TRATAMENTOS DE SAÚDE E O CASO CONCRETO A SÉRIO ____ **180**
LUÍS RENATO VEDOVATO

III. PROIBIÇÃO DA TORTURA E TRATAMENTOS DESUMANOS E DEGRADANTES 192

4. MOCANU E OUTROS V. ROMÊNIA: OPINIÃO CONCORRENTE DO JUIZ PINTO DE ALBUQUERQUE, ACOMPANHADO PELO JUIZ VUČINIĆ 192

A. SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE E A QUESTÃO DA TORTURA: A RESPEITO DE MOCANU E OUTROS V. ROMÊNIA 205

LUCAS CARLOS LIMA

5. MURSIC V. CROACIA. OPINIÃO PARCIALMENTE DISSIDENTE DO JUIZ PINTO DE ALBUQUERQUE 215

A. MURSIC VS. CROÁCIA: CONTRIBUIÇÕES DO JUIZ PAULO SÉRGIO PINTO DE ALBUQUERQUE PARA O ENDURECIMENTO DA SOFT LAW PRISIONAL 248

ANA MARIA D´ÁVILA LOPES

IV. DIREITO A UM JULGAMENTO JUSTO 267

6. LAGUTIN E OUTROS C. RÚSSIA. OPINIÃO CONCORRENTE DO JUIZ PINTO DE ALBUQUERQUE, ACOMPANHADO PELO JUIZ DEDOV 267

A. CASO LAGUTIN E OUTROS VS. RÚSSIA. UM LEADING CASE SOBRE OS LIMITES DAS OPERAÇÕES POLICIAIS SECRETAS COM PROVOCAÇÃO DE CONDUTA DELITUOSA POR AGENTES DISFARÇADOS 278

SILVIO BELTRAMELLI NETO

V. DIREITO À ASSISTÊNCIA JURÍDICA 295

7. DVORSKI C. CROÁCIA. OPINIÃO DISSIDENTE CONJUNTA DOS JUÍZES KALAYDJIEVA, PINTO DE ALBUQUERQUE E TURKOVIĆ 295

A. O DIREITO À ASSISTÊNCIA DE UM DEFENSOR DE SUA PRÓPRIA ESCOLHA NAS FASES PRÉ-PROCESSUAIS: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE OS SISTEMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS 304

BRENO BAÍA MAGALHÃES E RAYSA ANTONIA ALVES ALVES

VI. LEGALIDADE NO DIREITO PENAL 322

8. MAKTOUF E DAMYANOVIC V. BÓSNIA E HERZEGOVINA. OPINIÃO CONCORRENTE DO JUIZ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE COM A ADESÃO DO JUIZ VUČINIĆ 322

A. BECCARIA VISITA SARAJEVO: O CASO MAKTOUF E DAMJANOVIĆ V. BÓSNIA E HERZEGOVINA 333

DANIELA BUCCI

VII. DIREITO À VIDA FAMILIAR 345

9. X. V. LETÔNIA. OPINIÃO CONCORRENTE DO JUIZ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE 345

A. A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM DIÁLOGO COM OS DIREITOS HUMANOS NOS CASOS DE ABDUÇÃO INFANTIL: COMENTÁRIOS AO VOTO CONCORRENTE DO JUIZ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE NO CASO "X. V. LETÔNIA" 358

ANA CLÁUDIA RUY CARDIA ATCHABAHIAN

VIII. DIREITO À NACIONALIDADE 369

10. RAMADAN V. MALTA. OPINIÃO DISSIDENTE DO JUIZ PINTO DE ALBUQUERQUE 369

A. A SOBERANIA ESTATAL E O DIREITO HUMANO À NACIONALIDADE: UMA BREVE ANÁLISE DA OPINIÃO DISSIDENTE DO JUIZ PINTO DE ALBUQUERQUE NO CASO RAMADAN V. MALTA, DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS 386

FLÁVIA DE ÁVILA

IX. PRIVACIDADE E LIBERDADE DE INFORMAÇÃO 398

11. DRAKŠAS V. LITUÂNIA. OPINIÃO PARCIALMENTE CONCORDANTE E PARCIALMENTE DISSIDENTE DO JUIZ PINTO DE ALBUQUERQUE 398

A. VIDA PRIVADA E INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: UM POSSÍVEL DIÁLOGO ENTRE AS CORTES INTERAMERICANA E EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS 405

LUIZ GUILHERME ARCARO CONCI

X. LIBERDADE DE EXPRESSÃO 415

12. MOVIMENTO RAELIANO SUÍÇO V. SUÍÇA. OPINIÃO DISSIDENTE DO JUIZ PINTO DE ALBUQUERQUE 415

A. COMENTÁRIO À OPINIÃO DISSIDENTE DO JUIZ PINTO DE ALBUQUERQUE NO CASO MOVIMENTO **436**
RAELIANO SUÍÇO V. SUÍÇA. THIAGO OLIVEIRA MOREIRA

XI. LIBERDADE DE REUNIÃO E LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO 450

13. KURDREVICIUS E OUTROS V. LITUÂNIA. OPINIÃO PARCIALMENTE DISSIDENTE DOS JUIZES RAIMONDI, JOČIENĖ E PINTO DE ALBUQUERQUE 450

A. KUDREVIČIUS E OUTROS VS. LITUÂNIA (2013): ENTRE O "CRIME" E A LIBERDADE DE REUNIÃO **458**
SIDDHARTA LEGALE

XII. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E OS DIREITOS HUMANOS 472

14. CASO MUKUCHYAN E MINASYAN. V AZERBAIJÃO E HUNGRIA: OPINIÃO PARCIALMENTE DISSIDENTE DO JUIZ ALBUQUERQUE 472

A. CASO MAKUCHYAN E MINASYAN V. AZERBAIJÃO E HUNGRIA E A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS **482**
INEZ LOPES

Apresentação – O "Diálogo das Cortes" e o estudo dos votos do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque

André de Carvalho Ramos[1]

Art. 1º Obrigação de respeitar os direitos do homem. As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção.

Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais Roma, 4.11.1950

1. Palavras iniciais.

A tradução e disponibilização ao público brasileiro das opiniões (votos) do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque na sua atuação na Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH), com comentários de especialistas brasileiros, representam mais um passo rumo à construção de um *universalismo em concreto*, que leve em consideração a interpretação dos direitos humanos realizada em situações que ocorrem ou podem ocorrem no Brasil.

Essa busca pelo universalismo dos direitos humanos, fruto da ideia poderosa que todas as pessoas nascem *livres* e iguais, não pode se restringir à adoção de tratados de direitos humanos. Tais textos normativos representam apenas o início da jornada do universalismo, pois a aplicação de tais textos pode redundar nos mais diversos *localismos*, sob o pálio da "interpretação nacional dos tratados". Mas, para que se construa um universalismo legítimo é necessária *abertura* e *diálogo* entre as mais diversas concepções envolvendo o "como resolver" as incontornáveis *zonas de tensão* entre direitos diversos ou mesmo colisões entre direitos e bens jurídicos coletivos.

---

1 Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). Professor Titular de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado e Doutorado) da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Doutor e Livre-Docente em direito internacional (USP). Procurador Regional da República. Foi o primeiro Secretário de Direitos Humanos da Procuradoria-Geral da República (2017-2019). Foi Procurador Regional Eleitoral do Estado de São Paulo (2012-2016). Foi *Visiting Fellow* do *Lauterpacht Centre for International Law* (Cambridge). Membro da Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP). Membro da Sociedade Brasileira de direito internacional (SBDI). Membro e Diretor do Ramo brasileiro da *International Law Association* (ILA).

Tal abertura e diálogo exigem o estudo do modo pelo qual os mais diversos tribunais nacionais e, especialmente, os internacionais lidaram com situações similares, resultando em uma inestimável contribuição para fundamentar decisões. Tal "fertilização cruzada" estimula e maximiza a busca da efetividade na proteção de direitos humanos A presente obra insere-se, então, nesse ambiente de "diálogo das Cortes", com três singularidades que merecem destaque.

Em primeiro lugar, pela escolha da tradução das opiniões do Juiz e Professor **Paulo Pinto de Albuquerque** (Professor Catedrático da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa), cuja carreira acadêmica e profissional se notabilizam pela defesa da promoção de direitos e da justiça material. **Paulo Pinto de Albuquerque**, como corrobora em seu artigo nesta obra Silvio Beltramelli Neto, possui destaque nacional e internacional, tendo exercido diversos postos acadêmicos e judiciários, inclusive vindo a participar, a convite, de importantes movimentos legislativos, como a reforma da legislação processual penal alemã (1999) e a reforma penal de Portugal (2005-2007). Foram 9 (nove) anos de mandato junto a Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH), entre 2011 e 2020, nos quais houve significativa contribuição ao desenvolvimento da proteção dos direitos humanos no cenário europeu e global.

Tais predicados são vistos nas opiniões - algumas divergentes - aqui expostas, mostrando as potencialidades a se explorar na área dos direitos humanos. **Paulo Pìnto de Albuquerque** não se resigna ao estágio já alcançado na proteção de direitos, mesmo em sociedades democráticas, provando que é preciso ir além na defesa dos direitos das pessoas em situação de vulnerabilidade.

Em segundo lugar, a escolha dos temas foi pautada pela relevância e pelo impacto no cotidiano das brasileiras e brasileiros. Por isso, as opiniões traduzidas trazem questões envolvendo o direito à privacidade e às interceptações telefônicas, direito à ampla defesa e a defesa técnica, direito de propriedade e o confisco, direito ao devido processo legal e as operações policiais, direito à saúde, regime jurídico dos crimes de *jus cogens,* liberdade de expressão e liberdade de religião, direito à integridade física e tratamento prisional, liberdade de expressão e liberdade de reunião, migração e nacionalidade, dever de investigar e punir os violadores de direitos humanos e a transferência de sentenciado, dever de investigar e punir e violência policial, igualdade e união homoafetiva, direito à vida familiar e a subtração internacional de crianças, entre outras.

Em terceiro lugar, a obra traz precioso debate sobre as opiniões na forma de comentários de especialistas brasileiros. São quatorze docentes, de diversos centros acadêmicos do norte ao sul do Brasil, que trouxeram diferentes perspectivas sobre o conteúdo das opiniões, explorando as possibilidades de uso no país. A escolha dos docentes privilegiou tanto o saber teórico quanto a representatividade regional. São 14 centros acadêmicos (se incluirmos a Universidade de São Paulo, minha *alma mater*), abarcando *todas* as cinco regiões do Brasil e *unindo* universidades públicas e privadas.

2. A divisão da obra

O livro foi dividido em 12 partes, agrupando os comentários realizados pelos docentes brasileiros pelos seguintes eixos temáticos: Parte I - A Convenção Europeia de Direitos Humanos e o Direito Nacional; Parte II - Direito à vida; Parte III - Proibição da tortura e tratamentos desumanos e degradantes; Parte IV - Direito a um julgamento justo; Parte V - Direito à assistência jurídica; Parte VI - Legalidade no Direito Penal; Parte VII - Direito à vida familiar; Parte VIII - Direito à nacionalidade; Parte IX - Privacidade e liberdade de informação; Parte X - Liberdade de expressão; Parte XI - Liberdade de reunião e liberdade de manifestação; Parte XII - Cooperação jurídica internacional e direitos humanos.

Na Parte I, dedicada à Convenção Europeia de Direitos Humanos e o Direito Nacional, **Fernando César Costa Xavier** (Universidade Federal de Roraima) no artigo intitulado "A odisseia do confisco urbano e a pan-penalização na Itália: comentários à opinião do juiz Pinto e Albuquerque no caso G.I.E.M. S.R.L. e outros v. Itália" expôs a crescente tensão entre a Corte europeia e a Corte Constitucional italiana no delicado tema envolvendo situações de *confisco* urbano mesmo nos casos nos quais os acusados de construção ilegal escaparam da condenação pela ocorrência da *prescrição* dos crimes, tema de relevo ao Brasil dada à morosidade conhecida do sistema de justiça penal nacional.

Ainda na Parte I, **Melina Girardi Fachin** (Universidade Federal do Paraná) e **Bruna Novak**, no artigo intitulado "Diálogos em diversidade: o que podemos aprender com o caso Vallianatos e outros v. Grécia?", traçam os desafios dos diálogos entre o direito internacional e os diversos direitos constitucionais, em uma porosidade na qual se ressalta o uso do controle de convencionalidade.

Na Parte II, referente ao direito à vida, **Luis Renato Vedovato** (Universidade de Campinas - Unicamp), no artigo "O caso Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal - Levando o direito a tratamentos de saúde e o caso concreto a sério", destaca que os elementos constantes do voto como sendo uma fonte segura para se levar à responsabilização do Estado e para se incrementar a garantia de direitos, tais como o direito à saúde.

Na Parte III, voltada à proibição da tortura e tratamentos desumanos e degradantes, **Lucas Carlos Lima** (Universidade Federal de Minas Gerais), em artigo intitulado "Sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e a questão da tortura: a respeito de Mocanu e outros v. Romênia" mostra a importante contribuição do voto para a (ainda precária) prática brasileira sobre a imprescritibilidade das graves violações de direitos humanos: a passagem do tempo não exonera, estando *Mocanu e outros v. Romênia* não tão distante de *Herzog e Outros v. Brasil* (Corte Interamericana de Direitos Humanos) na medida em que ambos demonstram que o tempo nem sempre é suficiente para balancear os interesses de uma sociedade vincada.

Ainda na Parte III, **Ana Maria D´Ávila Lopes** (Universidade de Fortaleza), em artigo intitulado "Mursic vs. Croácia: contribuições do juiz Paulo Sérgio Pinto de Albuquerque para o endurecimento da *soft law* prisional", estuda a contribuição da interpretação evolutiva, do consenso europeu e do uso da soft law como pilares do sistema normativo europeu, chegando à conclusão de ser a *soft law* um meio pelo qual é possível fazer avançar a proteção de direitos humanos.

Na Parte IV, focada no direito a um julgamento justo, **Silvio Beltramelli Neto** (Pontifícia Universidade Católica de Campinas), em artigo intitulado "Caso Lagutin e outros vs. Rússia: um leading case sobre os limites das operações policiais secretas com provocação de conduta delituosa por agentes disfarçados", aborda o novo paradigma hermenêutico apresentado por Paulo Pinto Albuquerque para a autorização legal excepcional e controle judicial do uso legítimo e *conforme os direitos humanos* das técnicas de investigação especial (como o "agente disfarçado"), em contribuição que ainda ressalta o impacto no Brasil, notadamente após a aprovação da Lei n. 13.964/19 (Lei Anticrime).

Na Parte V, destinada ao direito à assistência jurídica, **Breno Baía Magalhães** (Universidade Federal do Pará) e **Raysa Antonia Alves Alves**, no artigo intitulado " O direito à assistência de um defensor de sua própria escolha nas fases pré-processuais: análise comparativa entre os sistemas internacionais de proteção dos Direitos Humanos" destacam o direito à assistência técnica na fase de investigação policial, a ser restringido apenas em situações excepcionalíssimas seguidas da exposição de razões e motivos convincentes e fortes, sob pena de a produção probatória afetar, irremediavelmente, o devido processo legal, independentemente de seu resultado posterior, tal qual propõe Paulo Pinto de Albuquerque.

Na Parte VI, dedicada à legalidade no Direito Penal, **Daniela Bucci** (Universidade Municipal de São Caetano do Sul), em artigo intitulado "Beccaria visita Sarajevo: o caso Maktouf e Damjanović v. Bósnia e Herzegovina", destaca, no voto de Pinto de Albuquerque, o reconhecimento da qualidade de *jus cogens* do princípio da legalidade e suas facetas.

Na Parte VII, focada no direito à vida familiar, **Ana Cláudia Ruy Cardia Atchabahian** (Universidade Presbiteriana Mackenzie), em artigo intitulado "A cooperação jurídica internacional em diálogo com os direitos humanos nos casos de abdução infantil: comentários ao voto concorrente do juiz Paulo Pinto de Albuquerque no caso 'X. v. Letônia'", investiga o impacto dos direitos humanos em casos de abdução internacional de crianças, ressaltando o fim último da cooperação jurídica internacional que é o efetivo acesso à justiça.

Na Parte VIII, focada no direito à nacionalidade, **Flávia de Ávila** (Universidade Federal de Sergipe), em artigo intitulado " A soberania estatal e o direito humano à nacionalidade: uma breve análise da opinião dissidente do juiz Pinto de Albuquerque no caso Ramadan v. Malta, da Corte Europeia de Direitos Humanos", formula uma pergunta (e a responde!): por que se preocupar com a nacionalidade, se os residentes permanentes teriam quase todos os mesmos direitos que os cidadãos, e mesmo os estrangeiros sem *status* poderiam, a princípio, reivindicar uma longa lista de direitos humanos básicos sob o manto do direito internacional e muitas ordens jurídicas internas?

Na Parte IX, dedicada à privacidade e à liberdade de informação, **Luiz Guilherme Arcaro Conci** (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo), em artigo intitulado "Vida Privada e interceptações telefônicas: um possível diálogo entre as Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos", aborda o voto do Juiz Pinto de Albuquerque no caso Draksas v. Lituania, para, a partir de um possível diálogo com dois julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, analisar a viabilidade de fertilização recíproca em termos de otimização da proteção de direitos humanos.

Na Parte X, destinada à liberdade de expressão, **Thiago Oliveira Moreira** (Universidade Federal do Rio Grande do Norte), em artigo intitulado "Comentário à opinião dissidente do juiz Pinto de Albuquerque no caso Movimento Raeliano suíço v. Suíça" analisa os limites à liberdade de expressão, expondo que, à luz do voto do Juiz Paulo Pinto Albuquerque, o princípio da neutralidade estatal como elemento central da decisão em disponibilizar ou não um espaço público a determinado grupo ou causa.

Na Parte XI, focada na liberdade de reunião e liberdade de manifestação, **Siddharta Legale** (Universidade Federal do Rio de Janeiro) estuda um julgamento que foi considerado "paradigmático" na Corte EDH sobre a liberdade de reunião, em especial no que diz respeito ao bloqueio de vias públicas, fazendo também análise em paralelo ao sistema interamericano de direitos humanos, a partir do caso Baena Ricardo vs. Panamá (2001), que também trata do direito à liberdade de associação e de reunião.

Na Parte XII, referente aos direitos humanos na cooperação jurídica internacional, **Inez Lopes** (Universidade de Brasília - UnB), em artigo intitulado "Caso Makuchyan e Minasyan v. Azerbaijão e Hungria e a Responsabilidade Internacional dos Estados", investiga a responsabilidade internacional do Estado que recebe sentenciado no âmbito de tratado cooperacional para fins de cumprimento de pena, apontando, à luz do voto do Juiz Pinto de Albuquerque, o desrespeito do Estado de sua obrigação de proteger a vida da pessoa humana ao impedir a punição do homicida por meio de perdão ilegítimo a sentenciado transferido.

3. O impacto do estudo dos votos no Brasil

3.1 A IMPORTÂNCIA DA INTERPRETAÇÃO INTERNACIONALISTA E DO "DIÁLOGO DAS CORTES"[2]

Após a adesão brasileira a mecanismos internacionais de averiguação de respeito a normas de direitos humanos, não é mais suficiente *assinalar*, formalmente, os direitos previstos no Direito Internacional, *registrar*, com júbilo, seu estatuto normativo de cunho constitucional ou supralegal. Esse esquema tradicional de aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos *não é mais adequado* para levarmos os direitos humanos internacionais a sério.

É necessário que avancemos na *aceitação da interpretação* desses direitos pelo Direito Internacional, ou, como defendi em livro anterior, que se inicie um diálogo e uma fertilização cruzada entre os tribunais internos e os tribunais internacionais[3].

Por isso, é extremamente importante a continuidade da divulgação do conteúdo das deliberações internacionais de direitos humanos e da possibilidade de seu uso nos diversos processos judiciais relativos a direitos humanos em curso no Brasil.

Contudo, não basta reconhecer a pluralidade das ordens jurídicas e pugnar pela harmonia e pelo diálogo sem avançar na discussão do modo pelo qual esse diálogo deve ser travado, com estabelecimento de parâmetros que devem servir para sindicar se, em determinado caso, houve – ou não – o diálogo.

Parametrizar a harmonia e o diálogo entre as ordens internacional e nacional serve para desnudar as efetivas opções dos julgadores nacionais, às vezes distintas das veiculadas em discursos para a mídia e para o público em geral. Além disso, tais parâmetros servem também para evitar que a mera "colagem" e transcrição de precedentes internacionais propositalmente escolhidos por reforçarem a posição do julgador (descartando-se os precedentes internacionais contrários) sejam considerados exemplos de diálogo. Nesse sentido, sugiro os seguintes parâmetros[4]:

1) menção à existência de dispositivos internacionais convencionais ou extraconvencionais (costumes internacionais ou princípios gerais) ao Brasil sobre o tema;

2) menção à existência de caso internacional sobre o objeto da lide e as consequências disso reconhecidas pelo Tribunal nacional;

3) menção à existência de jurisprudência anterior sobre o objeto da lide de órgãos internacionais aptos a emitir decisões vinculantes ao Brasil;

2 Este texto é baseado em capítulo do meu "Curso de direitos humanos". CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos.* 8a ed., São Paulo: Saraiva, 2021.

3 Ver minha proposta de fertilização cruzada entre os tribunais internos, tribunais internacionais de direitos humanos e os tribunais de integração econômica. CARVALHO RAMOS, André de. *Direitos humanos na integração econômica.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, em especial p. 454 e s.

4 CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional de direitos humanos.* 6a ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

4) peso dado aos dispositivos e à jurisprudência internacionais.

Caso a decisão nacional tenha preenchido os quatro parâmetros, houve efetivamente um "Diálogo das Cortes".

O primeiro parâmetro é descritivo e exige transparência. O órgão judicial nacional reconhece a incidência de normas internacionais ao caso, fazendo nascer o debate sobre a interpretação destes.

O segundo parâmetro é um atestado da pluralidade normativa dos dias de hoje, concretizando a "fertilização cruzada" entre órgãos internacionais. Os precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos e os votos do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque encaixam-se nesse parâmetro.

O terceiro parâmetro diz respeito à coerência e à harmonia. O Estado adere a tribunais internacionais e isso exige dos órgãos nacionais o reconhecimento do trâmite de casos perante o sistema internacional e seu impacto na ordem nacional

Finalmente, o quarto parâmetro dá publicidade à sociedade brasileira do conteúdo da jurisprudência internacional, óbvia consequência da internacionalização da temática envolvida no caso concreto. Esse parâmetro exige dos julgadores nacionais um esforço argumentativo para convencer a sociedade dos motivos pelos quais o Tribunal nacional contrariou, eventualmente, a interpretação internacional sobre o caso.

Como visto, a divulgação com comentários e análises das opiniões do Juiz Paulo Pinto Albuquerque serve para fazer avançar o "Diálogo das Cortes" em um ambiente de fertilização cruzada, no qual os agentes do Direito e a sociedade como um todo tenham acesso *e* articulem a utilização de precedentes de outros tribunais impulsionando a proteção de direitos humanos.

3.2 O OBJETIVO: MANTER ACESSA A INSPIRAÇÃO PELO BEM COMUM DA HUMANIDADE.

Em estudo recente, Mounk retratou a ascensão no pós-crise de 2008 de uma certa "democracia sem direitos", na qual populistas eleitos em diversos países afirmam serem a verdadeira "voz do povo" e acreditam que toda a resistência a seu governo é ilegítima, o que resulta, caso sejam bem sucedidos, em uma democracia iliberal, que, conclui o autor, pode degenerar em uma verdadeira ditadura[5].

A superação desse risco de retrocesso é que seja aprofundada a proteção dos direitos humanos, exigindo-se do Estado e dos demais agentes sociais a adoção de medidas de inclusão, bem como de efetivo respeito e implementação de tais direitos.

5 MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia.* Trad. de Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, em especial p. 37.

Esta obra retratou, nos mais diversos votos do Juiz Paulo Pinto Albuquerque, o apelo a textos internacionais e a deliberações internacionais dos mais diversos quilates (recomendações, sentenças, opiniões consultivas etc.) e âmbitos espaciais (do sistema global e dos sistemas regionais). Foi utilizada, também, a análise dos motivos pelos quais os órgãos internacionais chegaram a suas conclusões, impedindo um apelo meramente hierárquico às fontes e aos intérpretes internacionais.

O diálogo e coordenação estruturada da relação das ordens jurídicas internacional e nacional é revelado na prática nas doze partes do presente livro.

Essa ótica de diálogo com balizas ganha relevo especialmente considerando o aumento - exponencial - da importância da globalização e dos fluxos contínuos de pessoas e bens entre as fronteiras dos estados, o que exige cooperação e uso de normas internacionais.

O desafio da implementação do *universalismo em concreto dos direitos humanos* exige diálogo, parametrizado, entre as fontes normativas e as interpretações realizadas pelos órgãos nacionais e internacionais com o objetivo de (i) assegurar a proteção dos vulneráveis e (ii) promover a justiça social, como se vê nos votos do Juiz Paulo Pinto Albuquerque.

Por fim, como bem lembrou Luís Renato Vedovato, em seu comentário nesta obra, a grande ligação da nação portuguesa com o mar levou Paulo Pinto de Albuquerque a não deixar ninguém fora do barco dos direitos humanos.

Boa leitura!

Prólogo - Em defesa da Corte Europeia de Direitos Humanos[6]

Paulo Pinto de Albuquerque[7]

Responsabilidade; Os poderes e deveres do Tribunal; A Corte Europeia de Direitos Humanos; Direitos Humanos; Independência judicial; Jurisprudência; Os direitos dos presos; Interpretação da lei; Transparência; Direito de Voto

Sumário

Neste artigo, o autor debate as razões da tensão atual entre algumas Partes Contratantes e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. O autor defende que muitas das críticas dirigidas ao Tribunal se dirigem, em última análise, aos princípios fundadores do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, como os princípios da interpretação evolutiva e do consenso europeu, bem como ao seu posicionamento favorável à soft law e aos direitos sociais. O autor analisa de forma sucinta a reação contraditória do Tribunal a estas críticas. Neste contexto, considera que tanto a rebelião do Reino Unido contra o acórdão proferido no Hirst e o recuo do Tribunal em relação aos seus próprios princípios de interpretação em alguns processos importantes tiveram um efeito negativo de "bola de neve" nas outras Partes Contratantes da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, como mostra a recente atitude de confronto do legislador russo em relação ao Tribunal. O artigo conclui com a defesa do modo de raciocínio tradicional do Tribunal e com o compromisso de reformar algumas práticas do Tribunal com base em três etapas: mais independência, mais transparência e mais responsabilidade.

1. Porquê a tensão?

É óbvio que o relacionamento atual entre algumas Partes Contratantes e a Corte Europeia de Direitos Humanos (a Corte) é tenso[8]. Mas porquê esta tensão?

---

6 Este texto funde dois discursos meus proferidos na Universidade de Oxford, Instituto Bonavero de Direitos Humanos, Mansfield College, no dia 28 de abril de 2017 ("*Is the European Court of Human Rights facing an existential crisis?*"), e na Universidade de Middlesex, em Londres, no dia 15 de dezembro de 2017 ("*How to save the European Court of Human Rights in three steps*"). É aplicável a reserva habitual: este texto reproduz a minha opinião e não obriga a Corte Europeia de Direitos Humanos. O texto foi inicialmente publicado na *European Human Rights Law Review* (Reino Unido), 2018, volume 2, pp. 119 a 133, e é agora traduzido, sem modificações, para a língua portuguesa.

7 Juiz da Corte Europeia de Direitos Humanos e professor catedrático da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

8 Ver, entre outros, Ziegler, Wiks e Hoodson (editores), *The UK and European Human Rights - A Strained*

Existem dois tipos de críticas, uma de natureza política e outra de natureza jurídica, de que a Corte é alvo. A crítica política está sintetizada na ideia de que o juiz de Estrasburgo atua como um legislador subsidiário alternativo, um *Ersatzgesetzgeber*. Esta crítica é direcionada aos métodos de trabalho alegadamente obscuros da Corte, ao estatuto supostamente deficiente dos juízes de Estrasburgo e à aparente falta de consideração pela situação excecional do Reino Unido.

O argumento, inferido dos métodos de trabalho da Corte, é o seguinte: o ativismo judicial leva a Corte a esquivar-se à sua missão[9]. Através do desenvolvimento de uma jurisprudência não muito transparente, a Corte tenta engrandecer-se. Isto é muito evidente na invenção de novos direitos e na ampliação dos seus próprios poderes de supervisão. A micro gestão dos processos pela Corte ameaça a democracia e a soberania dos Estados, uma vez que os governos perdem o controlo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (a Convenção) e as autoridades nacionais são marginalizadas e desacreditadas.

Lord Hoffmann colocou a questão desta maneira:

> "[A] tese de que a Convenção é um "instrumento vivo" é a bandeira sob a qual o Tribunal de Estrasburgo assumiu o poder de legislar sobre o que considera ser exigido pela "ordem pública europeia". Estaria disposto a aceitar inteiramente o entendimento de que a expressão prática de conceitos utilizados num tratado ou num documento constitucional possa mudar. Para dar um exemplo comum, a aplicação prática do conceito de um castigo cruel não pode ser a mesma que há 50 anos. Mas isso não dá a um órgão jurisdicional o direito de introduzir conceitos completamente novos, como a proteção do ambiente, num tratado internacional que a eles não faz referência, simplesmente porque seria mais conforme com o espírito dos tempos.»[10]

O argumento fundado no estatuto dos juízes defende que o juiz de Estrasburgo carece de legitimidade política para agir como um legislador subsidiário, já que o Tribunal sofre de um défice democrático[11]. O problema da irresponsabilidade dos magistrados é agravado pelo facto de alguns juízes provirem de democracias alegadamente de segunda classe. Os antecedentes antidemocráticos de algumas Partes Contratantes prejudicam a independência dos juízes e a autoridade do Tribunal.

O argumento sobre a excecionalidade do Reino Unido é o seguinte: o Parlamento britânico é soberano e os tribunais nacionais devem acatar a sua decisão e o mesmo vale, por maioria de razão, para os tribunais internacionais, uma vez que a

Relationship? (Hart Editores, 2015).

9 A este respeito, ver Marc Bossuyt, "Judicial Activism in Strasbourg", in Wellens (ed.), *International Law in Silver Perspetive* (2015), pp. 31-56; Dragoljub Popović, "Prevailing of Judicial Activism over Self-Restraint in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights" (2009) 42 *Creighton Law Review* p. 361 e Paul Mahoney, "Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin" (1990) 11 *Human Rights Law Journal* p. 57.

10 Lord Hoffmann, "The Universality of Human Rights" (2009) 125(3) *Law Quarterly Review* p. 428.

11 Nesta linha de argumentação ver Kanstantsin Dzehtsiarou e Alan Greene, "Legitimacy and the Future of the European Court of Human Rights: Critical Perspectives from Academia and Practitioners" (2011) 12 *German Law Journal* p. 1707; e Tom Barkhuysen and Michiel L. van Emmerik, "Legitimacy of European Court of Human Rights Judgements: Procedural Aspects", in N. Huls, M. Adams and J. Bomhoff (eds), *The Legitimacy of Highest Courts Ruling* (2009), pp.437-449.

soberania parlamentar é protegida por um sistema dualista de relacionamento entre o direito nacional e o direito internacional. Como foi dito por Lord Neuberger,

> «a ideia de existência de tribunais que anulam decisões do Parlamento do Reino Unido, que é fundamentalmente o efeito que os tribunais de Estrasburgo e de Luxemburgo podem produzir, é quase um ato atentatório das nossas noções de adequação constitucional».[12]

O segundo tipo de críticas dirigidas à Corte é mais complexo, uma vez que respeitam à natureza das matérias objeto de discussão na Corte, a saber, os direitos e as liberdades consagrados na Convenção. Estas giram à volta do conflito entre os direitos humanos «genuínos» e «falsos». São apresentados três argumentos:

Em primeiro lugar, os direitos humanos são residuais, liberdades civis que apenas servem as minorias e não a maioria dos cidadãos. A Convenção é retratada como a carta dos vilões e não como a declaração dos direitos do homem comum nas ruas. Além disso, os direitos sociais não são direitos humanos, e de modo algum, dotados de força vinculativa. Os direitos humanos apenas implicam obrigações negativas e não obrigações positivas e, certamente, não implicam custos orçamentais. A transformação da Convenção numa carta social disfarçada trai a sua natureza.

Em segundo lugar, os direitos humanos resultam de uma interpretação original «verdadeira» e não de uma interpretação evolutiva «abusiva». A verdadeira interpretação da Convenção baseia-se nos *travaux preparatoires* e, eventualmente, também na lei das Partes Contratantes no momento da redação da Convenção. A *soft law* não é lei e não deve ser tida em conta, nem sequer como elemento contextual de interpretação da Convenção e dos seus protocolos.

Em terceiro lugar, os direitos humanos são direitos verdadeiramente "nacionais", não "estrangeiros". Não existem direitos humanos universais. Os direitos humanos universais são, de facto, direitos humanos estrangeiros impostos por juízes estrangeiros que não são sensíveis às tradições nacionais. A defesa de direitos nacionais impõe uma espécie de ceticismo em relação à lei e aos organismos internacionais. O relativismo cultural e a diversidade jurídica são as únicas armas que se opõem à tutela moral da Corte.

2. Interpretação evolutiva

A resposta a estes argumentos obriga-nos a regressar aos princípios básicos e a recordar a razão pela qual foi criada a Corte Europeia de Direitos Humanos (a seguir designada «a Corte»).

O Conselho da Europa é uma ordem jurídica autónoma, fundada em acordos e ações comuns nos domínios económico, social, cultural, científico, jurídico e administrativo, bem como na manutenção e na prossecução da concretização

12 Lord Neuberger, Cambridge Freshcampos Law Lecture 2014, «The British and Europe», 12 de fevereiro de 2014.

dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (artigo 1.º, alínea b), do Estatuto do Conselho da Europa de 1949). Com 217 tratados, a ordem jurídica desta organização internacional, tem, no topo, um tratado internacional, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Sendo mais do que um simples acordo multilateral sobre obrigações recíprocas dos Estados Partes, a Convenção cria obrigações negativas e positivas para os Estados Partes em relação a todas as pessoas sob a sua jurisdição, com vista à aplicação prática dos direitos e liberdades protegidos na ordem jurídica interna dos Estados Partes. Em linguagem jurídica, a Convenção é um tratado-lei e não um mero tratado-contrato.

Desde muito cedo, a anterior Comissão, na sua decisão de 11 de janeiro de 1961, processo Áustria c. Itália, manifestou o mesmo princípio ao afirmar o «caráter objetivo» da Convenção:

> «[...] as obrigações assumidas pelas Altas Partes Contratantes na Convenção têm essencialmente um caráter objetivo, sendo concebidas mais para proteger os direitos fundamentais de seres humanos individuais contra a violação por qualquer uma das Altas Partes Contratantes do que para criar direitos subjetivos e recíprocos entre as próprias Altas Partes Contratantes.»[13].

Por conseguinte, os Estados Partes na Convenção encontram-se juridicamente vinculados a não impedir de forma alguma o exercício efetivo do direito de petição individual e a fazer as modificações necessárias nos seus sistemas jurídicos para assegurar a plena implementação das obrigações que lhes incumbem.[14] Visto de outra perspetiva, estas são as consequências do princípio da boa fé no cumprimento das obrigações decorrentes do Tratado, previstas nos artigos 26.º e 31.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

A Convenção não pode ser interpretada no vazio, mas sim ser interpretada em harmonia com o direito internacional e com a *soft law*. Desde *Golder*, todos os princípios e normas de direito internacional aplicáveis nas relações entre as Partes devem ser tidos em conta, tal como disposto no artigo 31.º (3), alínea c), da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969[15]. Por conseguinte, a Corte afasta-se da posição contestada segundo a qual existem «regimes autónomos» no direito internacional[16]. Na perspetiva da Corte, não existe qualquer diferença metodológica entre a interpretação do direito internacional em matéria de direitos humanos e a de outro direito internacional, ou entre a dos tratados-lei e a dos tratados-contrato, e, por conseguinte, parte do princípio de que os mesmos métodos interpretativos podem ser aplicados em ambos os domínios do direito

13 Comissão, Áustria c. Itália (Ap. No.788/60), acórdão de 11 de janeiro de 1961. O Tribunal aderiu a esta doutrina no acórdão *Irlanda c. Reino Unido* (1978) 2 E.H.R.R. p. 25.

14 *Maestri c. Italia* (2004) 39 E.H.R.R. p. 38.

15 *Golder c. Reino Unido* (1975) 1 E.H.R.R. p. 524.

16 Este ponto já tinha sido expresso nas minhas opiniões proferidas nos casos *Al-Dulimi e Montana Management Inc c. Suíça* [GC] (Queixa No.5809/08), acórdão de 21 de junho de 2016 [71]; *Sargsyan c. Azerbaijão* (2017) 64 E.H.R.R. p. 4, nota de rodapé 23, e *Centre for Legal Resources em representação de Valentin Câmpeanu* [GC] (Ap. No.47848/08), acórdão de 17 de julho de 2014, nota de rodapé14.

internacional. Como o juiz Rozakis formulou, com tanta elegância,

> os juízes de Estrasburgo «não trabalham no esplêndido isolamento de uma torre de marfim construída com material proveniente exclusivamente das invenções interpretativas da TEDH ou dos Estados Partes na Convenção»[17].

Esta metodologia é justificada pelo princípio fundamental de interpretação da Corte, segundo o qual a Convenção deve ser interpretada à luz das atuais condições[18]. Foi no processo fundamental *Tyrer c. Reino Unido* que a Corte utilizou pela primeira vez o lema da «Convenção como instrumento vivo», cuja interpretação deve ter em conta a evolução das normas de direito nacional e internacional[19]. Profundamente enraizada no direito constitucional dos Estados Unidos[20] e do Canadá[21] desde o início do século XX, esta técnica de interpretação foi introduzida na legislação europeia em matéria de direitos humanos em 1978.

Em *Tyrer*, confrontado com os argumentos apresentados pelo Procurador-Geral da ilha de Man ao abrigo do antigo artigo 63.º da Convenção, segundo o qual, «tendo em devida conta as circunstâncias locais na ilha», a continuação do recurso a castigos corporais a uma escala limitada se justificava- como meio de dissuasão, o Tribunal respondeu que:

> «note-se que, na grande maioria dos Estados-Membros do Conselho da Europa, os castigos corporais não são, aparentemente, utilizados e, de facto, em alguns deles, nunca existiram nos tempos modernos; [...] pelo menos isto levanta a dúvida de saber se a disponibilidade desta sanção é um requisito para a manutenção da lei e da ordem num país europeu.»

Ao concluir que se deve considerar que a ilha de Man partilha plenamente o «património comum de ideais e tradições políticas, de respeito pela liberdade e pelo primado do direito» a que se refere o preâmbulo da Convenção, o Tribunal

17 Rozakis, "The European Judge as a Comparativist" (2005) *Tulane Law Review* p. 278.

18 *Tyrer c. Reino Unido* (1978) 2 E.H.R.R. 1, [31]. Sobre este método de interpretação, ver, entre muitos outros, Eva Brems e Janneke Gerards (ed.), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights* (Cambridge University Press, 2013); George Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights* (Oxford University Press, 2009); Birgit Peters, e Andreas Fllesdal Ulfstein e Geir (ed.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context* (Cambridge University Press, 2013).

19 *Tyrer* (1978) 2 E.H.R.R. p. 1 no parágrafo [31].

20 *Missouri c. Holland* 252 U.S. 416 (1920). Traduzindo a posição maioritária, o juiz Holmes fez esta observação sobre a natureza da constituição: "Em relação a isto, podemos acrescentar que, quando se trata de palavras que também são atos constitutivos, como a Constituição dos Estados Unidos, temos de ter consciência que elas deram vida a um ser cujo desenvolvimento não poderia ter sido completamente previsto pelo mais talentoso dos seus criadores. Para eles, era suficiente compreender ou esperar que tivessem criado um organismo; levou um século e custou aos seus sucessores muito suor e sangue para provar que tinham criado uma nação. O caso que nos ocupa deve ser considerado à luz de toda a nossa experiência e não apenas do que foi dito há cem anos.» A referência do Supremo Tribunal à «evolução de padrões de decência» é também entendida como uma referência clara ao «constitucionalismo vivo» (ver *Trop c. Dulles* 356 U.S. 86 (1958): «As palavras da [oitava] Emenda não são precisas e o seu âmbito de aplicação não é estático. A Emenda tem de retirar o seu significado da evolução dos padrões de decência que marcam o progresso de uma sociedade em fase de maturação»).

21 *Henrietta Muir Edwards c. The Attorney General of Canada* [1929] UKPC 86, [1930] A.C. 124 (18 de outubro de 1929). O processo não só é memorável porque estabeleceu que as mulheres canadianas eram elegíveis para serem nomeadas senadores, mas também porque introduziu a «doutrina da árvore viva» no direito constitucional do Canadá, segundo a qual a Constituição é orgânica e deve ser lida de forma ampla e liberal, de modo a adaptá-la à evolução dos tempos.

rejeitou a existência de requisitos locais que pudessem afetar a aplicação do artigo 3.º na Ilha de Man e, consequentemente, considerou que a aplicação judicial de um castigo corporal ao requerente constituía uma violação desse artigo.

Assim, desde o início da existência do Tribunal, a interpretação evolutiva da Convenção está intimamente ligada à necessidade de uma leitura consensual do texto, baseada na consideração do quadro jurídico interno da «grande maioria» dos Estados-Membros do Conselho da Europa e, em última análise, do património comum de ideais e tradições políticas, de respeito pela liberdade e pelo primado do direito, aos quais o preâmbulo faz referência.

O princípio fundador da interpretação evolutiva foi recentemente posto em causa no processo *Hassan c. Reino Unido*[22]. Contrariamente à posição do Governo, a Grande Câmara afirmou que o direito internacional direitos humanos a o direito internacional humanitário se aplicam simultaneamente aos conflitos armados internacionais, mas em seguida admitiu, como alegado pelo Governo, que o direito internacional humanitário (a saber, a Terceira e a Quarta Convenções de Genebra[23], na parte relativa ao internamento) pode ser utilizado para qualificar e, em termos práticos, para enfraquecer as normas do direito internacional direitos humanos. Com base numa alegada prática subsequente das Partes Contratantes em conflitos armados internacionais fora da Europa, que não utilizaram a cláusula de derrogação prevista no artigo 15.º da Convenção de forma a poder deter as pessoas indefinidamente em tais cenários de guerra, a Grande Câmara partiu do princípio de que todas as Partes Contratantes tinham procedido a uma revisão implícita dos seus próprios compromissos sob a Convenção e que alargaram a lista exaustiva dos fundamentos de detenção do artigo 5.º da Convenção. O princípio da interpretação evolutiva da Convenção foi subvertido, tendo em vista incluir no artigo 5.º um novo motivo de detenção, ou seja, o internamento ao abrigo do direito internacional humanitário, com a consequência prática de que, em caso de conflito armado internacional, em que a captura de prisioneiros de guerra e a detenção de civis que representam uma ameaça à segurança são situações aceites pelo direito internacional humanitário, o artigo 5.º da Convenção pode ser interpretado no sentido de permitir o exercício destes amplos poderes e dos níveis mais flexíveis de revisão da detenção presentes nas Convenções de Genebra. Assim, a revisão dessa detenção deve ser efetuada por um «organismo competente» com «garantias de imparcialidade suficientes» e não necessariamente por uma autoridade judicial. Por outras palavras, a interpretação evolutiva da Convenção pode agora permitir uma regressão em termos de proteção dos direitos humanos na Europa.

22 *Hassan c. Reino Unido* [GC] (Queixa No.29750/09), acórdão de 16 setembro de 2014.

23 Convenção III, Convenção de Genebra relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra de 12 de agosto de 1949, e Convenção IV, Convenção de Genebra relativa à proteção das pessoas civis em tempo de guerra, de 12 de agosto de 1949.

3. Consenso europeu

Em Estrasburgo, a *soft law* é, e continua a ser, a fonte mais importante de cristalização do consenso europeu e do património comum de valores. De facto, pouco tempo depois de *Tyrer*, o Tribunal deu um passo fundamental ao alargar o leque de fontes de direito à luz das quais o consenso europeu pode ser estabelecido. No processo *Marckx c. Bélgica*, a Corte tomou em consideração os valores comuns europeus baseados no direito interno da «grande maioria» dos Estados-Membros do Conselho da Europa, bem como a Convenção de 1962 sobre o Estabelecimento da Filiação Materna de Crianças Naturais, assinada mas não ratificada pelo Estado requerido, e a Convenção do Conselho da Europa de 1975 sobre o Estatuto Jurídico das Crianças nascidas fora do Casamento, nem sequer assinada pelo Estado requerido, e, por último, a Resolução (70) 15 do Comité de Ministros, de 15 de maio de 1970, sobre a proteção social das mães solteiras e dos seus filhos. Ao argumento de que as Convenções de 1962 e de 1975 tinham um reduzido número de Partes, o Tribunal respondeu que

> «[a] s convenções pertinentes estão em vigor e não há qualquer razão para atribuir o atual reduzido número de Estados Contratantes à recusa de admitir a igualdade entre crianças «ilegítimas» e «legítimas» no ponto considerado. De facto, a existência destes dois Tratados indica que existe uma medida clara de terreno comum neste domínio entre as sociedades modernas.»[24]

Refletindo as técnicas interpretativas dos tribunais constitucionais, a Corte foi ainda mais longe e modelou os efeitos do seu acórdão, dispensando o Estado requerido de reabrir atos ou situações anteriores à prolação do acórdão. Para esse efeito, fez referência ao facto de «existir uma solução análoga em certos Estados Contratantes que têm um tribunal constitucional: o seu direito público limita o efeito retroativo das decisões daquele tribunal que anulam a legislação»[25]. Como se fosse um Tribunal Constitucional Europeu, o Tribunal recorreu ao princípio da segurança jurídica para reconhecer a si próprio o poder implícito de modulação dos efeitos no tempo dos seus próprios acórdãos[26].

No processo histórico *Demir e Baykara c. Turquia*, depois de recordar que «a Convenção é um instrumento vivo que deve ser interpretado à luz das condições atuais e em conformidade com a evolução do direito internacional, de modo a refletir a exigência cada vez mais elevada de normas no domínio da proteção dos direitos humanos, o que implica uma maior firmeza na avaliação das violações dos valores fundamentais das sociedades democráticas», e tendo em conta a evolução do direito do trabalho, tanto internacional como nacional, bem como a prática pertinente dos Estados Contratantes, a Corte concluiu que o direito de negociação coletiva com a entidade patronal se tornou, em princípio, um dos

24 *Marckx c. Bélgica* (1979) 2 E.H.R.R. p. 330 no parágrafo [41].

25 *Marckx c. Bélgica* (1979) 2 E.H.R.R. p. 330 no parágrafo [58].

26 Quanto à natureza constitucional do Tribunal, ver a minha opinião em conjunto com o juiz Dedov in *Baka c. Hungria* [GC] (Queixa No.20261/12), acórdão de 23 de junho de 2016 e a bibliografia aí citada.

elementos essenciais do direito de fundar e filiar-se em sindicatos, para a defesa dos interesses previstos no artigo 11.º da Convenção. Para esse efeito, citou as convenções pertinentes da OIT, que o Estado requerido tinha ratificado, a respetiva interpretação do Comité de Peritos da OIT, bem como o artigo 28.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o artigo 6.º (2) da Carta Social Europeia, que a Turquia não tinha ratificado, a interpretação deste artigo pelo Comité Europeu dos Direitos Sociais e o princípio 8 da Recomendação n.º R (2000) 6 do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre o estatuto dos funcionários públicos na Europa[27].

Por outras palavras, para efeitos da interpretação da Convenção, a relevância jurídica das normas em matéria de direitos humanos enunciadas noutros tratados e convenções não depende do número dos respetivos signatários, nem do número de Estados-Membros do Conselho da Europa a eles vinculados, nem sequer do facto de o Estado requerido ter procedido à sua ratificação. Assim, nos termos da legislação europeia em matéria de direitos humanos, a *hard law* está profundamente interligada à *soft law.*

A atitude favorável à *soft law* e aos direitos sociais foi posta em causa nos últimos tempos. Um exemplo notável desta tendência é a *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Reino Unido*[28] (Sindicato Nacional dos Trabalhadores Ferroviários, Marítimos e de Transporte/Reino Unido). O Reino Unido proibiu as greves de solidariedade, há mais de duas décadas e, ao longo deste período, foi objeto de observações críticas por parte do Comité de Peritos da OIT e do Comité Europeu para os direitos sociais. O sindicato recorrente apoiou-se nestes instrumentos de *soft law*. O Governo não considerou as críticas específicas relevantes ou significativas para a situação factual denunciada no caso. O Tribunal reconheceu a riqueza de material de direito internacional relevante para o processo e que a análise dos pareceres interpretativos emitidos pelos organismos competentes, criados ao abrigo dos instrumentos internacionais mais relevantes, refletem a conclusão alcançada sobre a matéria comparativa na Corte, nomeadamente, que a proibição total de greves de solidariedade do Reino Unido encontra-se, neste ponto, no extremo mais restritivo de um espectro de abordagens regulatórias nacionais e não corresponde a uma tendência internacional visível que exige uma abordagem menos restritiva. No entanto, a Corte preferiu sublinhar o caráter distinto da sua revisão em comparação com o dos procedimentos de supervisão da OIT e da Carta Social Europeia e, por conseguinte, concluiu que, neste domínio de política legislativa de sensibilidade reconhecida, o Estado requerido goza de uma margem de apreciação suficientemente ampla para englobar a proibição legal existente de greves de solidariedade. Logo, não se verificou

27 *Demir e Baykara c. Turquia* (2009) 48 E.H.R.R. p. 54 nos parágrafos [146]–[154].

28 *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Reino Unido* (2015) 60 E.H.R.R p. 10.

qualquer violação do artigo 11.º da Convenção.

A interpretação evolutiva da Convenção também levou o Tribunal a apoiar o seu raciocínio por referência a normas emanadas de outros órgãos do Conselho da Europa, ainda que esses órgãos não tenham a função de representar os Estados Partes na Convenção, quer sejam mecanismos de supervisão ou entidades especializadas. Para interpretar o âmbito exato dos direitos e liberdades garantidos pela Convenção, a Corte utilizou, por exemplo, o trabalho da Comissão Europeia para a Democracia através do Direito (a Comissão de Veneza). O primeiro caso em que a Corte citou a Comissão de Veneza foi *Hirst c. Reino Unido* (n.º 2)[29]. A fonte citada foi o «Código de Boas Práticas em Matéria Eleitoral», adotado pela Comissão de Veneza na sua 51.ª sessão plenária (5-6 de julho de 2002).

4. Democracia internacional

Da formulação seminal do consenso europeu em *Tyrer* emana uma visão de uma democracia internacional deliberativa, em que se considera que uma percentagem maioritária ou representativa das Partes Contratantes na Convenção intervém em nome de todos e, por conseguinte, tem o direito de impor a sua vontade às outras Partes. Por uma questão de princípio constitucional que enforma o Conselho da Europa, o consenso é dissociado da unanimidade. O consenso como *volonté générale* ainda pode existir, mesmo que nem todas as Partes Contratantes concordem com a mesma leitura da Convenção.

Na atualidade, não se pode argumentar que os pais fundadores não queriam que isso acontecesse e que os Estados ficaram reféns de compromissos com os quais não concordaram. O argumento atualmente já desgastado da falta de consentimento do Estado é por vezes acompanhado, como o verso da moeda, pela crítica mais antiga de falta de legitimidade política da Corte para interpretar de forma inovadora a Convenção, *rectius*, para criar legislação, usando a *soft law* para contornar os órgãos legislativos competentes e desrespeitar os princípios da democracia, do Estado de direito e da subsidiariedade. Subjacente a este discurso está, quase sempre, o soberano leitmotiv do in *dubio pro mitius*.

O preâmbulo coloca a Convenção no contexto dos objetivos gerais do Conselho da Europa, com o objetivo de criar uma «união mais estreita» entre os Estados-Membros, baseada «num entendimento comum e no respeito dos direitos humanos de que dependem». No Estatuto do Conselho da Europa, a linguagem utilizada faz referência não apenas a uma «união mais estreita entre todos os países europeus que partilham uma visão idêntica», mas também a uma «organização que aproximará os Estados europeus». O próprio primeiro artigo do Estatuto estabelece como objetivo do Conselho «alcançar uma união mais

29 *Hirst c. Reino Unido* (No.2) (2006) 42 E.H.R.R. p. 41.

estreita entre os seus membros, a fim de salvaguardar e de promover os ideais e princípios do seu património comum e de favorecer o seu progresso económico e social». Nos termos explícitos do Estatuto, a concretização destes ideais e princípios justifica «acordos e ações comuns» em todos os domínios pertinentes da vida social (assuntos económicos, sociais, culturais, científicos, jurídicos e administrativos) e a «salvaguarda e desenvolvimento dos direitos humanos e das liberdades fundamentais». Nenhumas palavras poderiam melhor proclamar a primazia das obrigações de direitos humanos em todos os domínios da governação. O princípio *in dubio pro persona* não poderia encontrar uma melhor formulação[30]. Por conseguinte, o progresso social e económico está intimamente relacionado com o progresso dos direitos humanos, como se fossem duas faces da mesma moeda.

Dito isto, a interpretação evolutiva, o consenso europeu e o endurecimento da *soft law* constituem os três pilares do sistema normativo europeu em que o consentimento do Estado é relevante. Em resumo, a regra de ouro da interpretação do Tribunal rejeita uma interpretação autónoma, literal, original, *in dubio mitius* e soberana da Convenção.

Com base nestes pilares fundacionais, e animada pela busca comum de «um progresso económico e social», a ordem jurídica do Conselho da Europa não pode mais ser confundida com o tradicional acordo internacional de egoísmos nacionais justapostos. A soberania deixou de ser um valor absoluto, como era nos tempos de Vestefália, mas parte integrante de uma comunidade que garante os direitos humanos.

Neste contexto, a Convenção não pode deixar de ser interpretada à luz dos «acordos» formalmente vinculativos (ou seja, tratados) e da enorme quantidade de «ações comuns» formalmente não vinculativas realizadas pelos órgãos políticos e técnicos do Conselho da Europa, tais como as recomendações, as orientações e as declarações do seu Comité de Ministros. Além disso, a própria Convenção apela a uma abordagem aberta ao direito internacional e à *soft law*, uma vez que se inspira na Declaração Universal dos Direitos do Homem, como refere o preâmbulo, e está aberta a outros instrumentos jurídicos, tanto de natureza jurídica nacional como internacional, sempre que estes ofereçam uma melhor proteção dos direitos humanos (artigo 53.º da Convenção)[31]. Em suma, a latitude interpretativa da Corte é ditada pela letra e pela própria natureza e finalidade da Convenção.

A Convenção «não faz qualquer distinção quanto ao tipo de norma ou medida em causa e não exclui nenhuma parte da competência dos Estados-Membros

30 Sobre este princípio, ver as minhas opiniões proferidas nos processos *Khamtokhu c. Rússia* [GC] (Queixa Nos. 60367/08 e 961/11), acórdão de 24 de janeiro de 2017, e *Garib c. Países Baixos* [GC] (Queixa No.43494/09), acórdão de 6 de novembro de 2017.

31 Sobre o problema da Convenção como "um chão", mas não como "um tecto" em relação aos direitos humanos, ver a minha opinião proferida no processo *Hutchinson c. Reino Unido* (Queixa No.57592/08), acórdão de 17 de janeiro de 2017.

em matéria de escrutínio nos termos da Convenção»[32]. Isto significa que a Convenção não está subordinada às normas nacionais, uma vez que é a lei suprema do continente europeu[33]. Nem a supremacia do Parlamento nem a independência do poder judicial podem ser invocadas para justificar o incumprimento da obrigação, constante na Convenção, de aplicar os acórdãos e decisões do Tribunal[34].

Como escreveu Lady Hale, «[tal] significa que, uma vez que um Estado se comprometeu a respeitar determinadas normas mínimas, não se pode afastar delas, através da definição de conteúdos de acordo com o seu próprio entendimento»[35].

Em termos de direito constitucional, nem mesmo o núcleo da constituição nacional, em que os desafios políticos são mais elevados (como as disposições relativas à composição dos mais altos órgãos políticos e judiciais do Estado), pode ser determinante em caso de conflito com as obrigações internacionais decorrentes da Convenção e dos seus protocolos[36]. Qualquer outra abordagem que aparentemente obedece aos acórdãos e decisões da Corte, mas que, em última análise, rejeita a sua força legal de *res judicata* entre as partes no caso e de *res interpretata* para todas as Partes Contratantes na Convenção, viola o princípio *pacta sunt servanda* e o preceito instrumental de boa fé[37]. Tal como referido no «Memorando para os Estados com vista à preparação da Conferência de Interlaken», emitido em 3 de julho de 2009,

> «deixou de ser aceitável que os Estados não retirem consequências tão cedo quanto possível de um acórdão que declare uma violação cometida por outro Estado quando o mesmo problema existe nos seus próprios sistemas jurídicos. O efeito vinculativo da interpretação do Tribunal ultrapassa a força do da *res judicata* em sentido estrito. Tal evolução seria acompanhada da possibilidade de os cidadãos invocarem diretamente a Convenção no direito interno («efeito direto») e da noção de apropriação da Convenção pelos Estados.».

32 Entre outras autoridades, *United Communist Party of Turkey c. Turquia* [1998] 26 E.H.R.R. p. 121, no parágrafo [29], e mais recentemente, *Anchugov e Gladkov c. Rússia* (Queixa Nos 11157/04 e 15162/05), acórdão de 4 julho 2013, no parágrafo [50].

33 Ver *Sejdić e Fincic c. Bósnia-Herzegovina* [GC] (Queixa Nos. 27996/06 e 34836/06), acórdão de 22 de dezembro de 2009, nos parágrafos [40] — [41]; *Popescu c. Roménia* (n.º 2) (Queixa No.71525/01), acórdão de 27 de abril de 2007 no parágrafo [103]; e *Anchugov e Gladkov c. Rússia* (Queixa Nos. 11157/04 e 15162/05) no parágrafo [50]. A prática das Partes Contratantes, pelo menos até meados dos anos 1990, confirmou sistematicamente esta leitura da Convenção. Ver a reforma da Constituição maltesa, na sequência das conclusões do acórdão *Demicoli c. Malta* (Conselho da Europa, Resolução DH (95) 211, de 11 de setembro de 1995), e a 14.ª alteração da Constituição irlandesa, na sequência das conclusões do acórdão *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda* (Resolução do Comité de Ministros do Conselho da Europa (DH) (96) 368, de 26 de junho de 1996).

34 Artigo 27.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

35 Lady Hale, "Common Law and Interpretation: the limits of interpretation" [2011] E.H.R.L.R. p. 538.

36 Ver *Sejdić e Fincic c. Bósnia-Herzegovina* [GC] (Queixas Nos. 27996/06 e 34836/06), acórdão de 22 de dezembro 2009 relativo a um conflito entre disposições constitucionais sobre a composição das mais altas instâncias políticas do Estado e as normas europeias e, mais recentemente, *Baka c. Hungria* (Queixa No.20261/12), acórdão de 23 de junho de 2016 sobre um conflito entre as disposições constitucionais relativas à composição do Supremo Tribunal da Hungria e a Convenção.

37 Artigo 26.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

A Corte tem por missão assegurar o cumprimento dos compromissos assumidos pelas Partes Contratantes na Convenção[38]. A subsidiariedade não significa que a proteção dos direitos humanos tenha lugar principalmente a nível nacional, em conformidade com as constituições das Partes Contratantes e com as tradições constitucionais, o que implica um papel limitado, se não subserviente, da Corte. Em vez disso, a subsidiariedade significa que a responsabilidade de assegurar os direitos e as liberdades da Convenção cabe em primeiro lugar às Partes Contratantes. A aplicação efetiva da Convenção a nível nacional continua a ser uma condição *sine qua non* para a subsidiariedade. Nesta fase, não é necessário recordar os exemplos vergonhosos da história da Europa sobre legislação e regulamentação gravemente discriminatórias, injustas e desumanas aprovadas por assembleias, governos e funcionários eleitos democraticamente. As maiorias podem errar. Sendo um tribunal internacional distanciado da política local, a Corte de Estrasburgo representa uma via jurídica para as alegadas vítimas desses erros.

Neste contexto, nenhuma Parte Contratante pode legitimamente invocar uma isenção especial em relação às suas obrigações decorrentes da Convenção e dos acórdãos da Corte com base na sua «situação excecional», exceto nos termos estritos do artigo 15.º da Convenção. E, mesmo assim, esta isenção está sujeita à fiscalização da Corte. Fora do contexto muito específico do artigo 15.º, qualquer possibilidade de derrogação democrática das obrigações da Convenção e dos acórdãos da Corte é fundamentalmente incompatível com o Estado de Direito inerente ao sistema da Convenção e com o conceito da Convenção como uma carta dos direitos e liberdades fundamentais e um «instrumento constitucional da ordem pública europeia»[39].

5. A crise existencial da Corte

A infeliz saga *Hirst*[40] é um exemplo revelador do perigo que o sistema europeu de proteção dos direitos humanos enfrenta atualmente. A estrutura jurídica britânica impôs uma restrição geral a todos os presos condenados, uma restrição que se aplicou automaticamente a esses presos, independentemente da duração das suas penas e da natureza ou gravidade dos seus crimes e das suas circunstâncias individuais. Tal restrição geral, automática e indiscriminada a um direito da Convenção de vital importância, como foi dito pela Corte, deve ser considerada como estando fora de qualquer margem de apreciação aceitável, por mais ampla que seja essa margem e como sendo incompatível com o artigo 3º do Protocolo Nº.1.

38 ECHR art.19.

39 *Loizidou c. Turquia (objecções preliminares)* (1996) 21 E.H.R.R. p. 188.

40 *Hirst c. Reino Unido* (Nº.2) (2006) 42 E.H.R.R. p. 41.

Passaram-se treze anos sem que se tivesse procedido à implementação do acórdão *Hirst* proferido em 2004, sendo esta omissão agravada após 2010 pela emissão de um acórdão-piloto em *Greens c. Reino Unido*.[41] Apesar da clara indicação da Corte de que o sistema de privação de direitos dos presos no Reino Unido constituiu um fracasso sistémico que exigia a adoção de medidas de natureza geral, nenhuma foi adotada mesmo depois da própria Grande Câmara ter matizado a posição da Corte em *Scoppola c. Itália* em 2012.[42] Num caso em tudo semelhante de privação automática de um direito de voto como resultado de uma sentença de prisão perpétua, sem qualquer avaliação do caso individual, a Grande Câmara recuou em relação à sua posição de princípio adotada no caso *Hirst*, pois aceitou a legislação italiana que privava automaticamente do direito de voto todas as pessoas condenadas a três anos de prisão ou mais, independentemente da natureza do crime e das circunstâncias individuais. Apesar da circunstância agravante de a privação do direito de voto poder ser perpétua em Itália, contrariamente ao Reino Unido, onde a privação do direito de voto pode ser aplicada a todas as pessoas condenadas à pena de prisão, pelo período de duração desta pena, a Corte considerou que o sistema italiano era de facto aceitável à luz do artigo 3º do Protocolo Nº 1.

Tanto a rebelião britânica contra *Hirst*, como o recuo da Corte relativamente aos seus próprios princípios de interpretação, tiveram e ainda têm um efeito duradouro e negativo no sistema europeu de proteção dos direitos humanos.[43] Após as ondas de choque do acórdão da Grande Câmara no caso *Konstantin Markin* de 2012 sobre o direito dos militares à licença parental,[44] que foi sentido como uma interferência na organização do exército russo, o acórdão no caso *Anchugov* de 2013[45] tratou exatamente a mesma questão que o acórdão no caso *Hirst*, a proibição do direito de voto dos presos, mas desta vez com a particularidade de que a proibição se baseou numa disposição constitucional: artigo 32º, nº. 3, da Constituição russa. Tal não impediu a Corte de repetir a constatação de uma violação ao Artigo 3º do Protocolo Nº.1, que logicamente implicaria uma reforma constitucional na Rússia. Esta reforma não aconteceu.

Pelo contrário, em julho de 2015, a decisão da Corte Constitucional da Rússia sobre a Lei Federal de Adesão da Federação da Rússia à Corte Europeia

41 *Greens c. Reino Unido* (Queixa Nos. 60041/08, 60054/08), acórdão de 23 de novembro de 2010.

42 *Scoppola c. Itália* (2013) 56 E.H.R.R. p. 19.

43 Esta não é a primeira vez que este tipo de reação ocorre. Um exemplo é suficiente. Após o acórdão do caso *McCann c. Reino Unido*, a comunicação social informou: "Os ministros disseram que o ignorariam e não descartariam a sanção final de retirada do âmbito da jurisdição do Tribunal. "Todas as opções possíveis estão em aberto, incluindo sair", disse uma fonte interna."Downing Street disse que a decisão no denominado caso da Morte na Rocha "desafia o senso comum". O vice-primeiro ministro Michael Heseltine classificou-a de "ridícula" "(ver *Daily Mail*, 28 de setembro de 1995). A novidade da crise no caso *Hirst* foi o efeito de contágio que teve.

44 *Markin c. Rússia* (2013) 56 E.H.R.R. p. 8.

45 *Anchugov e Gladkov c. Rússia* (Queixa Nos 11157/04 e 15162/05).

de Direitos Humanos afirmou que uma decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos não é aplicável em território russo se a Corte Constitucional considerar que contradiz a Constituição russa. Como não havia base legal para tal conclusão, o Tribunal Constitucional sugeriu que o parlamento russo aprovasse legislação para criar um mecanismo jurídico especial "de forma a garantir a supremacia da Constituição na implementação das decisões do Corte Europeia de Direitos Humanos".[46] Essa interpretação da Constituição russa foi consagrada em dezembro de 2015 numa lei sobre os poderes do Tribunal Constitucional, que estabelece a competência do Tribunal Constitucional para declarar não executórias as decisões de órgãos judiciais internacionais (inclusive no que diz respeito a indemnizações) contrárias à Constituição russa.[47] Em abril de 2016, o Tribunal Constitucional russo aplicou a nova lei pela primeira vez e decidiu que a decisão de *Anchugov* não é aplicável na Rússia.[48]

A decisão do Tribunal Constitucional de 2016 apenas piorou a atual crise existencial da Corte.[49] Se é verdade que a grande maioria das decisões da Corte é implementada com maior ou menor atraso ou precisão, é um facto que, em número cada vez maior de casos, os Estados não estão dispostos a concordar com a Corte e opõem-se direta ou indiretamente a qualquer tipo de implementação das suas decisões.[50]

No caso da Rússia, existem atualmente 1.573 decisões não executadas pendentes,[51] 204 delas em casos importantes, entre as quais a famosa decisão *Yukos*[52] de 2014, que determinou o pagamento do valor indemnizatório mais alto de sempre na história do Tribunal, no total de 1,8 mil milhões de Euros a serem pagos aos requerentes. Precisamente nesse caso, em janeiro de 2017, o Tribunal Constitucional da Rússia chegou à conclusão de que a decisão da Corte sobre reparação razoável viola a Constituição da Rússia e não pode ser aplicada.[53]

Neste contexto, não é de surpreender que mesmo a força vinculativa de um acórdão unânime da Grande Câmara (*Paposhvili c. Bélgica*[54]) tenha sido recentemente rejeitada pelo Supremo Tribunal do Reino Unido, que considerou a

46 Acórdão do Tribunal Constitucional da Federação Russa Nº.21-P/2015 de 14 de julho de 2015.

47 Ver a Lei Constitucional Federal Nº.7-FKZ, de 14 de dezembro de 2015, que introduziu alterações à Lei Constitucional Federal Nº.1-FKZ, de 21 de julho de 1994, sobre o Tribunal Constitucional da Federação Russa.

48 Acórdão do Tribunal Constitucional da Federação Russa Nº.12-P de 19 de abril de 2016.

49 Sobre o impacto desta crise no sistema europeu de proteção dos direitos humanos, ver o Parecer Nº. 832/2015 da Comissão Europeia para a Democracia através da Lei (Comissão de Veneza), sobre as alterações à Lei Constitucional Federal do Tribunal Constitucional, 13 de junho de 2016, CDL-AD (2016) 016.

50 Sobre os problemas relacionados com a eficácia do Tribunal suscitados pela não execução das suas decisões, ver, entre outros, Keller and Marti, "Reconptualizing Implementation: the Jjudiciatilization of the Execution of the European Court of Human Rights'judgement" (2015) 26 E.J.I.L. p. 829; e Hillebrecht, "Rethinking compliance: The challenges and prospects of measuring compliance with international Human Rights Tribunals" (2009) 1 *Journal of Human Rights Practice* p. 362.

51 Dados relativos a dezembro de 2017.

52 *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia* (2014) 59 E.H.R.R. SE12.

53 Acórdão do Tribunal Constitucional da Federação Russa No.1-P de 19 de janeiro de 2017.

54 *Paposhvili c. Bélgica* [GC] (Queixa No.41738/10), acórdão de 13 dezembro de 2016.

dita decisão como "demasiado elástica e mal definida" e como sendo "tão longa como a manga do juiz".[55] O efeito sistémico desta crise é evidentemente agravado pela possibilidade do Brexit. Se os direitos fundamentais em geral e as leis sobre migração em particular foram os principais pontos de discórdia entre o Reino Unido e a União Europeia, a saída da União Europeia não será uma solução, tendo em vista a influência recíproca entre as jurisprudências de Estrasburgo e do Luxemburgo em questões como a proteção do direito à privacidade, o reconhecimento mútuo de decisões judiciais, os direitos processuais em processos crime, as garantias em processos de asilo ou os direitos de reunificação familiar. Se o Brexit ocorrer, a disputa será transposta para o Conselho da Europa e a Corte de Estrasburgo será a primeiro a sofrer.

6. A RESPOSTA INSTITUCIONAL À CRISE

Perante este contexto adverso, o Conselho da Europa não deve ignorar as críticas dirigidas à Corte. É necessária uma postura proativa para reforçar o papel da Corte no sistema europeu de proteção dos direitos humanos e protegê-lo de críticas imerecidas. Tendo tido o privilégio de servir a Corte nos últimos seis anos, parece-me que devem ser tomadas as seguintes medidas para reforçar a independência, a transparência e a responsabilidade da Corte.

A Corte é um órgão judicial de grande independência, porque os juízes são eleitos por uma assembleia democrática (a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa) para um mandato longo, de nove anos não renovável[56] e beneficiam de imunidade funcional para discursar e praticar atos no desempenho das suas funções.[57] Em termos de legitimidade, os juízes gozam de ampla legitimidade política em toda a Europa, uma vez que os membros da Assembleia Parlamentar são representantes dos 47 parlamentos nacionais das Partes Contratantes do Estatuto do Conselho da Europa. Essa legitimidade política indireta dos juízes de Estrasburgo é frequentemente esquecida.

No entanto, tanto a independência interna como a externa dos juízes podem ser melhoradas. Como em muitos Tribunais Constitucionais e Supremos, deve haver uma rotação da presidência das seções da Corte, combinada com uma redução do mandato dos presidentes das secções. O artigo 25º, alínea c), da Convenção estabelece que a Corte, reunida em assembleia plenária "elegerá os presidentes das secções do Tribunal" (os quais são reelegíveis). De facto, os 47 juízes da Corte são divididos em cinco seções e no interior de cada uma das quais são formadas três a quatro câmaras.

55 *EA (Article 3 medical cases—Paposhvili not applicable)* [2017] UKUT 00445 (IAC).

56 CEDH arts 22, 23.

57 CEDH art. 51 e Estatuto do Conselho da Europa, art. 40.

A assembleia plenária elege os presidentes das cinco secções. O presente quadro da Convenção não impede a eleição de presidentes de secção de acordo com um sistema de rotação voluntária baseado na antiguidade. Esse sistema evitaria os inconvenientes de fazer campanha e fazer *lobbying* para cargos eleitorais e, portanto, protegeria melhor a independência interna dos juízes.

Essa nova filosofia eleitoral deve ser articulada com uma nova filosofia de votação. Os casos pendentes devem ser discutidos pelos juízes apenas na sala de deliberações e não fora dela. O artigo 22º, nº 1, do Regulamento da Corte estabelece: "O Tribunal delibera em privado. As suas deliberações permanecem secretas". O artigo 28º, nº 2, alínea d) estabelece que: "Nenhum juiz poderá participar na apreciação de um caso se expressou publicamente, através dos meios de comunicação social, por escrito, por ações públicas ou por outro meio, opiniões que são objetivamente de natureza a prejudicar a sua imparcialidade". Estas regras devem ser reforçadas pela adoção de uma estrita "regra de silêncio" fora da sala de deliberações.

A independência dos juízes poderia ser reforçada com algumas normas fundamentais de inelegibilidade. Os juízes devem ser inelegíveis para se candidatarem a cargos na Secretaria do Tribunal (que fornece apoio jurídico e administrativo ao Tribunal)[58] por um período de cinco anos após o final do seu mandato; uma norma equivalente deve aplicar-se ao pessoal da Secretaria que se candidate a cargos judiciais na Corte Europeia.

Os juízes também devem ser inelegíveis para se candidatarem a determinados cargos do Estado por um período de cinco anos após o final do mandato; uma norma equivalente deve ser aplicada aos titulares desses cargos estatais no que se refere à candidatura a cargos judiciais na Corte Europeia. Essas normas sobre um "período de nojo" poriam termo ao risco da existência de uma "porta giratória" entre o Tribunal e cargos dependentes do governo.[59]

A Corte é um órgão judicial de elevada transparência, uma vez que a Convenção assegura aos juízes o direito de juntarem opiniões separadas aos acórdãos e aos pareceres consultivos da Grande Câmara e da Câmara.[60] No entanto, a transparência da Corte poderia ser melhorada.

A transparência da Corte refere-se essencialmente ao modo de constituição da Câmara e da Grande Câmara para cada caso. Com relação à Grande Câmara, o artigo 26º, nºs. 4 e 5, da Convenção é complementado pelo artigo 24º do Regulamento do Tribunal. O artigo 24º, n.º 2, alínea e) prevê:

58 CEDH art.24.

59 Isto removeria o risco mencionado em Dunoff and Pollack, "The Judicial Trilemma" (2017) 111(2) *American Journal of International Law* 225, nota de rodapé 102.

60 CEDH arts 45(2) e 49(2).

> "e) Os juízes e os juízes substitutos chamados a completar a Grande Câmara para cada caso que lhe é remetido são designados de entre os demais juízes por sorteio efetuado pelo Presidente do Tribunal na presença do Secretário. As modalidades do sorteio são fixadas pela Assembleia Plenária, tendo em consideração a necessidade de preservar uma composição geográfica equilibrada e reflectir a diversidade dos sistemas jurídicos existentes nas Partes contratantes."

Na prática, organizam-se seis grupos "regionais" para a constituição da Grande Câmara para cada caso; esses grupos "regionais" são revistos de tempos em tempos e os juízes individuais são escolhidos de entre esses grupos "regionais" por sorteio manual.

No que diz respeito às secções e câmaras, o artigo 25º, nº 3, da Convenção é complementado pelos artigos 25º e 26º do Regulamento do Tribunal. O artigo 25º do Regulamento da Corte sobre a "Constituição das Seções" estabelece: "A composição das Seções deve ser equilibrada do ponto de vista geográfico e de representação de sexos e deve refletir os diferentes sistemas jurídicos das Partes contratantes [o termo 'Seção' é usado em vez de 'Câmara']". O artigo 26º do Regulamento do Tribunal sobre a "Constituição das Câmaras" estabelece: "1 (b) Os outros membros da Câmara são designados pelo Presidente da Seção de entre os membros da Seção, de forma rotativa". Na prática, após consulta aos juízes individuais, o Presidente da Corte propõe e o plenário ratifica a composição das Seções. A constituição da Câmara para cada caso depende, em última análise, do presidente da Seção.

Estas normas devem ser revistas com o objetivo de evitar qualquer elemento de acaso ou discricionariedade na composição das formações judiciais. Em vez disso, deve haver previsibilidade e certeza, eliminando qualquer margem de dúvida. A constituição da Câmara e da Grande Câmara para cada caso deve ser determinada de acordo com critérios estritamente objetivos e com um procedimento totalmente automatizado e disponível ao público.

De acordo com uma prática de longa data, os juízes relatores são designados anonimamente para presidir ao processamento de cada caso. É um segredo de polichinelo que a prática segue uma norma interna segundo a qual nos casos da Câmara o juiz nacional é o juiz relator[61], salvo quando o presidente da Seção decide de forma diferente. Nos casos da Grande Câmara, o Presidente do Tribunal tem total discrição na nomeação do juiz relator.[62] Esta prática deve ser alterada.

Primeiro, a Convenção não impede que o juiz relator seja identificado. Em segundo lugar, os artigos 48º a 50º do Regulamento do Tribunal são manifestamente insuficientes para garantir a necessária transparência institucional, tendo em vista a importância capital da contribuição do juiz relator no processamento dos

61 É por esta razão que os casos são normalmente atribuídos à Seção em que o juiz nacional tem assento. O artigo 26º, nº1, alínea a) do Regulamento do Tribunal estabelece que, ao constituir as Câmaras para apreciação dos casos apresentados, quando o juiz nacional não for membro da Seção à qual a queixa foi distribuída, o referido juiz terá assento como membro *ex officio* da Câmara.

62 Por vezes a sua identidade é conhecida (ver Dzehtsiarou and Lukashevich, "Informed Decision-Making: The Comparative Endeavours of the Strasbourg Court" in (2012) 30(3) *Netherlands Quarterly of Human Rights* p. 274, nota de rodapé 10).

casos. Em terceiro lugar, os requerentes, os governos, os advogados e o público em geral têm o direito de conhecer a identidade do juiz relator, de acordo com o princípio abrangente de transparência do Conselho da Europa.[63] Portanto, os juízes relatores devem ser nomeados publicamente e a sua nomeação deve basear-se em critérios estritamente objetivos e num procedimento disponível ao público.

O juiz singular pode declarar inadmissível ou retirar da lista de casos do Tribunal uma petição nos termos do artigo 34º da Convenção.[64] O juiz singular é assistido por um relator não judicial que deve funcionar sob a autoridade do Presidente da Corte.[65] Na prática, o juiz singular e o relator não judicial são nomeados pelo Presidente da Corte. Além da restrição de que um juiz singular não deve analisar nenhuma petição contra um país para o qual foi eleito,[66] o Presidente da Corte tem total liberdade de escolha na nomeação do juiz singular e do relator não judicial. Este não devia ser o caso. Os critérios para designar juízes singulares e relatores não judiciais para países específicos deviam ser objetivos e públicos. O mero facto de que as decisões dos juízes singulares são decisões finais não passíveis de recurso[67] exige essa objetividade e transparência. O facto adicional de que estas decisões representam a grande maioria da produção da Corte apenas reforça o argumento da necessidade de uma maior objetividade e transparência.

A transparência dos resultados da Corte ainda deixa muito a desejar.[68] As opiniões separados são uma ferramenta importante, mas ainda subestimada, para garantir a transparência da Corte e promover o desenvolvimento da sua jurisprudência. O artigo 45º da Convenção não impede a identificação da maioria e da minoria nas decisões. Os juízes que formam a maioria e a minoria nas decisões devem ser identificados, a fim de esclarecer a posição de cada juiz singular.[69]

63 Ver "Guidelines for civil participation in political decision making", adotado pelo Comité de Ministros em 27 de setembro de 2017 na 1295ª reunião de Vice-Ministros. Essas Diretrizes recomendam uma maior a transparência dos processos de tomada de decisão em toda a Europa e, nomeadamente, que todos os órgãos públicos responsáveis pela tomada de decisão estejam sujeitos ao acesso às leis informativas. Ver também a Resolução 2182 (2017) da Assembleia Parlamentar sobre "Follow-up to Resolution 1903 (2012): promoting and strengthening transparency, accountability and integrity of Parliamentary Assembly members", adoptada pela Assembleia a 10 de outubro de 2017.

64 CEDH art.27 e Regulamento do Tribunal art.27A.

65 CEDH art. 24(2).

66 CEDH art. 26(3).

67 CEDH art. 27(2).

68 Uma vez que este texto se concentra nos esforços de reforma da transparência institucional, não abordará questões de transparência substantiva relacionada com a motivação dos acórdãos, como o uso imprevisível da margem de apreciação e a distorção do consenso europeu, em relação à qual a prática da Corte tem sido objeto de muitas críticas (ver as interessantes observações dos juízes de Estrasburgo sobre estas questões em Dzehtsiarou, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights* (Cambridge University Press 2015, ch.7), bem como em Tulkens and Donnay, "L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature?" (2006) *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* 3, and Tulkens, "Conclusions Générales", in Frédéric Sudre (ed.), *Le principe de la subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme* (Anthemis, 2014)).

69 Às vezes é frustrante que um membro minoritário da composição judicial não tenha a oportunidade de se dissociar da maioria, especialmente nos casos provenientes do seu país de origem.

A prática da Corte tem sido aberta a opiniões separadas (sobre questões de inadmissibilidade) juntas a acórdãos sobre o mérito, que também incorporam decisões de inadmissibilidade.[70] De facto, não há razão para que essa prática não se estenda às próprias decisões. A omissão, no artigo 45º, nº 2, da Convenção de uma referência a decisões é um mero acidente histórico, dada a competência original dos órgãos da Convenção, onde a admissibilidade era essencialmente uma questão para a Comissão.[71] Além disso, o artigo 74º, nº2, do Regulamento da Corte já foi *praeter legem*, ao incluir a possibilidade de uma "simples declaração de discordância".

Mais importante, as decisões de inadmissibilidade às vezes tratam de questões cruciais e complexas que se relacionam com a jurisdição da Corte e a interpretação da Convenção e dos Protocolos a ela aplicáveis. É simplesmente absurdo que os juízes não possam expressar os seus pontos de vista individuais sobre questões dessa magnitude nas decisões sobre petições de acordo com os artigos 33º e 34º da Convenção[72], enquanto que as decisões que rejeitam pedidos de pareceres consultivos podem ser acompanhadas por opiniões ou declarações divergentes.[73]

O artigo 46º, nºs 3, 4 e 5, da Convenção não exclui as opiniões separadas em acórdãos de interpretação e incumprimento. No entanto, o artigo 93º do Regulamento do Tribunal proíbe essas opiniões em acórdãos de interpretação, enquanto o artigo 99º não os proíbe em acórdãos de incumprimento. Essa diferença infundada de tratamento deve ser resolvida alinhando-se o incorreto artigo 93º à norma consagrada no artigo 46º, nº 4, da Convenção, lida em conjunto com o artigo 45º, nº 2.[74]

As decisões dos juízes singulares sobre inadmissibilidade[75] e as decisões do painel da Grande Câmara de rejeição de um caso para a Grande Câmara[76] devem ser fundamentadas (não estereotipadas) e publicadas.[77] Foram esses os pedidos claros dos governos na Declaração de Bruxelas de 2015,[78] após as críticas

70 Ver, entre exemplos recentes, as opiniões separadas dos juízes Keller e Dedov em *Navalnyye c. Rússia* (Queixa No. 101/05), acórdão de 17 de outubro de 2017, pelos juízes Karakas, Vucinic e Laffranque em *Tibet Mentes c. Turquia* (Queixa No.57818/10), acórdão de 24 de outubro de 2017, e a minha própria opinião no processo *Tommaso c. Itália* [GC] (Queixa No.43395/09), acórdão de 23 de fevereiro de 2017.

71 Conforme demonstrado pela prática do Tribunal, mesmo durante o período da Comissão (ver *Van Oosterwijck c. Bélgica* (1981) 3 E.H.R.R. p. 557, e *Cardot c. França* (1991) 13 E.H.R.R. p. 853).

72 Regulamento do Tribunal, art.56(1).

73 Regulamento do Tribunal, art.88(2).

74 Com efeito, a prática do antigo Tribunal admitiu tais opiniões separadas em acórdãos de interpretação (ver pareceres individuais dos Juízes Verdross e Zekia em *Ringeisen c. Austria (Interpretação)* (1979) 1 E.H.R.R. p. 513).

75 CEDH art.27, em conjugação com o art.45(1).

76 CEDH art.43(2) e (3). O artigo 73(2) do Regulamento do Tribunal estabelece que "A decisão de rejeição do pedido não precisa de ser fundamentada".

77 O artigo 33(4) do Regulamento do Tribunal apenas prevê a publicação de "informações gerais" sobre as decisões tomadas pelo juiz singular.

78 Ver a Conferência de Alto Nível sobre a "Implementação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a nossa responsabilidade compartilhada", Declaração de Bruxelas, 27 de março de 2015: "congratula-se com a intenção expressa pelo Tribunal de fundamentar as decisões da inadmissibilidade de um juiz sin-

expressas por outras autoridades nacionais e internacionais[79]. Seguindo a mesma lógica, e uma vez que priva as partes de um nível de jurisdição, qualquer decisão de devolução do caso à Grande Câmara deve ser fundamentada.[80]

Todas as fontes de informação invocadas pela Corte para a elaboração de um acórdão ou decisão devem ser tornadas públicas, incluindo informações fornecidas pelo Jurisconsulto da Corte,[81] relatórios de direito internacional e de direito comparado da Divisão de Pesquisa do Tribunal e intervenções de terceiros.[82] Um elemento essencial para fundamentar os acórdãos da Corte são as suas diretrizes internas sobre o pagamento de indemnizações. Não há razão para que essas diretrizes permaneçam secretas.[83] As partes no processo têm o direito de saber como foi calculada a indemnização atribuída.[84]

Pesquisas académicas demonstram que normalmente existe uma relação inversa entre a independência e a responsabilidade dos órgãos judiciais: mais independência ocorre à custa de menos responsabilidade.[85] A Corte é um órgão judicial de baixa responsabilização. Salvo procedimentos de demissão quando o juiz deixa de cumprir as "condições exigidas"[86] e a proibição de se envolver em "qualquer atividade que seja incompatível com a sua independência, imparcialidade ou com as exigências de um cargo a tempo inteiro",[87] não existe outro mecanismo de responsabilização dos juízes. Em relação aos membros da Secretaria, aplicam-se as regras disciplinares gerais do Conselho da Europa.[88] Porém, muito mais poderia ser feito para responsabilizar a Corte.

gular e convida-o a fazê-lo a partir de janeiro de 2016; convida o Tribunal a considerar a possibilidade de fornecer fundamentos breves para os seus acórdãos, indicando medidas provisórias e decisões através do seu painel de cinco juízes sobre a recusa de pedidos de remessa".

79 Ver *Maria Cruz Achabal Puertas c. Espanha*, Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas, Comunicação No.1945/2010, 18 junho 2013, e o meu parecer sobre *Centre for Legal Resources em representação de Valentin Câmpeanu c. Roménia* [GC] (Queixa No.47848/08).

80 O artigo 72(3) do Regulamento do Tribunal, diz o contrário.

81 O artigo 18 B do Regulamento do Tribunal estabelece o seguinte: "Para assegurar a qualidade e a coerência da sua jurisprudência, o Tribunal é assistido por um Jurisconsulto. O Jurisconsulto deverá ser membro da Secretaria do Tribunal. O Jurisconsulto elabora pareceres e informações, em particular para as diversas formações e aos membros do Tribunal.".

82 CEDH art.36 e Regulamento do Tribunal, art.44.

83 Ver relatório do CDDH sobre "o futuro a longo prazo do sistema da Convenção Europeia dos Direitos Humanos", CDDH(2015)R84, Add. I, 11 de dezembro de 2015, p.83: "Em relação à questão da justa satisfação concedida pelo Tribunal, a CDDH considera que os critérios aplicados pelo Tribunal têm que ser mais transparentes".

84 De facto, a própria jurisprudência do Tribunal impõe uma obrigação de transparência muito exigente aos tribunais nacionais (ex. *Ferreira Alves c. Portugal* (No.3) (Queixa No.25053/05), acórdão de 21 de junho de 2007 nos parágrafos [40]–[43]).

85 Dunoff and Pollack, "The Judicial Trilemma" (2017) 111(2) *American Journal of International Law* pp. 225 e 226.

86 CEDH art.23(4) e Regulamento do Tribunal, art.7.

87 CEDH art.21(3) e Regulamento do Tribunal, art.4.

88 Ver "Staff Regulations of the Council of Europe", arts 54–58.

A Assembleia Plenária da Corte é responsável pelas decisões mais importantes relativas à política administrativa e de gestão da Corte.[89] O Bureau, que não tem base na Convenção, é um órgão consultivo do Presidente da Corte e não possui poder de decisão.[90] Todas as questões judiciais estão fora do âmbito da competência consultiva do Bureau, que só se pode pronunciar sobre questões administrativas e extrajudiciais da competência do Presidente da Corte.[91] Assim, a tarefa do Bureau de facilitar a coordenação entre as seções do Tribunal apenas contempla questões de natureza administrativa e extrajudicial.[92] Qualquer declaração do Bureau sobre questões judiciais, incluindo a consistência da jurisprudência, seria *ultra vires*.

Antes da adoção do orçamento do Conselho da Europa a cada ano, deve ser apresentado ao Comité de Ministros e à Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa um relatório anual detalhado aprovado pela Assembleia Plenária, com informações sobre os resultados passados e futuros esperados, de acordo com a política administrativa e de gestão do Tribunal. Mais importante ainda, as Partes Contratantes devem receber mais informações para a adoção do Regulamento da Corte.[93]

De acordo com a natureza da Convenção enquanto "instrumento constitucional de ordem pública europeia",[94] a política administrativa e de gestão da Corte deveria estar focada em casos interestaduais e em procedimentos de acórdãos-piloto.[95] Devem ser alocados recursos humanos e financeiros especiais a estes tipos de casos. Entre outras opções estratégicas a serem adotadas, deve ser criada uma "sala de diagnóstico de situação" dentro da Corte para fins de supervisão interna centralizada do desenvolvimento e acompanhamento destes casos. Este deve ser um departamento executivo de alto nível que permita à Corte avaliar com mais eficiência o desenvolvimento de tais casos e o impacto dos respetivos acórdãos em cooperação com o mecanismo de supervisão do próprio

89 CEDH art.25.

90 Regulamento do Tribunal art.9A(3).

91 Regulamento do Tribunal art.9A(3)

92 Regulamento do Tribunal art.9A(4) lido em conjugação com o anterior art.9A(3).

93 O artigo 110 do Regulamento do Tribunal é manifestamente insuficiente a este respeito.

94 *Loizidou c. Turquia (objecções preliminares)* (1996) 21 E.H.R.R. p. 188 no parágrafo [75].

95 O relatório de 2005 de Lord Woolf na *Review of the Working Methods of the European Court of Human Rights* já propunha que "Os casos candidatos a um acórdão-piloto deveriam ter prioridade, e todos os casos semelhantes ficariam a aguardar o resultado desse caso". Ver também o Relatório do CDDH sobre "o futuro a longo prazo do sistema da Convenção Europeia dos Direitos Humanos", CDDH(2015)R84, Add. I, de 11 de dezembro de 2015, p.82: "No que diz respeito a questões sistémicas, o CDDH apoia a utilização mais generalizada pelo Tribunal de políticas judiciais e de gestão eficiente de casos, permitindo a adjudicação eficaz de um grande número de petições e levando os Estados respondentes, por meio de acórdãos-piloto ou outros procedimentos existentes, a resolver os problemas sistémicos subjacentes sob a supervisão do Comité de Ministros." A Declaração de Bruxelas de 2015, acima referida, apoiou "uma maior exploração e utilização de práticas eficazes de gestão de casos pela Corte, em particular na priorização de categorias para a análise de casos, de acordo com, entre outras coisas, o seu nível de importância e urgência e o seu procedimento de acórdãos-piloto." De acordo com a política de prioridades da Corte os acórdãos-piloto são casos de Categoria II. No entanto, na sua recente revisão da política de prioridades, com efeitos a partir de 22 de maio de 2017, a Corte colocou os casos interestaduais, até então na Categoria II, fora da política de prioridades "tendo em conta o seu caráter especial que, de qualquer forma, exigia um tratamento processual especial." (Ver "The Court's Priority Policy", disponível no site do Tribunal).

Comité de Ministros.[96]

De um modo mais geral, a judicialização posterior da execução das sentenças do Tribunal, nomeadamente mediante o aumento do uso do procedimento de infração constante no artigo 46º, nº 4, e o pleno reconhecimento do direito de reabrir o caso a nível interno após ser considerado pela Corte como uma violação da Convenção, é um passo estratégico crucial que tanto a Corte como o Comité de Ministros devem ter em consideração para responder plenamente aos Estados recalcitrantes.[97]

Uma cultura baseada na responsabilidade e centrada na produção de resultados de alta qualidade, e não apenas de resultados estatísticos[98], deve impregnar a administração e a gestão da Corte. Evidentemente, isso só é possível com um órgão judicial com elevada *autorictas* e uma Secretaria totalmente motivada e cada vez mais especializada. A eleição dos juízes deve envolver um intenso processo de escrutínio público e uniforme em toda a Europa para melhorar os padrões já existentes[99], tanto a nível nacional como internacional, incluindo entrevistas públicas do Comité da Assembleia Parlamentar sobre a eleição de juízes para a Corte Europeia de Direitos Humanos. Após serem eleitos, os juízes têm a obrigação de prestar contas também em relação à sua vida privada. Os compromissos "fora do normal" dos juízes devem ser publicitados, incluindo detalhes sobre eventos patrocinados pelos Estados Membros.

A Secretaria é a espinha dorsal da estrutura da Corte e contribui de forma fundamental para a qualidade da sua produção. O artigo 25º, alínea e), da Convenção estabelece que a Assembleia Plenária elegerá o secretário e o secretário adjunto. Essa responsabilidade dos juízes deve ser alargada a outros cargos da Secretaria. Os juízes devem ter poder de decisão na política de recrutamento e progressão na carreira dentro da Secretaria da Corte.

As propostas de reforma acima mencionadas devem ser entendidas como uma responsabilidade compartilhada da Corte e dos outros órgãos do Conselho da Europa. Agora, mais do que nunca, a Corte, enquanto joia da coroa do Conselho da Europa, precisa do apoio inequívoco e inflexível dos outros órgãos do

96 Isto significa que o tratamento de casos repetitivos, uma vez proferido o acórdão-piloto, não deve ser totalmente dejudicializado. O acórdão inicial proferido no caso *Burmych c. Ucrânia* (Queixa Nos 46852/13 et al.), acórdão de 12 de outubro de 2017, deve ser lido à luz das circunstâncias muito especiais desse caso, às quais a Grande Câmara se referiu repetidamente (ver parágrafos [174], [175], [181] e [199]).

97 Ver a minha opinião separada em *Fabris c. França* (2013) 57 E.H.R.R. p. 19, sobre a importância jurídica e política dos procedimentos de incumprimento do Artigo 46º, nº 4, e ver a minha opinião separada em *Moreira Ferreira c. Portugal* (No.2) (Queixa No.19867/12), acórdão de 11 de julho de 2017, sobre a implementação da Recomendação (2000) 2 sobre reavaliação e reabertura de certos casos a nível interno, no seguimento de acórdãos do Tribunal.

98 Ver Elisabeth Lambert Abdelgawad, "La mesure de la performance judiciaire de la Cour Européenne des Droits de l'Homme: Une logique managériale à tout prix?" (2016) 159 *Revue Française d'Administration Publique* p. 824.

99 Ver Comité para a eleição de juízes no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Processo para eleger juízes no Tribunal Europeu de Direitos Humanos Informações, documento elaborado pelo Secretariado, AS/Cdh/Inf (2018) 01, 19 de dezembro de 2017.

Conselho. Por vezes é preciso dizer o óbvio. Não deveriam restar dúvidas de que, se a Corte cair, o Conselho também cairá.

I - A Convenção Europeia de Direitos Humanos e o Direito Nacional

G.I.E.M. S.R.L. e Outros V. Itália - Opinião Parcialmente Concordante e Parcialmente Dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque

Sumário

I - Introdução (§§ 1-2)

Parte I - Roma falando com Estrasburgo (§§ 3-56)

II - A relação entre a Convenção e a Constituição (§§ 3-20)

A. Os inovadores primeiros "julgamentos gêmeos" (§§ 3-7)

(i)A Convenção como norma de hierarquia intermediária entre Constituição e lei formal (§§ 3-4)

(ii) O poder limitado dos juízes ordinários para aplicar a Convenção (§§ 5-7)

B. Os refinados segundos "julgamentos gêmeos" (§§ 8-14)

(i) A expansão máxima das garantias da Convenção e da Constituição (§§ 8-10)

(ii) A "margem de apreciação" dos acórdãos da Corte (§§ 11-15)

C. A revolutio do acórdão n. 49/2015 (§§ 16-20)

(i) O legado indiscutível do Sud Fondi (§§ 16-17)

(ii) Varvara interpretada no "fluxo contínuo" da jurisprudência de Estrasburgo (§§ 18-20)

III - As consequências do acórdão n. 49/2015 na ordem jurídica italiana (§§ 21-56)

A. A leitura equivocada de Varvara (§§ 21-27)

(i) A obliteração do "direito ao esquecimento" (§§ 21-24)

(ii) A instrumentalização da justiça penal para fins de política administrativa (§§ 25-27)

B. A ilusória declaração de responsabilidade "substantiva" (§§ 28-35)

(i) A insuperável falta de segurança jurídica (§§ 28-33)

(ii) A violação do princípio da presunção de inocência (§§ 34-35)

C. O volátil teste do "direito consolidado" (§§ 36-56)

(i) A distorção de jurisprudência bem estabelecida (§§ 36-42)

(ii) Os preocupantes critérios de "não-consolidação" do direito (§§ 43-56)

Parte II - Estrasburgo respondendo a Roma (§§ 57-90)

IV.O lugar da Corte na Europa (§§ 57-71)

A.O espírito da época (§§ 57-63)

(i) Fortes ventos de proa contra a Corte (§§ 57-60)

(ii) A abordagem do direito penal orientada para a eficiência (§§ 61- 63)

B.O acquis civilizacional da Corte (§§ 64-67)

(i) O extraordinário legado da Corte (§§ 64-65)

(ii) O revelador exemplo da Itália (§§ 66-67)

C. Que diálogo judicial? (§§ 68-71)

(i) A lógica antagônica de "nós e eles" (§§ 68-69)

(ii) A luta por procuração pela sobrevivência do direito internacional (§§ 70-71)

IV. A Corte com a "última palavra" (§§ 72-90)

A. A "autoridade interpretativa" do acórdão da Corte (§§ 72-80)

(i) Da *res interpretata* ao efeito *erga omnes* do acórdão da Corte (§§ 72-77)

(ii) Do paroquialismo constitucionalista ao constitucionalismo multinível (§§ 78-80)

B. Uma teoria constitucional dos direitos fundamentais orientada pela Convenção (§§ 81-86)

(i) A incorporação da Convenção na Constituição e na ordem legal (§§ 81-84)
(ii) Proteção da convenção como "piso", não como "teto" (§§ 85-86)

C. O desafio da retórica da "identidade nacional" (§§ 87-90)

(i) Uma lição da saga *Taricco* (§§ 87-88)

(ii) A "linha Maginot" entre a Convenção e a Carta de Direitos Fundamentais (§§ 89-90)

VI. Conclusão (§§ 91-95)

I - Introdução (§§ 1-2)

1. Embora eu tenha subscrito a dissidência conjunta dos juízes Sajó, Karakaş, Keller, Vehabović, Kūris e Grozev ("a dissidência conjunta"), também estou escrevendo separadamente por três razões. Primeiramente, estou convencido de que o coração deste caso está na forma como a Corte Constitucional da Itália (a "Corte Constitucional"[100]) interpretou o acórdão *Varvara*[101]. Na minha opinião, a dissidência conjunta não esgota as razões pelas quais a Corte Constitucional compreendeu mal *Varvara*. Vou aprofundar mais sobre esta questão. Em segundo lugar, sinto que devo uma explicação adicional por votar por uma violação do Art. 7 da Convenção Européia de Direitos Humanos ("a Convenção") no presente caso (em relação ao requerente Sr. Gironda), enquanto eu votei no sentido oposto no caso *Varvara.*

2. Em terceiro lugar, a Corte Constitucional revisou, em seu julgamento n. 49 de 2015, os termos da relação entre a Convenção, conforme interpretados pela Corte Européia de Direitos Humanos ("a Corte") e a Constituição Italiana. Os termos inovadores - mas problemáticos - em que esta relação foi enquadrada, merecem o escrutínio mais atento desta Corte, uma vez que eles afetam diretamente o funcionamento da jurisprudência da Corte na Itália e podem influenciar decisivamente outros tribunais constitucionais e supremos na forma como aplicam a Convenção em suas próprias jurisdições, tendo em vista a alta reputação da Corte Constitucional da Itália. Não creio que um verdadeiro diálogo entre os tribunais seja promovido ao ignorar as críticas dirigidas por alguns tribunais supremos e constitucionais à Corte e sua jurisprudência. Nem razões de diplomacia judicial nem considerações de estratégia política justificam o silêncio ensurdecedor da Corte sobre uma questão tão polêmica em alguns casos no passado. Desta vez, foi diferente.

A mensagem enviada pelo presente julgamento não é sibilina, nem hesitante, mas direta e firme: todos os julgamentos da Corte têm o mesmo valor jurídico, natureza vinculativa e autoridade interpretativa[102]. Em vista de sua inegável importância, não apenas para a Itália, mas para todas as Partes Contratantes da Convenção, avaliarei o impacto deste princípio para o sistema europeu de proteção dos direitos humanos e elaborarei todas as consequências para a implementação da Convenção na Itália.

100 A Corte Constitucional italiana, sediada no *Palazzo della Consulta*, também será referida neste parecer como a "*Consulta"* ou o "*Giudice delle leggi*".

101 *Varvara v. Itália*, n. 17475/09, 29 de outubro de 2013.

102 Parágrafo 252 do julgamento.

Parte I - Roma falando com Estrasburgo (§§ 3-56)

II - A relação entre a Convenção e a Constituição (§§ 3-20)

A. Os inovadores primeiros "julgamentos gêmeos" (§§ 3-7)

(i) A Convenção como norma de hierarquia intermediária entre Constituição e lei formal (§§ 3-4)

3. Antes de 2007[103] , a *Consulta* concedeu à Convenção o nível de lei formal na ordem jurídica italiana, porque a Convenção havia sido implementada por lei, ou seja, a Lei n. 848 de 4 de agosto de 1955[104]. Com base em uma abordagem dualista do direito internacional, a Corte Constitucional afirmou que as disposições da Convenção tinham o mesmo status que o estatuto que a havia incorporado à ordem jurídica interna[105.] No entanto, simultaneamente, a Corte Constitucional admitiu que "a interpretação em conformidade com a Constituição é apoiada por significativas instruções normativas, incluindo aquelas com origens supranacionais", referindo-se à Convenção e ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos[106]. Além disso, a fim de enriquecer a interpretação do catálogo constitucional dos direitos fundamentais, a Corte Constitucional invocou não apenas as disposições da Convenção, mas também a jurisprudência da Corte[107]. No entanto, o impacto da Convenção no panorama constitucional permaneceu muito limitado[108]. Isto não impediu os juízes ordinários[109] de ocasionalmente aplicarem o direito da Convenção em detrimento da disposição estatutária doméstica conflituante[110].

103 Deve-se notar que a primeira referência à jurisprudência da Corte no relatório anual do Presidente da Corte Constitucional à mídia data de 1989 (referente à jurisprudência sobre a duração dos processos) e a primeira referência à relação entre a Corte Constitucional e a Corte data de 2004.

104 Acórdãos da Corte Constitucional n. 188/80, n. 153/87, n. 323/89, n. 315/90 e n. 388/99.

105 Foi somente mais tarde que a Corte Constitucional declarou, em um conhecido, mas isolado *obiter dictum*, que o estatuto de 1955 que ratificava a Convenção tinha uma força especial e não podia ser revogado por estatuto subsequente, porque "são disposições decorrentes de uma fonte com competência atípica e, como tal, são insusceptíveis de serem revogadas ou modificadas por lei ordinária" (acórdão n. 10/93).

106 Acórdão da Corte Constitucional n. 413 de 2004.

107 Acórdão da Corte Constitucional n. 154 de 2004, que se refere ao direito protegido pelo art. 6 da Convenção, à luz de sua interpretação em *Córdoba v. Itália*, n. 40877/98 (n. 1) e n. 45649/99 (n. 2), de 30 de janeiro de 2003.

108 A. Pace, "La limitata incidenza della Cedu sulle libertà politiche e civili in Italia" (2001) 7 *Diritto pubblico* 1; M. Cartabia, "La CEDU e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni", e F. Viganò, "'Sistema CEDU' e ordinamento interno: qualche spunto di riflessione in attesa delle decisioni della Corte costituzionale", ambos em R.Bin et al. (eds), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Turim: Giappichelli, 2007. As contribuições para este seminário de Ferrara dão uma visão geral excelente da situação imediatamente antes dos "juízos gêmeos".

109 Juízes comuns (*giudici comuni*) serão utilizados neste parecer no sentido dos tribunais domésticos ordinários, ou seja, por oposição a Corte Constitucional.

110 Ver as sentenças emblemáticas do Tribunal de Cassação n. 2194 de 1993, n. 6672 de

4. Em seus julgamentos seminais n. 348 e n. 349 de 2007, também conhecidos como "julgamentos gêmeos" (*sentenze gemelle*), a Corte Constitucional reagiu a esta decisão dos juízes comuns, levando em conta o novo texto do art. 117 da Constituição, emendado pela Lei Constitucional n. 3 de 18 de outubro de 2001, que exige que o legislador cumpra com as obrigações internacionais[111]. Com base neste argumento de ordem constitucional, a Corte Constitucional considerou que a Convenção era uma norma de nível intermédio entre a lei formal e a Constituição e afirmou o monopólio da última sobre qualquer conflito entre a Convenção e o direito interno. Em um discurso centrado na colocação formal dos tratados internacionais no sistema italiano de fontes de direito, a posição supralegislativa do direito da Convenção foi afirmada sem ambiguidade alguma. Em caso de conflito entre a Convenção, como interpretada pela Corte, e a legislação doméstica posterior à Lei n. 848 de 4 de agosto de 1955, os juízes comuns não podiam dar prioridade à primeira, e, portanto, não podiam deixar de lado a disposição doméstica conflituante, mas ao invés disso tinham que submeter a questão do conflito à "última palavra" da Corte Constitucional[112]. A

1998 e n. 28507 de 2005.

111 O trabalho acadêmico italiano sobre os temas desta opinião é imensamente rico. A fim de alcançar um público maior, darei preferência à literatura em inglês e francês, sem negligenciar a literatura em italiano. Sobre os julgamentos n. 348 e n. 349 ver, entre outros, G. Repetto, "Rethinking a constitutional role for the ECHR, The dilemmas of incorporation into Italian domestic law" in G. Repetto, *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law, an Italian perspective*, Cambridge: Intersentia, 2013, 37-53; M. Parodi, "Le sentenze della Corte Edu come fonte di *Diritti Comparati*; F. Jacquelot, "La réception de la CEDH par l'ordre juridique italien : itinéraire du dualisme italien à la lumière du monisme français" (2011) *Revue de Droit Public* 1235; A. Ruggeri, "Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive", em Del Canto e Rossi (eds), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Turim: Giappichelli, 2011; P. Ridola, "La Corte costituzionale e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: tra gerarchia delle fonti nazionali e armonizzazione in via interpretativa", em P. Ridola, *Diritto comparato e diritto comune europeo,* Turim: Giappichelli, 2010; E. Cannizzaro, 'The effect of the ECHR on the Italian legal order: direct effect and supremacy' (2009) *XIX Anuário Italiano de Direito Internacional* 173; F. Lafaille, "CEDH et constitution italienne: la place du droit conventionnel au sein de la hiérarchie des normes" (2009) *Revue de Droit Public* 1137; F. Sorrentino, "Apologia delle "sentenze gemelle" (Brevi note a margine delle sentenze nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale", in *Diritto e società*, 2/2009; AAVV, *Riflessioni sulle sentenze 348- 349/2007 della Corte costituzionale*, editado por C. Salazar e A. Spadaro, Milão, 2009; O. Pollicino, "Constitutional Court at the crossroads between parochialism and co- operative constitutionalism" (2008) 4 *European Constitutional Law Review* 363; F. Dal Monte e F. Fontanelli, " The Decisions n. 348 and 349 of 2007 of the Italian Constitutional Court: the efficacy of the European convention in the Italian legal system" (2008) 9 *German Law Journal* 889; F. Ghera, "Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)". (2008) *Foro italiano* I, 50; M. Luciani, "Some questions on the new course of constitutional jurisprudence with regard to the relations between Italian law and international law" (2008) *Corriere giuridico* 185; M. Cartabia, "Le sentenze gemelle: Diritti fondamentali, fonti, giudici" (2007) 52 *Giurisprudenza Costituzionale* 3564; F. Donati, "La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007 (2007) *I Diritti dell'Uomo* 14; A. Guazzarotti, " La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma I, Cost." (2007) *Giurisprudenza Costituzionale* 3574; e Pinelli, "Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti" (2007) 52 *Giurisprudenza Costituzionale* 3518.

112 O fato é que alguns tribunais ordinários continuaram a não aplicar o direito interno com base na Convenção, como na sentença *Cassazione (*Seção I) n. 27918 de 2011, que menciona a *immediata operatività* e a *diretta applicabilità* da Convenção, a sentença *Cassazione* (Seção III) n. 19985 de 2011, que se refere à *precettività delle norme convenzionali*, e o acórdão *Consiglio di Stato* de 2 de março de 2010, n. 1220, que argumentam que a Convenção tinha se tornado parte da lei da UE *ipso jure*, após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa e, portanto, agora tinha efeito imediato e primazia. A Corte Constitucional se opôs a esta última interpretação, em seu acórdão n. 80 de 2011 e particularmente em seu acórdão n. 210/2013, opinando que a nova versão do art. 6 § 3 do Tratado da União Europeia não tinha transformado a Convenção em uma parte do direito da UE. O Tribunal de Justiça de Luxemburgo confirmou o parecer da Corte Constitucional em seu acórdão de 24 de abril de 2012, proferido no processo C-571/10, *Kambejaj*. Sobre a reação dos tribunais ordinários ver, entre outros, L. Fontaine e F. Laffaille, "La "communautarisation" de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Le juge administratif italien et les normes européennes" (2011) 127 *Revue de Droit Public* 1015; A. Ruggeri, "La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 20/1)", in *forumcostituzionale.it*, 23 de março de 2011; E. Lamarque, "Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune", in Corte costituzionale (ed), *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici, Milão: Giuffrè, 2010; e I. Carlotto, " I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale" (2010) Politica del Diritto 41.*

Corte Constitucional avaliaria então se a disposição da Convenção em questão, conforme interpretada pela Corte, é compatível com a Constituição e, em caso afirmativo, se o estatuto impugnado é compatível com a Convenção. Caso a disposição da Convenção em questão, conforme interpretada pela Corte, fosse incompatível com a Constituição, a Lei n. 848 de 4 de agosto de 1955 teria que ser parcialmente invalidada, em relação à referida disposição, já que a própria Convenção não pode ser considerada inconstitucional. Se o estatuto impugnado fosse incompatível com a Convenção, ele teria que ser invalidado, pois violaria o art. 117 § 1 da Constituição. Portanto, a interpretação da Convenção pelo Tribunal de Estrasburgo tem valor normativo, na medida em que ela funciona como padrão normativo na avaliação da constitucionalidade das leis ordinárias.

(ii) O PODER LIMITADO DOS JUÍZES ORDINÁRIOS PARA APLICAR A CONVENÇÃO (§§ 5-7)

5. Segundo o *Giudice delle leggi*, as Partes Contratantes da Convenção não criaram uma ordem jurídica internacional e não impuseram a obrigação de incorporar a Convenção na ordem jurídica interna. Não se podia, portanto, afirmar que houvesse uma ordem jurídica externa que, através de órgãos decisórios, adotasse normas *omisso medio* com força vinculativa sobre todas as autoridades domésticas. Não havia, portanto, limitação da soberania nacional. Os indivíduos, portanto, não podiam gozar diretamente da proteção proporcionada pela Convenção[113]. No entanto, novamente de acordo com a Corte Constitucional, cabia aos juízes ordinários interpretar a norma doméstica em conformidade com a Convenção e com a jurisprudência da Corte. Em caso de dúvida quanto à compatibilidade da norma doméstica com a Convenção, o juiz ordinário seria obrigado a levantar uma questão de constitucionalidade e encaminhá-la a Corte Constitucional.

6. Este raciocínio foi basicamente fundado na suposta distinção entre a ordem jurídica da União Européia, que reconhecidamente teve efeito direto, e a Convenção, que no entendimento da Corte Constitucional não teve efeito direto na ordem jurídica interna das Partes Contratantes, na medida em que a Convenção não permitiu que juízes comuns colocassem de lado legislação estatu-

113 Esta não foi uma visão unânime dos mais altos tribunais italianos. Por exemplo, em seu acórdão n. 1191/89, a Suprema Corte já havia declarado que o art. 6 da Convenção era autoexecutório.

tária conflituante[114]. Embora admitindo que a Convenção era diferente de outros tratados internacionais, na medida em que sua interpretação não estava nas mãos das Partes Contratantes, mas nas de uma Corte, que tinha a "última palavra" (*ultima parola*)[115] com relação a tal interpretação, a Corte Constitucional salientou que a Convenção deve ser entendida como um acordo multilateral que não limitava a soberania das partes contratantes[116]. Finalmente, tratados de direitos humanos, como a Convenção, deveriam ser tratados como qualquer outro tratado internacional, exceto no caso de um tratado internacional que encapsulasse princípios consuetudinários de direito internacional[117].

7. Na lógica dos "julgamentos gêmeos", a Convenção não poderia sequer proporcionar um grau de proteção superior ao da Constituição, mas apenas uma "garantia de direitos fundamentais pelo menos equivalente ao nível garantido pela Constituição italiana" ("*una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente allivello garantito dalla Costituzione italiana*")[118]. A Convenção permaneceu, assim, uma fonte externa de direito que não deveria colocar em risco a unidade da Constituição. Embora a Corte Constitucional tivesse que encontrar um equilíbrio razoável entre as obrigações de direito internacional, incluindo as obrigações da Convenção, e a salvaguarda dos interesses constitucionalmente protegidos contidos em outras disposições da Constituição, a primazia do direito da Convenção sobre a lei formal foi assegurada unicamente através do art. 117 § 1 da Constituição, e as disposições da Convenção, bem como as decisões da Corte interpretando-as, deveriam ser vistas como "fatos externos" em relação à ordem jurídica italiana. O antiquado dualismo à la Anzilotti permaneceu vivo, sendo a Convenção claramente colocada sob o escrutínio da Corte Constitucional, como qualquer outra lei[119].

B. Os refinados segundos "julgamentos gêmeos" (§§ 8-14)

(i) A expansão máxima das garantias da Convenção e da Constituição (§§ 8-10)

8. Dois anos depois, a Corte Constitucional refinou a lógica dos "julgamentos gêmeos", com uma nova dupla de "julgamentos gêmeos", os acórdãos n. 311 de 2009 e n. 317 de 2009[120]. Ao mesmo tempo em que destacava a natureza diferenciada de algumas disposições da Convenção, que incluíam normas de natureza consuetudinária diretamente aplicáveis pelo juiz ordinário de acordo com o Art. 10 da Constituição[121], e o papel da jurisprudência da Corte como intérprete autorizado da Convenção, com a consequência lógica de que a Corte Constitucional não tinha poder para substituir sua própria interpretação de uma disposição da Convenção pela da Corte[122] , os juízes do *Palazzo della Consulta*, no entanto, limitaram a autoridade interpretativa da Corte à "substância" (*la sostanza)* de sua jurisprudência "consolidada" (*consolidatasi*)[123].

9. Com o louvável propósito de proporcionar o maior grau possível de proteção aos direitos fundamentais comuns à Convenção e à Constituição, o *Giudice costituzionale* empenhou-se em um exercício de equilíbrio com base na "interpenetração" (*compenetrazione*) entre cada catálogo de direitos e "as inter-relações normativas entre os vários níveis de garantia" (*interrelazioni normative tra i vari livelli delle garanzie*). Assim, os juízes da *Consulta* admitiram explicitamente que a Convenção, tal como interpretada pela Corte, estava em pé de igualdade com a Constituição: "uma disposição da CEDH, ao complementar o art. 117 § 1 da Constituição, recebe desta última seu status dentro do sistema de fontes, com todas as implicações em termos de interpretação e equilíbrio..."[124]. Consequentemente, o art. 117 da Constituição não impediu uma proteção de nível superior pela Convenção, conforme interpretado pela jurisprudência da Corte de Estrasburgo:

114 Ver o parágrafo 3.3 do *cons. in dir.* (o raciocínio jurídico) do acórdão da Corte Constitucional n. 348/2007.

115 Ver o parágrafo 6.2 do *cons. in dir.* do Acórdão n. 348/2007 da Corte Constitucional.

116 Ver o parágrafo 6.1 do *cons. in dir.* do Acórdão n. 348/2007 da Corte Constitucional.

117 Ver o parágrafo 6.1 do *cons. in dir.* do Acórdão n. 349/2007 da Corte Constitucional.

118 Ibid.

119 Ver parágrafo 4.6 do *cons. in dir.*do Acórdão n. 348/2007 da Corte Constitucional.

120 Sobre os acórdãos n. 311 e 317 ver, entre outros, V. Barsotti et al, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford: Oxford University Press, 2015; N. Perlo, "Les juges italiens et la cour européenne des droits de l'homme: vers la construction d'un système juridique intégré de protection des droits", in X. Magnon et al (eds*), L'office du juge constitutionnel face aux exigences supranacionales*, Bruxelas: Bruylant, 2015; e "La Cour Constitutionnelle italienne et ses résistances à la globalisation de la protection des droits de l'homme: " un barrage contre le pacifique " " (2013) 95 *Revue française de droit constitutionnel* 717; C. Padula, "La Corte costituzionale ed i 'controlimiti' alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessioni sul bilanciamento dell'art. 117, co. 1, Cost.", em *Federalismi.it*, 10 de dezembro de 2014; G. Reppetto, " L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al 'doppio binario'" (2014) 20 (3) *Diritto Pubblico* 1075; M. Cartabia, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali-il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, Incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola - Santiago del Compostela 16-18 de outubro de 2014; F. Gallo, "Rapporti fra Corte Constituzionale e Corte EDU", Bruxelas, 24 de maio de 2012, em Rivista AIC 1/2013; D. Tega, *I diritti in crisi tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milão: Giuffrè, 2012; O. Pollicino, *Allargamento dell'Europa ad est e rapporti tra Corti costituzionali e corti europee. Verso una teoria generale dell' impatto interordinamentale del diritto sovranazionale*, Milão: Giuffrè, 2012; D. Tega, "L'ordinamento costituzionale italiano e il "sistema" CEDU: accordi e disaccordi", in. V. Manes e V. Zagrebelsky (eds), *La CEDU nell'ordinamento penale italiano*, Milão: Giuffré, 2011; E. Gianfrancesco, "Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte di Strasburgo", in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 1/2011; O. Pollicino, "Margine di apprezzamento, art 10, c.1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?", in *Forum di Quaderni costituzionali*, 16 de dezembro de 2009; A. Ruggeri, ". "Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)", *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009.

121 Ver parágrafo 6do *cons. in dir.* do acórdão da Corte Constitucional n. 311/2009.

122 Ver parágrafo 7 do*cons. in dir.* do acórdão da Corte Constitucional n. 317/2009.

123 Ver parágrafo 6 do *cons. in dir.* do acórdão da Corte Constitucional n. 311/2009. No recente acórdão n. 49 de 2015, a Corte Constitucional reiterou este princípio interpretativo: "*Questa Corte ha già precisato, e qui ribadisce, che il giudice comune* è *tenuto ad uniformarsi alla «giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente» (sentenze n. 236 del 2011 e n. 311 del 2009), «in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza»* (*sentenza n. 311 del 2009; nello stesso senso, sentenza n. 303 del 2011)".)*

124 Ver parágrafo 7 do *cons. in dir.* do acórdão da Corte Constitucional n. 317/2009.

"É evidente que este tribunal não só não pode permitir a aplicação do art. 117 § 1 da Constituição para determinar um nível de proteção inferior ao já existente no direito interno, mas também não pode aceitar que um nível mais elevado de proteção que poderia ser introduzido através do mesmo mecanismo seja negado aos detentores de um direito fundamental. A consequência deste raciocínio é que a comparação entre a proteção da Convenção e a proteção constitucional dos direitos fundamentais deve ser realizada buscando obter a maior expansão de garantias, inclusive através do desenvolvimento do potencial inerente às normas constitucionais que dizem respeito aos mesmos direitos"[125].

É digno de nota que a Corte Constitucional atribuiu a si o poder de determinar que a proteção proporcionada pela Convenção, conforme interpretada pela Corte de Estrasburgo, pode ser mais forte do que a proporcionada pela Constituição. Mas isto também significa, inversamente, que pode determinar o contrário, ou seja, que a proteção proporcionada pela Constituição pode ser mais forte do que a da Convenção, conforme interpretada por Estrasburgo.

10. Enquanto busca "a expansão máxima das garantias" tanto da Convenção quanto da Constituição, é tarefa da Corte Constitucional realizar o exercício de equilíbrio necessário com "outros interesses constitucionalmente protegidos, em outras palavras, outras disposições constitucionais que, por sua vez, garantem direitos fundamentais que podem ser afetados pela expansão da proteção individual"[126]. Ao fazer isso, a Corte Constitucional coloca a aplicação da Convenção na ordem jurídica italiana em uma perspectiva sistêmica mais ampla, destacando a importância do "ambiente constitucional" dentro do qual ocorre a aplicação da Convenção e o próprio papel da *Consulta* como árbitro final sobre a aplicabilidade das decisões da Corte na ordem jurídica italiana.

Apesar da nova posição para-constitucional concedida ao direito da Convenção, as sementes da discórdia com Estrasburgo foram semeadas na medida em que a amplitude e os limites de sua incorporação não são apenas retóricos, mas dependem efetivamente do julgamento constitucional interno dos interesses envolvidos. Como questão de direito constitucional, o teste de constitucionalidade imposto às normas da Convenção, como interpretada pela Corte, não se limita a qualquer conjunto de normas ou interesses constitucionais centrais especiais. Ao contrário de os notórios "contra-limites" (*controlimiti*)[127] que podem servir

125 Ibid.

126 Este é um refinamento do "*ragionevole bilanciamento*" já mencionado no parágrafo 4.7 do *cons. in dir.* do acórdão n. 348/2007. O valor agregado do julgamento de 2009 é sua ênfase na relação menos formalista e hierárquica, mais axiológica e substantiva entre a Constituição e a Convenção, tendo em vista o princípio da "expansão máxima das garantias".

127 Este núcleo intangível de identidade constitucional e soberania do Estado inclui "os princípios fundamentais de nossa ordem constitucional" e "os direitos inalienáveis da pessoa humana", conforme descrito pelos acórdãos da Corte Constitucional n. 183/73, n. 170/84, n. 232/89 e n. 238/2014.

contra a penetração da lei da UE[128] ou mesmo delimitar certas regras do direito consuetudinário internacional[129], toda norma ou interesse constitucional pode servir como um entrave legítimo para a penetração da Convenção.

(ii) A "margem de apreciação" dos acórdãos da Corte (§§ 11-15)

11. Embora tenha havido uma clara valorização do direito da Convenção, conforme interpretada pela Corte de Estrasburgo, nos "segundos julgamentos gêmeos", na medida em que ela não é mais percebida como um corpo jurídico externo na ordem jurídica italiana, mas como um corpo jurídico em pé de igualdade e tendo uma afinidade axiológica com a Constituição, sua aplicação no direito interno permanece, de qualquer forma, sob o estrito controle da Corte Constitucional. A fim de salvaguardar esse controle, a Corte Constitucional faz uso de um instrumento técnico derivado da própria jurisprudência de Estrasburgo, a "margem de apreciação" (*margine di apprezzamento*), mas a aplica à modulação do efeito jurídico dos acórdãos da Corte na ordem jurídica italiana[130].

12. Para reforçar esta linha de raciocínio, a Corte Constitucional insiste na distinção entre o papel da Corte de Estrasburgo, que é "decidir sobre o caso individual e o direito fundamental individual" (*alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale*), e o papel das autoridades nacionais, incluindo a Corte Constitucional, que é proteger os direitos fundamentais de forma coordenada e sistêmica, e assim impedir que a proteção de certos direitos fundamentais "se desenvolva de forma desequilibrada em detrimento de outros direitos também protegidos pela Constituição e pela Convenção Europeia" (*si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea*)[131].

13. Duas alegações críticas sobre a natureza da jurisprudência do Tribunal estão implícitas nesta linha de argumentação, e foram explicitadas em jurisprudência constitucional posterior. Por um lado, para a *Consulta*, as decisões da

128 Ver o Acórdão do *Consiglio di Stato* de 8 de agosto de 2005, processo 4207/2005.

129 Ver Acórdão da Corte Constitucional n. 238/2014.

130 A margem de apreciação foi mencionada tanto no parágrafo 7 do acórdão n. 317 de 2009 quanto no parágrafo 9 do acórdão n. 311 de 2009. Mas o significado das duas referências é muito distinto. Se a do acórdão n. 311 se refere apenas à jurisprudência da Corte sobre interpretação em certos domínios sociais, a do acórdão n. 317 é diferente, uma vez que finge que há margem de apreciação para os Estados ao implementar as sentenças da Corte. Sobre o uso da doutrina da margem de apreciação pela Corte Constitucional, ver M. Cartabia, La tutela multilivello..., citado acima, página 20, que justifica seu uso "onde ainda não está consolidado um consenso"; ver também V. Schiarabba, "La dottrina del margine di apprezzamento e i rapporti con le corti nazionali", in O. Pollicino e V. Sciarabba, "La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale", in *forumcostituzionale.it*, 2010; e F. Bilancia, "Con l'obiettivo di assicurare l'effettività degli strumenti di garanzia la Corte costituzionale italiana funzionalizza il "margine di apprezzamento" statale, di cui alla giurisprudenza CEDU, alla garanzia degli stessi diritti fondamentali" (2009) *Giurisprudenza costituzionale* 4772.

131 Ver parágrafo 7 do *cons. in dir.* do acórdão de Corte Constitucional n. 311/2009.

Corte são muito específicas e atomísticas[132], já que dependem muito do contexto e das circunstâncias individuais de cada caso. Tendo em vista a natureza focada em precedentes da jurisprudência da Corte, que garante uma longa consolidação de seus princípios, nem todos os julgamentos podem ser reconhecidos como representando a jurisprudência da Corte. Por outro lado, aos olhos da *Consulta*, os acórdãos de Estrasburgo são demasiado simplistas e lineares, pois levam em conta apenas os interesses subjetivos em jogo, não todos os interesses objetivos envolvidos; assim, a jurisprudência da Corte não considera plenamente a peculiaridade da ordem jurídica italiana[133]. Se necessário, a Corte Constitucional pode repetir o equilíbrio de interesses realizado por Estrasburgo à luz dos interesses objetivos prevalecentes na ordem constitucional italiana[134]. É justamente por essa razão que uma certa margem de apreciação deve ser concedida às autoridades nacionais na implementação dos acórdãos da Corte[135].

14. Os segundos "julgamentos gêmeos" (acórdãos n. 311 e n. 317 de 2009) representam uma certa mudança de orientação dos juízes da *Consulta* em relação aos primeiros "julgamentos gêmeos" (acórdãos n. 348 e n. 349 de 2007). Enquanto os "primeiros gêmeos" estavam concentrados em estabelecer um estilo Kelseniano, a ordem formal de prevalência da Constituição sobre a Convenção e de a Convenção sobre a lei, destinado a delimitar os papéis respectivos do juiz comum e do juiz constitucional ao assegurar a hierarquia das fontes do direito[136], os "segundos gêmeos" buscaram uma articulação substantiva entre a Constituição e a Convenção baseada no princípio da maximização da proteção dos direitos fundamentais de ambos os catálogos, mas impondo os termos de uma delimitação unilateral do poder entre Roma e Estrasburgo[137].

132 Ver Acórdão da Corte Constitucional n. 236/2011. Referindo-se às posições da Corte de Estrasburgo e da Corte Constitucional, M. Cartabia considerou que "se este caso não conduziu a um verdadeiro e próprio conflito judicial, a diversidade das posições mantidas pelos dois tribunais não pode ser ocultada" (La tutela multilivello , citado acima, página 18).

133 Ver acórdão da Corte Constitucional n. 236/2011.

134 Ver acórdão da Corte Constitucional n. 264/2012.

135 Deve-se observar que, em seu acórdão n. 264/2012, a Corte Constitucional utilizou a doutrina da margem de apreciação para desaplicar o julgamento da Corte proferido, e não os *controlimiti*, como o *giudice rimettente* havia solicitado (parágrafo 4.2). Ver sobre esse julgado, entre outros, M. Cartabia, "I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana" (2015) *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, I, 45, and *La tutela multilivello…*, citado acima, pp. 12-15; F. Viganò, "Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte europea tra guerra e dialogo", in *Diritto Penale Contemporaneo* (DPC), 14 Julho 2014; R. Dickmann, "Corte costituzionale e controlimiti al diritto internazionale. Ancora sulle relazioni tra ordinamento costituzionale e Cedu", in *Federalismi.it, Focus Human Rights*, n. 3/2013, 16 Setembro 2013; M. Massa, "La sentenza n. 264 del 2012 della Corte Costituzionale: dissonanze tra le corti sul tema della retroattività", In *Quaderni costituzionali*, 1/2013; e A. Ruggeri, "La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale, ("a prima lettura" di Corte cost. n. 264 del 2012)", in *Diritti Comparati*, 14 Dezembro 2012.

136 Ver as observações esclarecedoras do ex-juiz do Tribunal Constitucional, Sabino Cassese, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna: Il Mulino, 2015, 78, 88, 89 e 213.

137 A Corte Constitucional não tem sido consistente em sua linguagem desde o acórdão n. 317/2009, às vezes ainda invocando um tipo hierárquico de linguagem, como por exemplo no acórdão n. 93/2010.

Finalmente, a Corte Constitucional transmitiu uma mensagem inequívoca de que, embora aberta a um certo grau de integração da Convenção e do direito constitucional, ela queria manter um grau considerável de discricionariedade na execução das decisões da Corte na ordem jurídica interna, criando assim um potencial óbvio de conflito com Estrasburgo e de insegurança jurídica na ordem jurídica italiana[138].

15. Sem surpresas, o conflito eclodiu três anos depois, com o "caso das pensões suíças". No caso *Maggio e Outros v. Itália*[139] , a Corte contradisse o Acórdão Constitucional n. 172 de 2008, ao considerar que na Lei n. 296/2006, o Estado italiano havia violado os direitos dos requerentes nos termos do art. 6 § 1 da Convenção e assim rejeitou o argumento do Governo de que a Lei havia sido necessária para restabelecer o equilíbrio no sistema previdenciário, eliminando quaisquer vantagens desfrutadas por indivíduos que haviam trabalhado na Suíça e pago contribuições mais baixas, como não sendo suficientemente convincente para superar os perigos inerentes ao uso de legislação retrospectiva que tinha o efeito de influenciar a determinação judicial de uma disputa pendente da qual o Estado era parte. Essas opiniões divergentes entre Estrasburgo e Roma levaram a Corte Constitucional no acórdão n. 264 de 2012 a repetir o exercício de ponderação da Corte à luz de "outros interesses constitucionais" e a decidir que de fato existiam razões imperiosas de interesse geral que justificavam uma aplicação retroativa da lei. Curiosamente, a *Consulta* invocou "não apenas o sistema axiológico nacional em sua interação, mas também a substância da decisão da Corte em causa" ("*non solo il sistema nazionale di valori nella loro interazione, ma anche la sostanza della decisione della Corte EDU di cui si tratta*"), como se o respeito pela "substância" da jurisprudência de Estrasburgo justificasse o desrespeito ao acórdão *Maggio* da Corte. Em seguida, em *Cataldo e Outros v. Itália*[140], e *Stefanetti e Outros v. Itália*[141], a Corte deixou claro que estava aderindo a sua posição anterior. Em seu último acórdão n. 166 de 2017, a Corte Constitucional não mudou sua posição, reiterando que a "inovação" no acórdão *Stefanetti* de Estrasburgo *("il novum della sentenza Stefanetti")* nada acrescentou à discussão sobre a constitucionalidade da norma doméstica contestada[142].

138 Eu já tinha previsto este conflito na nota 9 da minha opinião em separado em *Fabris v. França* [GC], n. 16574/08, 7 de fevereiro de 2013.

139 *Maggio e Outros v. Itália*, nos 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 e 56001/08, 31 de maio de 2011.

140 *Cataldo e Outros v. Itália*, n. 54425/08, 58361/08, 58464/08, 60505/08, 60524/08 e 61827/08, 24 de junho de 2014.

141 *Stefanetti e Outros v. Itália*, n. 21838/10, 21849/10, 21852/10, 21855/10, 21860/10, 21863/10, 21869/10 e 21870/10, 15 de abril de 2014.

142 Ver parágrafo 5 do *cons. in dir.* no acórdão da Corte Constitucional n. 166/2017. A situação atual só pode ser superada com uma intervenção do legislador, como sugerido pela Corte Constitucional no parágrafo 8 daquele julgamento, ou com uma declaração de inconstitucionalidade parcial da Lei n. 848 de 1955 com relação ao art. 6º da Convenção e a conseqüente declaração de reserva à Convenção a este respeito. A Corte teria a última palavra quanto à compatibilidade desta reserva com a Convenção. Caso esta via legal falhasse, somente a denúncia da Convenção seria alternativa do Estado italiano. Em qualquer caso, a situação

C. A *REVOLUTIO* DO ACÓRDÃO N. 49/2015 (§§ 16-20)

(i) O LEGADO INDISCUTÍVEL DE *SUD FONDI* (§§ 16-17)

16. Após o "duplo monólogo" (*doppio monologo*) no caso das pensões suíças[143] , a ocorrência de outro grave conflito entre a *Consulta* e a Corte de Estrasburgo era previsível, tendo em vista os termos em que sua relação havia sido enquadrada nos segundos "julgamentos gêmeos". O conflito surgiu em janeiro e maio de 2014, quando duas questões de constitucionalidade foram submetidas à Corte Constitucional pelo Tribunal Distrital de Teramo e pelo Tribunal de Cassação, respectivamente, sobre o assunto do Art. 44 § 2 do Decreto Legislativo n. 380/2001, após o acórdão *Varvara*[144].

17. Em seu acórdão n. 49/2015[145] , a Corte Constitucional reiterou a natureza administrativa da medida de confisco estabelecida no art. 44 § 2 mas admitiu que era uma "penalidade" no sentido do Art. 7 da Convenção[146] e que a presunção de inocência do Art. 6 § 2 da Convenção era aplicável[147]. O legado de *Sud Fondi*[148] era indiscutível e permaneceu indiscutido.

Entretanto, a Corte Constitucional afirmou que o arquivamento do processo devido ao decurso dos prazos de prescrição pode ser acompanhado "pelo mais amplo raciocínio sobre responsabilidade com o único propósito da apreensão do bem construído"[149]. Em outras palavras, na ordem jurídica italiana, uma decisão de *prescrizione* (prescrição) da infração não é lógica nem legalmente incompatível com a avaliação completa da responsabilidade[150]. Além disso, na opinião da Corte Constitucional, após a recepção de *Sud Fondi*[151] na ordem jurídica italiana, esta avaliação não é uma faculdade (*facoltà*) do juiz, mas uma obrigação (*obbligo*) de cujo cumprimento depende a legalidade do confisco.

(ii) *VARVARA* INTERPRETADA NO "FLUXO CONTÍNUO" DA JURISPRUDÊNCIA DE ESTRASBURGO (§§ 18-20)

18. A *Consulta* constatou que a suposição dos juízes requerentes de que *Varvara* havia estabelecido um princípio jurídico inovador e vinculante, que contradizia uma regra tão antiga da ordem jurídica italiana estava errada por três razões. Em primeiro lugar, os juízes requerentes ignoraram a natureza da jurisprudência da Corte como "lei viva" (*diritto vivente*), pronunciada em um "fluxo contínuo" (*flusso continuo*) e ligada à "situação concreta" que estava na sua origem. Na opinião da Corte Constitucional, a rejeição do pedido de encami-

de recusa de execução de uma das decisões da Corte envolve a responsabilidade internacional do Estado italiano.

143 De fato, contemporâneo ao caso das pensões suíças, houve outro caso relativo à legitimidade constitucional das disposições legislativas de interpretação autêntica (o tão chamado caso do pessoal da ATA), no qual a Corte declarou que "S'agissant de la décision de la Cour constitutionnelle, la Cour rappelle qu'elle ne saurait suffire à établir la conformité de la loi no 266 de 2005 avec les dispositions de la Convention" (*Agrati e Outros v. Itália*, nº 43549/08, 6107/09 e 5087/09, § 62, 7 de junho de 2011), opondo-se assim às conclusões do Acórdão da Corte Constitucional n. 234/2007. Em sua sentença n. 257/2011, a Corte Constitucional interpretou de forma restrita a sentença *Agrati e Outros*, declarando a constitucionalidade das disposições em questão. Sobre estes acórdãos ver, entre outros, M. Bignami, "La Corte Edu e le leggi retroattive", in *Questione Giustizia* , 13 de setembro de 2017; G. Bronzini, "I limiti alla retroattività della legge civile tra ordinamento interno e ordinamento convenzionale: dal "disallineamento" al dialogo?", in AAVV, *Dialogando sui diritti. Corte di Cassazione e CEDU a confronto*, Nápoles: EGEA Editore, 2016; Servizio Studi Corte Costituzionale, *La legge di interpretazione autentica tra Costituzione e CEDU*, editado por I. Rivera, 2015; M. Massa, "Difficoltà di dialogo. Ancora sulle divergenze tra Corte costituzionale e Corte europea in tema di leggi interpretative", in *Giurisprudenza Costituzionale* 1/2012; e F. Bilancia, "Leggi retroattive ed interferenza nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti", in *Giurisprudenza Costituzionale*, 6/2012.

144 Sobre a reação ao *Varvara* ver, entre outros, F. Viganò, "Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasbourg il re è nudo (a proposito di Cass. pen., sez. III, ord. 30 aprile 2014)", in DPC, 9 de junho de 2014; A. Balsamo, "The European Court and confiscation without conviction for abusive allotment" (2014) *Cassazione Penale* 1396; e G. Civello, "La sentenza Varvara v. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?", in *Archivio Penale*, 2015, n. 1.

145 Ver, entre outros, V. Lo Guidice, "Confisca senza condanna e prescrizione: il filo rosso dei controlimiti", in DPC, 28 April 2017; A. Giannelli, "La confisca urbanistica (art. 7 CEDU)", in Di Stasi, *CEDU e Ordinamento Italiano*, Vicenza: CEDAM, 2016, 563-590; C. Padula, "La Corte Edu e i giudici comuni nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale", in *Consulta online*, 2016 fasc. 2; D. Pulitanò, "Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015", in DPC, 22 June 2015; O. Di Giovine, Antiformalismo Interpretativo: Il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale, in DPC, 5/2015; G. Martinico, "Corti costituzionali (o Supreme) e "disobbedienza funzionale"- Critica, dialogo e conflitti nel rapporto tra diritto interno e diritto delle convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani)", in DPC, 28 April 2015; A. Ruggeri, "Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno", in DPC, 2 April 2015; D. Tega, "La sentenza della Corte costituzionale n. 49/2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU" (2015) *Quaderni costituzionali* 400; and "A National Narrative: The Constitution's Axiological Prevalence of the ECHR – A Comment on the Italian Constitutional Court Judgment n. 49/2015", in the *Blog of the International Journal of Constitutional Law*, 1 May 2015; A. Pin, "A Jurisprudence to Handle with Care: The European Court of Human Rights' Unsettled Case Law, its Authority, and its Future, According to the Italian Constitutional Court", in the same blog; F. Viganò, "La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione", in DPC, 30 March 2015; M. Bignami, "Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente", in DPC, 30 March 2015; A. Russo, "Prescrizione e confisca. La Corte costituzionale stacca un nuovo biglietto per Strasburgo", in *Archivio Penale*; R. Conti, "La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015", in *Consulta online*, 10 April 2015; N. Colacino, "Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta", in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, n. 3/2015; G. Civello, "Rimessa alla Grande Camera la questione della confisca urbanistica in presenza di reato prescritto: verso il superamento della sentenza *Varvara*?", *Archivio Penale* 2015, n. 2; P. Mori, "Il "predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU": Corte costituzionale 49/2015 ovvero della 'normalizzazione' dei rapporti tra diritto interno e la CEDU", in *SIDIBlog*, 2015; V. Zagrebelsky, "Corte cost. n. 49/2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica dela Convenzione", in *Osservatorio costituzionale,* 2015, n. 5; G. Sorrenti, "Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 7 December 2015; D. Russo, "Ancora sul rapporto tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: brevi note sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 49 del 2015", in *Osservatorio delle fonti*, 2/2015; G. Repetto, "Vincolo al rispetto del diritto CEDU 'consolidato': proposta di adeguamento interpretativo" (2015) *Giurisprudenza Costituzionale* 411.

146 Ver parágrafo 6 do *cons. in dir.* do Acórdão da Corte Constitucional n. 49/2015. Como a própria Corte Constitucional aceita a aplicabilidade das garantias do art. 7 para *confisca urbanistica*, não posso mais sustentar a posição defendida em minha opinião separada anexada à sentença *Varvara* de que o art. 7 não se aplica. Eu certamente não gostaria de *essere più realista del re* ("ser mais papista do que o Papa").

147 Ver parágrafo 5 do *cons. in dir.* da sentença do Acórdão da Corte Constitucional n. 49/2015.

148 A sentença no *Sud Fondi S.r.l. e Outros v. Itália*, n. 75909/01, 20 de janeiro de 2009, teve uma recepção positiva no Acórdão da Corte Constitucional n. 239/2009. Em sua sentença n. 49/2015, a Corte Constitucional confirmou essa jurisprudência.

149 Ver parágrafo 5 do *cons. in dir.* do Acórdão da Corte Constitucional n. 49/2015

150 Ver o parágrafo 6.2 do Acórdão n. 49/2015 da Corte Constitucional.

151 *Sud Fondi*, citado acima.

nhamento para a Grande Câmara apenas confirmou que nenhum princípio novo havia sido estabelecido.

Em segundo lugar, os juízes requerentes tinham pressuposto erroneamente que *Varvara* tinha absorvido a sanção administrativa de apreensão no campo do direito penal. Isto teria contrariado a própria jurisprudência da Corte, que enfatizava a subsidiariedade da punição penal e a discricionariedade do legislador quanto à definição do âmbito das infrações administrativas como medida para combater a "hipertrofia" do direito penal.

Em terceiro lugar, os juízes requerentes haviam compreendido mal o foco da Corte na proteção da "substância dos direitos humanos" (la sostanza dei diritti umani), se necessário superando a estrutura formal dos fatos (*l'inquadramento formale di una fattispecie*)**.** *Varvara* deve ser interpretado como exigindo apenas uma declaração "substantiva" de responsabilidade e, portanto, como compatível com a declaração simultânea de que a infração estava prescrita de acordo com as regras do direito interno. Em outras palavras, a lógica de *Varvara* era que a prescrição era compatível com uma condenação "substantiva".

19. Entre o Cila da solução de confronto direto com a Corte Estrasburgo, como proposto pelo Tribunal de Cassação[152] , e a Caríbdis de subordinação direta a ela, como sugerido pelo Tribunale di Teramo[153], a Corte Constitucional buscou uma *via de mezzo*, colocando o acórdão *Varvara* no contexto de uma jurisprudência progressiva e contínua[154] que nem sempre revela claramente o princípio sobre o qual o caso havia sido decidido[155]. Na opinião da Corte Constitucional, *Varvara* não estabeleceu um novo e vinculante princípio e não correspondeu a uma jurisprudência consolidada, ou seja, uma jurisprudência da qual pode decorrer "uma norma capaz de garantir a segurança jurídica e a uniformidade nos Estados Contratantes de um nível mínimo de proteção dos direitos humanos"[156].

20. A Corte Constitucional reafirmou o princípio de que o juiz comum era obrigado a seguir a jurisprudência da Corte. Entretanto, em caso de dúvida quanto à conformidade dessa jurisprudência com a Constituição, o juiz comum só estava vinculado a ela quando ela estivesse "bem estabelecida" no sentido do

152 O Tribunal de Cassação considerou que*Varvara* não era compatível com certas disposições da Constituição italiana, na medida em que garantia uma "forma de hiperproteção do direito de propriedade, apesar de a propriedade abusiva não desempenhar uma função de utilidade social (art. 41 e 42 da Constituição), com o sacrifício de princípios de valor constitucional superior ou do direito de desenvolver a própria personalidade em um ambiente saudável (art. 2, 9 e 32 da Constituição)". Deve-se notar, no entanto, que o Tribunal de Cassação havia aceitado anteriormente a lógica do acórdão *Varvara* (Seção Penal III, acórdão de 11 de março de 2014, n. 23965, e Seção Penal III, acórdão de 11 de março- 16 de abril de 2014, n. 16694).

153 O juiz de Teramo considerou que a prática atual de confisco em casos de crimes prescritos havia sido considerada contrária ao art. 7 conforme interpretado por *Varvara* e que não havia outra solução interpretativa para esta contradição.

154 Ver parágrafo 6.1 do *cons. in dir.* no acórdão da Corte Constitucional n. 49/2015.

155 Ibid.

156 Ver parágrafo 7 do *cons. in dir.* no acórdão da Corte Constitucional n. 49/2015.

art. 28 da Convenção ou tivesse sido estabelecida em um "julgamento piloto"[157]. Consequentemente, o julgamento *Varvara*, que havia estabelecido o princípio segundo o qual o art. 7 da Convenção exigia que uma sanção penal fosse precedida de uma condenação formal, não havia expressado uma abordagem jurisprudencial e, portanto, não seria vinculativa para os tribunais domésticos. Para fundamentar seu raciocínio, a Corte Constitucional assinalou que, em caso de conflito entre a Convenção e as normas constitucionais, estas últimas devem prevalecer por causa da "supremacia axiológica da Constituição sobre a CEDH" (*predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*)[158].

III- As consequências do acórdão n. 49/2015 no ordenamento jurídico italiano (§§ 21-56)

A. A leitura equivocada de *Varvara* (§§ 21-27)

(i)A obliteração do "direito ao esquecimento" (§§ 21-24)

21. Em sua discussão sobre *Varvara*, a Corte Constitucional italiana alegou que era um "princípio consolidado" do direito europeu que uma "penalidade" poderia ser aplicada por uma autoridade administrativa desde que fosse sujeita a revisão judicial[159]. Neste contexto, era "duvidoso que a sentença *Varvara* tenha de fato seguido o caminho indicado por ambos os tribunais de referência, introduzindo um elemento de desarmonia no contexto mais amplo da CEDH". Portanto, fundamentou a Corte Constitucional, quando se tratou do significado de "condenação", o que a Corte "tinha em mente" em seu julgamento *Varvara* não era "a forma da decisão do tribunal" (isto é, uma declaração formal de culpa), mas, ao invés disso, "a substância que necessariamente acompanha tal decisão quando impõe uma punição criminal nos termos do art. 7 da CEDH, isto é, uma declaração de responsabilidade".

22. Como demonstrado na dissensão conjunta, esta não é uma leitura plausível nem de *Varvara* nem da jurisprudência relevante[160]. Para a aplicação de uma "penalidade" *Varvara* exige que a infração ("criminal", "administrativa", "fiscal" ou outra, de acordo com a classificação da lei nacional) não esteja prescrita

157 Ibid.

158 Parágrafo 4 do cons. in dir. do Acórdão da Corte Constitucional n. 49/2015. Não é surpresa que a Corte Constitucional tenha ecoado a posição da Suprema Corte do Reino Unido sobre a falta do efeito erga omnes das decisões da Corte que não representam jurisprudência "clara e constante". Ver sobre as opiniões de Lord Philip em Horncastle e Lord Bingham em Ullah, minha opinião separada em *Hutchinson v. o Reino Unido* [GC], n. 57592/08, 17 de janeiro de 2017.

159 Ver parágrafo 6 do Acórdão da Corte Constitucional n. 49/2015.

160 Como F. Viganò observa corretamente, *Varvara* estava de acordo com *Paraponiaris v. Grécia*, n. 42132/06, 6 de abril de 2009, e portanto não mostrou nenhuma descontinuidade em relação à jurisprudência anterior (ver "Confisca urbanistica", citado acima, página 280).

e que haja um "veredicto formal de ... culpabilidade". Este veredito formal pode evidentemente ser apresentado no contexto de processos penais *stricto sensu* ou no contexto de qualquer processo na acepção do art. 7 da Convenção, tais como processos administrativos, fiscais ou outros em que se apliquem "penalidades"[161]. O escopo de aplicação do Art. 7 da Convenção, que também se aplica aos procedimentos não rotulados como "criminais" pela legislação nacional, não determina "se as medidas de confisco impugnadas exigiam pelo menos uma declaração formal de responsabilidade criminal em relação aos requerentes"[162]. Uma coisa é o escopo da disposição, outra é seu conteúdo.

23. Como proclamado em Sud Fondi[163], e aceito pelo Giudici delle leggi[164], o conteúdo do princípio da legalidade inclui o princípio nulla poena sine culpa, que deve ser estabelecido (tanto a culpa quanto a poena) dentro do prazo de prescrição estabelecido pela lei. Em um Estado de direito regido pelo princípio da legalidade, o poder do Estado para processar e punir delitos, mesmo complexos, é limitado por restrições de tempo, ou para usar a elegante formulação da Corte Constitucional, "com o passar do tempo após a comissão do fato, a necessidade de punição é atenuada e amadurece um direito ao esquecimento para seu autor" (trascorso del tempo dalla commissione del fatto, si attenuino le esigenze di punizione e maturi un diritto all'oblio in capo all'autore di esso)[165]. Caso contrário, os valores de segurança jurídica e previsibilidade, inerentes ao princípio da legalidade, e, portanto, o próprio princípio, seriam sacrificados no altar da eficiência do sistema de justiça.

24. Com base nesta premissa, quando uma infração se torna prescrita, as razões para processá-la não prevalecem mais e os propósitos da punição penal não mais se concretizam. A declaração que uma infração penal está prescrita implica precisamente sacrificar a luta contra a impunidade. Se o objetivo de lutar contra a impunidade sempre prevalecesse, não haveria crimes prescritos. Este é

161 Nada em *Varvara* exige uma sentença de um tribunal criminal. É verdade que a tradução inglesa de *Varvara* critica o fato de que "a pena criminal ... foi imposta ao requerente apesar do fato que o delito criminal tinha sido prescrito e sua responsabilidade criminal não tinha sido estabelecida em um veredito quanto à sua culpa". Mas as palavras "responsabilidade criminal" devem ser lidas em seu contexto: no caso *Varvara*, o confisco tinha sido aplicado pelo tribunal penal, de modo que seu caráter penal não era objeto de discussão. Isto é tudo mais claro na versão original francesa, que se opõe apenas ao fato de que a responsabilidade do requerente "*n'a pas* été *consignée dans un jugement de condamnation*" (sua responsabilidade não foi registrada em um julgamento de condenação).

162 Parágrafo 255 do acórdão.

163 *Sud Fondi*, citado acima.

164 Ver Acórdão da Corte Constitucional n. 239/2009.

165 Esta elegante formulação do acórdão da Corte Constitucional n. 24/2017 é literal, lógica e axiologicamente contraditória com a do acórdão da Corte Constitucional n. 49/2015: "*Nell'ordinamento giuridico italiano la sentenza che accerta la prescrizione di un reato non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità*". Ambas não podem estar certas. Uma delas está errada e o entendimento desta opinião é que a Corte constitucional estava certa no acórdão 24/2017, mas não no acórdão 49/2015.

o cerne do julgamento Varvara, "o direito a ser esquecido" (diritto all'oblio)[166], que é obliterado pela Corte Constitucional. A exigência de Varvara do "veredito formal sobre a culpa"[167] é uma mera derivação lógica da exigência de prazos de prescrição. Não pode haver punição sem uma declaração formal de culpa, pois não pode haver tal declaração após a prescrizione da infração. Em outras palavras, o cerne do famoso parágrafo 72 de Varvara está no reconhecimento de que a aplicação da prescrição não é uma condenação substantiva (la prescrizione non è una sostanziale condanna). Enquanto Sud Fondi[168] estabeleceu o princípio de nulla poena sine culpa, Varvara reconheceu a prescrição como parte integrante do princípio de legalidade. O art. 7 exclui, portanto, a aplicação do confisco (que é uma "penalidade", de acordo com o direito da Convenção, como interpretada pela Corte, e a lei constitucional italiana, como interpretada pela Corte Constitucional) a um delito prescrito, porque a prescrição tem o significado de uma garantia substantiva, e não um mero significado de garantia processual, tanto na Convenção como na lei nacional[169].

(ii) A instrumentalização da justiça penal para fins de política administrativa (§§ 25-27)

25. Nesse contexto, a escolha da Corte Constitucional italiana de invocar a "função de perceber a violação do direito humano em sua dimensão tangível, independentemente da fórmula abstrata" utilizada para classificar o crime, pode parecer uma tentativa de negar o fato óbvio de que uma declaração de culpa "substantiva" significa muito pouco, se ela não significar uma declaração formal de culpa por um tribunal. Esta linha de argumentação é particularmente infeliz, pois distorce o significado da teoria da prevalência da substância (*la sostanza*) sobre a forma (*l'inquadramento formale*), que sempre foi usada para garantir a proteção do réu contra formas disfarçadas de punição. O argumento da proteção da "substância dos direitos humanos" (*la sostanza dei diritti umani*) é usado pelo Tribunal Constitucional para enfraquecer os direitos humanos do réu visado pela

166 Com toda razão, F. Viganò identificou o núcleo do julgamento *Varvara* exatamente nos mesmos termos: "*Quest'ultima osservazione ci consente, d'altra parte, di evidenziare che il problema qui in discussione non è soltanto quello della piena garanzia di un "giusto processo" in relazione all'accertamento del fatto e delle responsabilità individuali quali presupposto della misura ablatoria; ma anche quello, squisitamente sostanziale, del significato della declaratoria di prescrizione del reato dal punto di vista dell'imputato. (...) A Strasburgo, purtroppo, il re è nudo. La sottile retorica e le raffinate distinzioni della nostra giurisprudenza non valgono, avanti ai giudici europei, a difendere l'indifendibile: e cioè l'inflizione di una pena per un reato che lo stesso ordinamento giuridico italiano ritiene estinto per prescrizione, essendo ormai inutilmente trascorso il "tempo dell'oblio" legislativamente stabilito per quel medesimo reato.* ". ("Confisca Urbanistica...", citado acima, página 286).

167 *Varvara*, citado acima, § 72.

168 *Sud Fondi*, citado acima.

169 Sobre a natureza do estatuto penal da prescrição no direito da Convenção ver minha opinião separada em *Mocanu e Outros v. Romênia* [GC], n. 10865/09, 45886/07 e 32431/08, 17 de setembro de 2014, e minha opinião conjunta com o Juiz Turkovic, em *Matytsina v. Rússia*, n. 58428/10, 27 de março de 2014. Isto evidentemente se afasta da visão limitada de *Previti v. Itália* (dec.), n. 1845/08, 12 de fevereiro de 2013.

confisca senza condanna (confisco não baseado na condenação). Na minha opinião, não é admissível que a Corte Constitucional utilize *contra reum,* uma teoria elaborada pela Corte, em benefício do réu.

26. Isso também se aplica ao argumento derivado da necessidade de combater a "hipertrofia" do direito penal[170]. Se é verdade que a política de Estado em direito penal deve ser regida pelo princípio da mínima intervenção possível, é inadmissível utilizar este argumento em *malam partem*, a fim de privar o réu da proteção do Art. 7 e sujeitá-lo ao confisco sem uma condenação formal devido à expiração dos prazos de prescrição. A subsidiariedade do direito penal é virada de cabeça para baixo a fim de expandir a punição para além da *prescrizione*.

27. De fato, ao aplicar a *confisca urbanistica senza condanna* (confisco sem condenação em questões de construção urbana), o juiz procura combater a inércia e a conivência da administração local com a construção urbana ilegal. Em outras palavras, o sistema de justiça criminal exerce funções administrativas. Como questão de direito constitucional, é claro que a transformação do juiz penal em um órgão subsidiário (*di supplenza*) da administração é incompatível com o princípio da separação de poderes. Esta mistura das duas funções distintas, a do judiciário e a da administração, é uma instrumentalização indevida do sistema de justiça penal para fins de política puramente administrativa, refletindo uma política de pan-penalização prosseguida pelo Estado italiano. Portanto, é a atual escolha política do Estado italiano, confirmada pelo Acórdão da Corte Constitucional nº 49/2015, que pode ser censurada como contrária ao princípio de subsidiariedade do direito penal, e não o Acórdão *Varvara.*

B. A ilusória declaração de responsabilidade "substantiva" (§§ 28-35)

(i) A insuperável falta de segurança jurídica (§§ 28-33)

28. Segundo a Corte Constitucional, uma declaração de culpa "substantiva" não desencadearia preocupações em relação à Convenção. Isto deixa muitas perguntas sem resposta - e muitas questões por colocar. O *Giudice costituzionale* não esclareceu "os limites que o sistema processual pode... impor ao juiz penal em relação as atividades que são necessárias para chegar à atribuição de responsabilidade"[171], e especialmente, se a *confisca urbanistica* só pode ser aplicada quando os elementos objetivos e subjetivos da responsabilidade já tiverem sido estabelecidos antes da *prescrizione* da infração ou se o juiz pode complementar a investigação após esse tempo, a fim de estabelecer os elementos objetivos e subjetivos da culpabilidade; e, se assim for, que garantias processuais seriam então aplicadas. A Corte

170 Este argumento é reformulado pela maioria no parágrafo 253 do julgamento.

171 Parágrafo 5 do acórdão da Corte Constitucional n. 49/2015.

Constitucional também não esclareceu que teste probatório específico deveria ser aplicado pelo juiz para estabelecer "substantivamente" os fatos pertinentes a fim de determinar o confisco[172]. Se a prescrição é uma limitação aos poderes do Estado para investigar a vida das pessoas, como este objetivo será assegurado se todas as infrações podem, no entanto, ser investigadas a fim de se chegar a avaliações "substantivas" de culpabilidade? Ou existem crimes especiais que admitem tais declarações de culpa "substantivas" e outras que não o admitem?

29. No presente julgamento, a maioria da Grande Câmara não vê um problema com este "buraco negro" legal e sua insuperável falta de segurança jurídica. De fato, a declaração de culpabilidade "substantiva" é um cheque em branco para que os tribunais domésticos possam fazer o que quiserem. Na tensão weberiana entre Wertrationalität (racionalidade orientada por valores) e Zweckrationalität (racionalidade orientada por finalidades), os juízes, sejam eles internacionais ou nacionais, devem sempre perseguir o primeiro, e não o segundo, que pertence à política. Tem-se a impressão de que em alguns aspectos o presente julgamento é mais um exercício do último do que do primeiro. É óbvio que os agentes da lei em geral e os tribunais em particular têm uma vida muito mais fácil com o regime de confisco sem condenação por um delito prescrito (confisca senza condanna per reato prescritto). Desta forma, o suposto propósito da política estatal das "regras aplicadas pelos tribunais italianos", que é o de "procurar impedir a impunidade", para usar as palavras da maioria no parágrafo 260 do presente julgamento, é muito mais fácil de ser alcançado. Mas este raciocínio é puramente orientado pelas finalidades. O juiz não deve embarcar em tal raciocínio calculista, agindo como substituto subserviente dos interesses e escolhas políticas do governo e, especialmente, não em um campo tão delicado do direito como o direito penal. Mais importante ainda, o juiz não deve imputar aos réus as falhas de uma política criminal irracional do Estado, incluindo as de uma política com um "efeito combinado de crimes complexos e prazos de prescrição relativamente curtos"[173].

30. Mesmo assumindo que a construção urbana ilegal é "um crime complexo"[174], cujo prazo de prescrição foi "relativamente curto"[175] e que seu efeito

172 Ibid. A única referência feita é a "padrões probatórios adequados" (*attenendosi ad adeguati standard probatori*).

173 Parágrafo 260 do acórdão.

174 A maioria simplesmente assume o que deve ser comprovado. Pior ainda, eles ignoram a lei italiana. Não há qualquer evidência no julgamento ou no processo de que o crime de construção urbana ilegal seja mais complexo na legislação italiana do que delitos similares em outros países ou que seu procedimento seja mais difícil na Itália do que o de delitos similares em outros países. Também não há evidência de que o legislador italiano considere este delito *per se* complexo. Pelo contrário, o legislador o considera um delito menor (*contravvenzione*), punível com pena máxima de dois anos de prisão e multa não superior a 51.645 euros, permitindo inclusive a suspensão da pena (art. 163 do Código Penal Italiano). Se o condenado não cometer um crime durante o período de suspensão de dois anos, "o crime é extinto" (*il reato è estinto*), de acordo com o art. 167 do Código Penal. A suspensão da pena, entretanto, não implica a suspensão do confisco.

175 Não há qualquer evidência no julgamento ou no processo de que este seja o caso. Não foi feita nenhuma comparação do prazo italiano de prescrição relevante com o de outros países. Além disso, a maioria não deve ignorar que os Estados têm inúmeras outras opções políticas, mais condizentes com o Estado de direito, para prosseguir com sua tarefa de lutar contra "delitos complexos", por exemplo, prolongando os

combinado criou uma situação em que os perpetradores de tal crime "sistematicamente"[176] evitavam o processo e a punição, o réu não tem que assumir a responsabilidade por tais escolhas de política criminal. É exatamente nisso que o parágrafo 260 do presente julgamento se resume[177].

31. De modo geral, o conceito de uma declaração "substantiva" de culpabilidade em e por si só é contrário aos valores de segurança jurídica e previsibilidade, uma vez que a pessoa/entidade em questão não pode realmente prever se seus bens serão confiscados. Aparentemente, a maioria propõe limitar a aplicabilidade do conceito de "condenação em substância": ele deve ser aplicado apenas para evitar a impunidade contra "delitos complexos". Entretanto, como a "complexidade" das infrações é um critério muito vago, esta abordagem coloca em questão os valores da segurança jurídica e da previsibilidade.

32. Além disso, o conceito de uma declaração de culpabilidade "substantiva" é baseado em uma analogia com uma condenação[178]. Para apoiar esta analogia, a maioria equipara a decisão "quando os tribunais decidem que todos os elementos do crime de construção urbana ilegal estão provados, ao mesmo tempo em que arquivam o processo apenas por causa da prescrição" com "uma condenação para os fins do art. 7"[179]. Ao fazê-lo, eles tornam possível compreender, a partir da motivação de tal decisão, que os elementos tanto do actus reus como do mens rea estão provados. Esta analogia entre motivação e condenação é fundamentalmente errada, porque tal extensão do conceito de "condenação" em detrimento do réu corresponde a uma analogia inadmissível in malam partem. A ficção legal de uma "condenação em substância" contradiz a própria essência da proibição da analogia em detrimento do réu, que está no cerne do princípio da legalidade (nulla poena sine lege certa, stricta).

33. A Corte sempre recusou esta analogia. Por exemplo, no caso *Margus v. Croácia*[180], a Corte foi muito clara ao afirmar que "o arquivamento de um processo criminal por um promotor público não significava nem uma condenação nem uma absolvição" e, portanto, que a decisão de arquivamento não se enquadrava no Art. 4 do Protocolo nº. 7 da Convenção. Evidentemente, estes dois resultados (condenação ou absolvição) podem ser encontrados somente na parte operacional de uma decisão doméstica, ou seja, onde o tribunal competente profere a decisão do caso. O raciocínio não é relevante para a aplicação do princípio *ne bis in idem* no processo penal. A maioria ignora este princípio básico do direito processual penal na medida em que tenta extrair conclusões prejudiciais ao réu ("em substância, uma condenação") da motivação de uma sentença quando elas estão ausentes da parte operativa. Tal esforço, na medida em que procura encontrar uma "condenação em substância" independentemente do fato de o réu não ter sido formalmente condenado, viola o núcleo do princípio *ne bis in idem*[181].

(ii) A violação do princípio da presunção de inocência (§§ 34-35)

34. Finalmente, a declaração de responsabilidade "substantiva" viola de forma flagrante o princípio da presunção de inocência. Como a Corte tem repetidamente rejeitado qualquer declaração de culpa, seja em absolvições ou em decisões de desistência ou arquivamento de um caso, como uma flagrante violação do art. 6 § 2 da Convenção[182], o "*pieno accertamento di responsabilità*" (a completa determinação de culpabilidade)[183] exigido pela Corte Constitucional como base para a *confisca senza condanna* viola claramente o direito de presunção de inocência. De fato, isto é tão óbvio que é difícil acreditar que em um Estado de direito como a Itália, uma "penalidade" nos termos do Art. 7 da Convenção poderia ser aplicada com tal violação frontal do Art. 6 § 2 da mesma Convenção.

35. A declaração de responsabilidade "substantiva" me lembra o veredicto à moitié acquitté ("meia absolvição") na Idade Média, onde os réus eram absolvidos mas, com base em certas provas, alguma culpa era provada e alguma penalidade era imposta. A meu ver, o status de alguém que se beneficia de uma declaração

prazos de prescrição relevantes. A este respeito, a maioria ignora a mudança no prazo de prescrição relevante introduzida pelo próprio legislador na Lei n. 103 de 13 de junho de 2017, que prolongou os prazos de prescrição relevantes.

176 Novamente, não há nenhuma evidência no julgamento ou no processo de que exista uma falta "sistemática" do procedimento e punição da construção urbana ilegal na Itália, nem no momento dos fatos nem no presente. Pelo contrário, as estatísticas ministeriais disponíveis mostram que a percentagem de infrações prescritas (*prescrizoni*) no número total de decisões finais (*definiti*) tem diminuído constantemente, tendo sido 14,69% em 2004 e 9,48% em 2014. Se considerarmos as estatísticas disponíveis por tipo de infração, os números das infrações prescritas contra a administração pública e o meio ambiente perante os tribunais de primeira instância são, respectivamente, 15,5% e 5,6% do total das decisões proferidas. (https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/ANALISI_PRESCRIZIONE_CON_COM MENTI. pdf). Os números simplesmente não corroboram o raciocínio da maioria.

177 As deficiências do regime da prescrição na legislação italiana já foram severamente criticadas pela Corte em outras ocasiões (ver *Alikaj v. Itália*, n. 47357/08, § 99, 29 de março de 2011, e *Cestaro v. Itália*, nº 6884/11, § 208, 7 de abril de 2015).

178 Ver o parágrafo 261 do acórdão.

179 Portanto, a maioria limita o uso da *confisca senza condanna* aos casos em que os elementos do crime já tenham sido revelados no momento em que o crime prescreve, não permitindo uma investigação mais aprofundada desses elementos após esse ponto.

180 *Margus v. Croácia* [GC], n. 4455/10, § 120, 27 de maio de 2014.

181 Este não é o lugar para expandir as implicações da tese de "convicção em substância" para o princípio *ne bis in idem*. Eu me referiria apenas à minha opinião separada em *A e B v. Noruega* [GC], nº 24130/11 e 29758/11, 15 de novembro de 2016

182 Entre outros, ver *Cleve v. Alemanha*, n. 48144/09, 15 de janeiro de 2015, e *Sekanin v. Áustria*, n. 13126/87, 25 de agosto de 1993. A propósito, a Corte Constitucional interpreta erroneamente a jurisprudência da Corte ao defender uma declaração de culpabilidade substantiva. O exemplo mais flagrante é seu uso do *Minelli v. Suíça*, n. 8660/79, 25 de março de 1983, para apoiar a proposição de que "não se trata da forma do julgamento, mas de sua substância" (Acórdão da Corte Constitucional, § 6.2). O que esta Corte disse no § 37 de *Minelli* é que mesmo em absolvições formais um tribunal doméstico pode violar a presunção de inocência ao fazer afirmações sobre a culpa de um acusado. Mas enquanto esta Corte descreve o fenômeno para deixar claro que é proibido, a Corte Constitucional descreveu o mesmo fenômeno para habilitar os tribunais domésticos a continuarem com tal prática. Isto não é sequer uma aplicação *in malam partem* de um princípio; é uma completa subversão do mesmo.

183 Ver parágrafo 6.2 do *cons. in dir.* do acórdão da Corte Constitucional n. 49/2015.

de *prescrizione* e, no entanto, está sujeito a uma ordem de confisco com base em uma declaração de que os fatos são provados e a culpa é estabelecida, é bastante semelhante ao status daqueles que receberam um veredicto à moitié acquitté. É preciso lembrar, entretanto, que houve uma Revolução em 1789, entre outras coisas, para pôr um fim a este absurdo. Aprender com a História às vezes ajudaria a não repetir os mesmos erros repetidamente.

C. O volátil teste do "direito consolidado" (§§ 36-56)

(i) A distorção de jurisprudência bem estabelecida (§§ 36-42)

36. Neste contexto, a Corte Constitucional estabelece os novos termos da relação entre o direito da Convenção, como interpretada pela Corte, e a lei constitucional. Em seu entendimento, o efeito *inter partes* do julgamento da Corte é inegável e vincula o juiz nacional após a prolação do julgamento da Corte, mas deve ser distinguido de seu efeito *erga omnes*, que a Corte Constitucional não nega, mas deixa à discrição dos juízes nacionais[184]. Os tribunais nacionais podem conceder esse efeito a uma sentença que corresponda ao "direito consolidado" e negá-lo a uma que não corresponda ao "direito consolidado". Esta conclusão é supostamente confirmada pela estrutura da Corte (cinco seções com um mecanismo de encaminhamento para a Grande Câmara) e seus métodos de trabalho (opiniões dissidentes). Embora a *Consulta* não declare explicitamente quais são os critérios para identificar o direito "consolidado", ela indica alguns indícios de jurisprudência "não consolidada", tais como: a novidade do princípio estabelecido na jurisprudência *vis-à-vis* jurisprudência anterior; a existência de opiniões dissidentes; o julgamento de uma Câmara sem confirmação por uma Grande Câmara; e a dúvida sobre a consideração das características específicas da ordem jurídica nacional[185].

37. Os procedimentos e critérios pelos quais o judiciário italiano garante o respeito à Convenção é uma questão de direito interno com a qual esta Corte não se preocupa. Entretanto, como esta Corte e a Corte Constitucional italiana reconhecem prontamente, esta Corte é o órgão dotado da "última palavra" sobre a interpretação da Convenção[186]. Portanto, cabe a esta Corte deixar claro que a noção de "direito consolidado" não tem base na jurisprudência de Estrasburgo, como fez no presente julgamento.

38. Os juízes do *Palazzo della Consulta* afirmam que a noção de "jurisprudência consolidada" é reconhecida no art. 28 da Convenção e que isto demonstra que, mesmo sob a Convenção, é aceito que a densidade persuasiva das decisões

184 Ver parágrafo 7 do *cons. in dir.* do acórdão da Corte Constitucional n. 49/2015.
185 Ver parágrafo 7 do *cons. in dir.* do acórdão da Corte Constitucional n. 49/2015.
186 Ver parágrafo 6.2 do *cons. in dir.* do Acórdão n. 348/2007 da Corte Constitucional.

é suscetível de flutuar até que "surja uma jurisprudência bem estabelecida". Para apoiar esta leitura, eles citam o relatório explicativo a respeito do Art. 8 do Protocolo n. 14 da Convenção, explicando o conceito de jurisprudência bem estabelecida como "normalmente" significando "jurisprudência que tem sido consistentemente aplicada por uma Câmara", ou "excepcionalmente", jurisprudência bem estabelecida pode emergir de um único julgamento sobre uma "questão de princípio, particularmente quando a Grande Câmara o proferiu"[187].

39. O conceito de jurisprudência bem estabelecida, no entanto, é totalmente diferente do conceito de "direito consolidado" do Tribunal Constitucional, apesar de possuir um rótulo aparentemente semelhante. Em primeiro lugar, a função de jurisprudência bem estabelecida não se assemelha a uma mudança na força normativa ou "densidade persuasiva" das sentenças e decisões da Corte, dependente de algum grau de "consolidação". A única função da jurisprudência bem estabelecida é dar a um Comitê a "competência"[188] para julgar um caso em vez de encaminhá-lo a uma Seção da Corte. Isto não é porque a jurisprudência bem estabelecida é superior de nenhuma forma ao resto da jurisprudência, mas apenas porque permite um procedimento mais "simplificado"[189] para casos "repetitivos"[190] . Além disso, os requerentes podem contestar o caráter de jurisprudência bem estabelecida nos termos do art. 28 § 3 da Convenção. A jurisprudência bem estabelecida permite a esta Corte diferenciar a jurisprudência de acordo com a simplicidade de sua interpretação, mas isto não diz nada sobre a força vinculante de seus julgamentos.

40. A Convenção significa o que a Corte considera que a Convenção significa, sem outras qualificações. Os tribunais dos Estados membros, bem como o público em geral, devem esperar que esta Corte cumpra suas decisões e sentenças anteriores em qualquer caso que siga um padrão de fatos análogo, não importa quão numerosos sejam os precedentes[191]. Isto evidentemente também é verdade para os procedimentos de julgamento "piloto" e "quase- piloto". Embora não se baseiem na Convenção, mas nas Regras do Tribunal[192], são instrumentos típicos de revisão constitucional que desempenham um papel crítico na resolução do funcionamento disfuncional do direito interno ou da falha do legislador em regular disfunções sistêmicas, mas não têm autoridade interpretativa especial ou força jurídica distinta. Na verdade, eles confirmam em sua maioria a jurisprudência anterior proferida contra a Parte Contratante demandada ou outras Partes Con-

187 Relatório Explicativo ao Protocolo N. 14 da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, emendando o sistema de controle da Convenção, § 68
188 Ibid., § 40.
189 Ibid.
190 Ibid.
191 Sobre o valor precedente das decisões da Corte ver minha opinião separada em *Herrmann v. Alemanha* [GC], n. 9300/07, 26 de junho de 2012.
192 Regra 61 do Regulamento do Tribunal.

tratantes[193]. Para esta Corte, qualquer decisão ou julgamento constitui uma fonte autorizada de interpretação da Convenção e representa, como a própria Corte Constitucional italiana admite, "a última palavra"[194] quanto ao seu significado. A Corte afirma este princípio nos seguintes termos simples: "seus julgamentos têm todos o mesmo valor jurídico. Sua natureza vinculativa e autoridade interpretativa não podem, portanto, depender da formação pela qual foram proferidas"[195].

41. O Tribunal tomou muito cuidado, não apenas para distinguir três conceitos: "valor jurídico", "natureza vinculante" e "autoridade interpretativa", mas também para incluir a palavra fundamental "todos", de modo a não deixar absolutamente nenhuma dúvida sobre sua intenção. Para a Corte, independentemente do tipo de formação competente, cada uma de suas sentenças finais torna-se *res judicata* entre as partes em disputa e *res interpretata* em relação a todas as Partes Contratantes. O princípio da "autoridade interpretativa" (*res interpretata*) de "todos" os acórdãos da Corte entrou assim na jurisprudência de Estrasburgo através da grande porta desta sentença da Grande Câmara[196].

42. Este princípio priva o julgamento n. 49/2015 de seu alicerce teórico. Por conseguinte, a Corte repudia a noção de *diritto consolidato*, que está no cerne desse mesmo julgamento. Assim, a Corte Constitucional é chamada pela Grande Câmara para reestruturar os termos de sua relação com a Corte, e não há "margem de apreciação" para não fazê-lo, já que a Corte não utiliza a margem de apreciação neste caso[197]; nem é defensável utilizá-la no caso de disposições não derrogáveis como o Art. 7 da Convenção[198]; nem é admissível utilizar tal doutrina para negar a execução de uma sentença final da Corte na ordem jurídica interna[199].

193 Sobre a força jurídica dos julgamentos "piloto" e "quase-piloto" ver minhas opiniões separadas em *Vallianatos v. Grécia* [GC], n. 29381/09 e n. 32684/09, 7 de novembro de 2013, e *Al-Dulimi e Montana Management Inc. v. Suíça* [GC], n. 5809/08, 21 de junho de 2016

194 Ver parágrafo 6.2 do *cons. in dir.* do Acórdão da Corte Constitucional n. 348/2007

195 Parágrafo 252 do acórdão. A localização desta afirmação pode parecer estranha, mas tem uma explicação. A Corte quis estabelecer um princípio antes de entrar na discussão do valor de *Varvara* nos parágrafos 255 a 261. O princípio, relativo à "natureza vinculativa e autoridade interpretativa" de todas as sentenças da Corte é uma resposta direta ao acórdão n. 49/2015 da Corte Constitucional e uma mensagem enviada a todas as cortes supremas e constitucionais da Europa.

196 Ver abaixo a Parte II (V. A. i.) sobre o significado de "autoridade interpretativa" do acórdão da Corte.

197 É notável que a maioria não resolve o presente caso com o argumento da margem de apreciação, como tem se tornado freqüente recentemente. A única referência marginal sobre margem de apreciação na avaliação da Corte está no parágrafo 293, referente ao art. 1 do Protocolo n. 1.

198 Um certo senso de decência ainda impede o ataque da doutrina da margem de apreciação contra o art. 7 da Convenção, que é necessário lembrar, é um direito não-derrogável.

199 Como F. Viganò disse, com razão: "*L'accertamento della violazione presuppone, in altre parole, la valutazione della Corte di non riconoscere più alcun margine di apprezzamento da parte dello Stato ... una volta che sia stata accertata una violazione, lo Stato soccombente non ha più alcun margine di apprezzamento da far valere agli occhi della Corte, se non forse sulle concrete modalità con le quali eseguire la sentenza medesima*" ("*Convenzione europea*...", citado acima, página 19). A sentença proferida em *Moreira Ferreira v. Portugal* (n. 2) [GC], n. 19867/12, 11 de julho de 2017, não altera nada sobre esta questão, uma vez que as infelizes conclusões da escassa maioria sobre o mérito se limitam às circunstâncias muito específicas do caso em questão, onde a primeira sentença de *Moreira Ferreira* não tinha sido, ainda segundo a maioria, suficientemente clara na indicação para reabrir o processo penal. Em qualquer caso, *Moreira Ferreira* (n. 2) é um caso de violação do Art. 6, que é uma disposição derrogável. Assim, *Moreira Ferreira* (n. 2) certamente não é aplicável à execução de sentenças sobre o princípio não-derrogável da legalidade das penas.

(ii) O PREOCUPANTE CRITÉRIO DE "NÃO-CONSOLIDAÇÃO" DO DIREITO (§§ 43-56)

43. Uma análise detalhada dos critérios que o Tribunal Constitucional italiano estabelece para identificar o "direito não consolidado" revela sua propensão a criar uma situação de perigosa incerteza jurídica. Além disso, uma maior atenção demonstrará que o próprio conceito de "direito consolidado" é autodestruidor. O primeiro critério que a Corte italiana utiliza para descartar a consolidação da jurisprudência europeia é "a criatividade do princípio afirmado em comparação com a abordagem tradicional da jurisprudência europeia". É difícil entender o que significa "criatividade" neste contexto. Particularmente, qualquer solução dada a uma situação de fato que apareça pela primeira vez perante o Tribunal seria, *ipso facto*, "criativa" em um sentido relevante. Nenhum "direito consolidado", portanto, surgiria de um único caso. Se isto fosse verdade, levaria ao resultado absurdo de que, quando a Corte enfrenta o mesmo padrão factual pela segunda vez, ainda não haveria um "direito consolidado" a ser invocado. Seria somente após um número indeterminado de casos independentes que eles estariam de acordo com o "direito consolidado".

44. Além disso, verificar a "criatividade" implica comparar as características relevantes tanto do contexto factual quanto do raciocínio jurídico dos vários casos em questão, de modo a decidir se a solução dada a um caso era "criativa" ou "tradicional". Entretanto, este trabalho comparativo é uma operação intelectual que não é óbvia nem inocente. Como todos os casos são diferentes em alguns aspectos, pode-se dizer que todos os casos são "criativos" em um sentido não trivial. O intérprete é deixado, portanto, com enorme discrição para reconhecer quais casos são vinculativos e quais não o são. Isto é ainda mais claramente ilustrado pelo segundo critério listado pelo Tribunal Constitucional: "o potencial para pontos de distinção ou mesmo contraste com outros acórdãos do Tribunal de Estrasburgo". O exercício de "distinguir" ou "contrastar" casos uns dos outros não é uma atividade óbvia e pode levar a resultados muito diferentes de acordo com a pessoa responsável por essa tarefa e o contexto no qual ela a está desempenhando.

45. O terceiro critério dado pelo Tribunal Constitucional, "a existência de opiniões divergentes, especialmente se alimentadas por argumentos sólidos", não é menos problemático. Por um lado, a "robustez" dos argumentos parece ser uma avaliação subjetiva demais para que possa ser considerada uma indicação séria do caráter vinculante de uma decisão - ou, como neste caso, do caráter não vinculante de seu raciocínio oposto. Por outro lado, e mais fundamentalmente, as opiniões dissidentes não aviltam de forma alguma a força jurídica dos julga-

mentos aos quais são anexadas. Além disso, considerar que as opiniões dissidentes diminuem de qualquer forma a força jurídica das sentenças estaria conferindo aos juízes individuais um poder que eles não podem logicamente ter, nem têm a intenção de ter, dentro de um órgão colegial como a Corte.

46. O quarto critério consiste no "fato de que a decisão tomada provém de uma formação ordinária e não foi endossada pela Grande Câmara". Este critério também não encontra fundamento na Convenção. As sentenças finais emitidas pelas Câmaras não precisam de uma ratificação da Grande Câmara para ter força jurídica plena. A força jurídica de um julgamento da Grande Câmara é exatamente a mesma que a de um julgamento da Câmara.

47. O quinto e último critério dado pelo Tribunal Constitucional é talvez o que mais claramente revela os inconvenientes práticos da abordagem daquele tribunal. De acordo com a Corte Constitucional, "o fato de que, no caso que lhe foi apresentado, a Corte Europeia não foi capaz de avaliar as características particulares do sistema jurídico nacional, e estendeu a ela critérios de avaliação elaborados com referência a outros Estados membros que, em termos dessas características, ao contrário, se mostram pouco adequados à Itália" privaria uma sentença de força vinculante em casos semelhantes. Esta situação ocorreria toda vez que um tribunal nacional considerasse que a Corte de Estrasburgo aplicasse erroneamente a um determinado Estado um princípio jurídico que ele considerasse aplicável a um Estado diferente. Este critério não é qualitativamente diferente de dizer que os tribunais domésticos não deveriam seguir as decisões da Corte de Estrasburgo quando eles consideram que são "pouco adequados à Itália".

48. De qualquer forma, o quinto critério é baseado em suposições erradas. Ao admitir que a Corte não leva em conta as características particulares do sistema jurídico nacional, os juízes do *Palazzo della Consulta* assumem que a Corte ou ignora as informações sobre o direito nacional fornecidas por ambas as partes, por terceiros e por sua própria divisão interna de pesquisa, ou é mal informada por todos eles. Além disso, a Corte Constitucional negligencia o fato de que a Corte leva em conta, em seu exercício de ponderação, os múltiplos fatores relacionados à "proteção dos direitos e liberdades de terceiros" e a outros interesses sociais objetivos, tais como segurança nacional, integridade territorial ou segurança pública, o bem-estar econômico do país, a prevenção de desordens ou crimes, a proteção da ordem pública, da saúde ou da moral e a proteção da autoridade e imparcialidade do judiciário (por exemplo, art. 8-11 da Convenção) e até mesmo as exigências da situação em tempo de emergência (art. 15 da Convenção), e realiza este exercício no âmbito do sistema jurídico do Conselho da Europa[200]. Pior ainda, ao sublinhar a prevalência das características particulares

200 Na verdade, a própria Corte Constitucional reconhece que o Conselho da Europa é uma "realidade jurídica, funcional e institucional" (parágrafo 6.1 do *cons. in dir.* da sentença n. 349/2007). Sobre a estrutura

do sistema jurídico nacional na sua própria ponderação dos direitos da Convenção e dos interesses constitucionais em jogo, a Corte Constitucional assume - ou pelo menos dá tal impressão - uma postura antipática à causa dos direitos humanos universais e, portanto, limita drasticamente sua própria jurisprudência sobre o efeito *erga omnes* dos acórdãos da Corte[201].

49. Os problemas com o último critério são mais claros se lidos em conjunto com os dois primeiros. Se a Corte julgar um caso do Estado Membro A e se referir a um caso análogo decidido no Estado Membro B, o tribunal nacional poderia acusar esta Corte de ter realizado uma "extensão" indevida que não leva adequadamente em consideração as particularidades do país. Em contraste, se a Corte decidir o caso utilizando uma nova linha de raciocínio, o tribunal doméstico poderia acusar que a decisão foi "criativa". Em nenhum dos casos a decisão formaria "direito consolidado".

50. Finalmente, tão preocupante quanto os próprios critérios é o fato de que a Corte Constitucional considera que o direito "consolidado" (e, portanto, vinculativo) não existe toda vez que "todos ou alguns" dos critérios acima mencionados estão presentes. Se cada um dos critérios apresentados conferiria ao intérprete uma grande discricionariedade, a combinação alternativa de todos eles colocaria em cheque, de forma mais direta, o próprio significado da jurisprudência europeia.

51. Os critérios do direito não consolidado interpretam, de forma preocupante, a estrutura da Corte, pois os art. 27, 28, 42 e 44 da Convenção fornecem as condições sob as quais as sentenças proferidas e as decisões tomadas por uma formação de juiz único, um comitê, uma Câmara e a Grande Câmara, respectivamente, são em si mesmas definitivas, e nem sua letra nem seu espírito confirmam a suposição subjacente da Corte Constitucional de uma diferença na força jurídica dessas sentenças e decisões. Além disso, os critérios apresentam uma representação pouco lisonjeira da jurisprudência da Corte, em grande parte não substanciada por provas, como por exemplo, nas alegações de que pode haver sentenças nas quais a Corte "em substância" não diz nada (*non dica nulla*), ou que as sentenças em novas arenas do direito são suscetíveis de "revisão", e, mais amplamente, que parte da jurisprudência da Corte é inconsistente com uma "abordagem mais tradicional da jurisprudência europeia", independente de como isso pode ser definido. Mais importante ainda, o efeito pretendido destes critérios é liberar os juízes comuns de sua obrigação, nos termos da Convenção, de dar pleno efeito às decisões da Corte[202].

constitucional e o modo de funcionamento do sistema jurídico do Conselho da Europa, ver minha opinião separada em *Mursic v. Croácia* [GC], n. 7334/13, 20 de outubro de 2016. O reconhecimento da existência deste sistema jurídico é importante porque permite que as disposições da Convenção e a jurisprudência da Corte sejam lidas à luz do art. 11 da Constituição italiana.

201 Como será mostrado abaixo, o quinto critério da Corte Constitucional contradiz suas próprias decisões dignas de nota n. 170/2013 e n. 210/2013.

202 É digno de nota que o próprio acórdão n. 49/2015 não explica porque *Sud Fondi* é direito consolidado e *Varvara* não é. A Corte Constitucional não tenta demonstrar que *Sud Fondi* é mais coerente com a jurispru-

52. Surpreendentemente, a Corte Constitucional está pronta para aceitar um controle difuso por parte de cada juiz comum da natureza "consolidada" das sentenças da Corte. Assim, em 2015, os juízes ordinários recuperaram um poder verdadeiramente descontrolado sobre a aplicação da Convenção, que os primeiros "julgamentos gêmeos" tinham a intenção de limitar de maneira rigorosa. Há, no entanto, uma grande diferença. Enquanto até 2007 os juízes ordinários tinham uma palavra final sobre a aplicação da Convenção em detrimento do direito nacional, em 2015 eles ganharam o poder de desaprovar as decisões da Corte quando constatam que não se trata de "direito consolidado". Em termos sociológicos, a redistribuição de poder de 2015 entre a Corte e a Corte Constitucional fortaleceu a posição desta última, mas isso teve um preço interno, já que a redistribuição de poder entre juízes ordinários e constitucionais enfraqueceu a posição destes últimos. Parece que a preocupação com a crescente autoridade da jurisprudência da Corte foi tão profunda após o caso *Maggio e Outros*[203] e o caso *Agrati e Outros*[204] que o *Giudice delle leggi* sentiu que poderia contar com juízes ordinários, não apenas como primeiros avaliadores da linha de frente dessa jurisprudência, mas também como aliados em seu confronto com Estrasburgo.

53. Nos três anos desde a sentença n. 49 de 2015, a Corte Constitucional não forneceu mais nenhuma orientação sobre como os critérios para identificar direito consolidado devem ser interpretados ou aplicados. Em seu acórdão n. 184 de 2015, por exemplo, a Corte Constitucional utilizou o conceito de *consolidata giurisprudenza europea* para interpretar o art. 6 da Convenção como aplicado internamente[205]. Ela não explicou como esta "consolidação" deveria ser avaliada. Observações superficiais semelhantes sobre o "direito consolidado" são feitas, por exemplo, nos acórdãos n. 187 de 2015[206], n. 36 de 2016[207], n. 102 de 2016[208], n. 200 de 2016[209] e n. 43 de 2018[210]. Em outras ocasiões, a Corte Constitucional só

dência da Corte do que *Varvara*. Nem a natureza "criativa" de *Sud Fondi*, nem o fato de ser uma sentença da Câmara, não confirmada pela Grande Câmara, foi considerado. Nenhum destes fatores foi evidentemente levado em conta no julgamento n. 239/2009, que levou *Sud Fondi* a representar, pela primeira vez, uma mudança na legislação interna italiana, no que diz respeito à natureza penal do confisco.

203 *Maggio e Outros*, citados acima.

204 *Agrati e Outros*, citado acima.

205 Ver parágrafo 5 do *cons. in dir.* do acórdão da Corte Constitucional n. 184/2015.

206 Acórdão da Corte Constitucional n. 187/2015 (apenas declarando que *Varvara* "não é a expressão da jurisprudência consolidada da Corte de Estrasburgo").

207 Ver parágrafo 8 do *cons. in dir.* do acórdão da Corte Constitucional n. 36/2016, mencionando apenas que "da jurisprudência europeia consolidada decorre o princípio de direito segundo o qual ...", citando três casos contra a Itália.

208 Ver parágrafos 1, 4 e 6.1 do Acórdão n. 102/2016 da Corte Constitucional. Este julgado é citado no acórdão n. 43/2018.

209 Ver parágrafo 4 do *cons. in dir.* do acórdão n. 200/2016 da Corte Constitucional, simplesmente observando que "a Grande Câmara consolidou a jurisprudência europeia" em relação ao *ne bis in idem*, uma vez que decidiu "um conflito entre as Seções da Corte Europeia de Direitos Humanos".

210 Ver parágrafo 5 do *cons. in dir.* do acórdão da Corte Constitucional n. 43/2018. Apesar do caráter "inovador" do princípio estabelecido no acórdão *A. e B. v. Noruega* [GC], que contradizia a jurisprudência anterior da Corte, incluindo a jurisprudência proferida contra a Itália, como o acórdão *Grande Stevens v.*

fez insinuações sobre a desconsideração das sentenças desta Corte com base nos critérios estabelecidos na sentença n. 49 de 2015. Por exemplo, em sua sentença n. 166 de 2017, não fez referência à noção de *diritto consolidato* em sua avaliação jurídica, embora o Estado o tivesse feito. Entretanto, o *Giudice delle leggi* fez a observação de que *Stefanetti v. Itália* havia sido proferida pela Corte "embora com a opinião dissidente de dois de seus membros"[211].

54. Portanto, não surpreende que o uso do teste do "direito consolidado" pelos juízes comuns tenha se mostrado no mínimo caótico, como mostra a recepção do julgamento da Grande Câmara *De Tommaso*[212]. A forma como o critério foi aplicado dá a impressão de que se trata de um "Valete de todos os ofícios" que permite qualquer conclusão que seria conveniente para as autoridades nacionais. O direito "consolidado" de um juiz é o direito "não consolidado" de outro juiz. Todas os resultados são possíveis.

55. Em resumo, no estado atual da jurisprudência constitucional italiana, a Constituição e a Convenção contêm conjuntos inter-relacionados de catálogos de direitos fundamentais, que devem ser articulados com o objetivo de maximizar a proteção dos respectivos direitos. Esta tarefa pertence ao legislador e aos tribunais nacionais, que têm o dever de interpretar direito interno em conformidade com as normas da Convenção, conforme a interpretação da Corte de Estrasburgo[213]. Em caso de conflito entre o direito interno e a Convenção, cabe a Corte Constitucional resolver o conflito, pois os juízes comuns não têm o poder de recusar a aplicação de uma regra interna incompatível. Somente o direito consolidado pode acarretar um conflito, uma vez que o direito não consolidado não merece sequer o efeito *erga omnes.* Se a jurisprudência consolidada da Corte for incompatível com a Constituição, é a Constituição que prevalece e a lei que implementou a Convenção será considerada pela Corte Constitucional como parcialmente inválida.

Itália, a Corte Constitucional ordenou o *giudice a quo* para levar em conta o acórdão da Grande Câmara.

211 Ver o parágrafo 4.1 do *cons. in dir.* do Acórdão n. 166/2017 da Corte Constitucional.

212 Ver D. Galliani, "*Sul mestiere del giudice, tra Costituzione e Convenzione*", in *Consulta online*, 23 de março de 2018, página 50.

213 A interpretação deve ocorrer "dentro dos limites permitidos pelo texto da norma" (parágrafo 6.2 do *cons. in dir.* da sentença n. 349/2007 e parágrafo 3 do *cons. in dir.* da sentença n. 239/2009), "de acordo com a leitura dada pela Corte de Estrasburgo" (parágrafo 6 do *cons. in dir.* da sentença n. 311/2009). Ver sobre este método de interpretação, V. Zagrebelsky et al., Manuale dei diritti fondamentali in Europa, Bolonha: Il Mulino, 2016; E. Malfatti, "*L'interpretazione conforme nel 'seguito' alle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo*", in Scritti in onore di G. Silvestre, II, Turim: Giappichelli, 2016; I. Rivera, L'obbligo di interpretazione conforme alla CEDU e i *controlimiti* del diritto convenzionale vivente", in *federalismi.it*, 19/2015; B. Randazzo, "*Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*", in *Rivista AIC* 2/2015; E. Lamarque, "*The Italian courts and interpretation in conformity with the Constitution, EU law and the ECHR*", in *Rivista AIC*, 4/2012;Marzuillo, "*Giurisprudenza della Corte di Strasburgo e interpretazione conforme delle norme interne*", in F. Del Canto and E. Rossi, E. Sciso, "*Il principio dell'interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e la confisca per la lottizzazione abusiva*", in *Rivista di diritto internazionale*, 1/2010, 131 ".

56. Da perspectiva de Estrasburgo, a solução da Corte Constitucional se resume à possibilidade onipresente de uma declaração de inconstitucionalidade parcial da Lei de 1955 que não poderia ser implementada perante o Conselho da Europa a não ser denunciando a Convenção, uma vez que as reservas feitas à la carte não são compatíveis com a Convenção e certamente não em relação ao seu art. 7.

Parte II - Estrasburgo respondendo a Roma (§§ 57-90)

IV.O lugar da Corte na Europa (§§ 57-71)

A.O espírito da época (§§ 57-63)

(i) Fortes ventos de proa contra a Corte (§§ 57-60)

57. Em uma Europa ferozmente polarizada e confusa, desestabilizada com a implosão dos partidos tradicionais e convencionais e o surgimento de recém-chegados populistas, perturbada pelo aumento dos conflitos econômicos e devastada pela guerra em suas fronteiras, a política está se voltando para o chauvinismo puro e etno-religioso. O chauvinismo não é simplesmente pessoas agindo contra a dignidade inerente a cada ser humano, trata-se dos benefícios materiais que o chauvinista e sua classe derivam do exercício do poder, trata-se da forma perversa como o poder é exercido na sociedade. Colocar o medo no centro da consciência individual numa lógica primitiva do *homo homini lupus* e semear a desconfiança entre os países numa lógica básica de *regnum regno lupus* são essenciais para seu objetivo de minar a credibilidade do sistema da Convenção, alienando ainda mais os europeus uns dos outros e enfraquecendo a coesão do Conselho da Europa e da União Européia. Esse mesmo susto estimulou expulsões, listas negras, deportações e, em alguns casos, discriminações patrocinadas pelo Estado e assassinatos sancionados pelo Estado.

58. Os temas divergentes da política de ontem estão desaparecendo em benefício dos partidos de linha dura e movimentos populistas que se elevaram em ambos os extremos do espectro político. Uma grande característica comum entre estes partidos e movimentos é a bateria sem precedentes de falas belicosas contra a Corte, baseada em informações errôneas, imprecisas e facilmente desmascaradas. Tal atitude abjeta diz muito sobre os valores sociais e políticos desses partidos e movimentos e sua falta de compromisso com a cultura europeia de direitos humanos. Nos últimos anos, o ressentimento contra a Corte atingiu um novo e alarmante tom, alimentando a fúria sectária contra o próprio sistema da Convenção. A retórica da Convenção como um "estatuto do vilão", que protege os terroristas, os pedófilos e todo tipo de criminosos contra a maioria inocente, ou os migrantes preguiçosos e abusivos contra o trabalhador Sr. Silva, ou as minorias privilegiadas contra o homem comum e desprivilegiado nas ruas, ecoa o temor de quem vem de fora - do que é estrangeiro ou diferente.

59. Duas vertentes de crítica parecem ter se fundido. Por um lado, a ideia generalizada de que o alcance global da Corte é uma ameaça à democracia local; por outro, a afirmação cínica de que a lei de direitos humanos aplicada pela Corte estende os limites do conceito de lei, ou, para ser franco, não é lei de forma alguma. Estas ideias ilusórias ganharam credibilidade pela repetição. Elas são difíceis de desvincular de outros indicadores de uma ideologia reacionária, que sequestra o espaço da mídia com o grito alarmista de que o governo está perdendo o controle sobre as fronteiras e que a Europa está perdendo o controle de sua identidade. Esta retórica está impregnada de brigas desgastadas pelo tempo sobre a Europa estar sendo atacada pelos quase heréticos, por forças que desprezam a modernidade e por governos estarem sob o constante cerco de organizações internacionais com uma agenda política sempre crescente. Tal retórica há muito apagou a linha tênue entre dizer mentiras pretensiosas e criticar os avanços da jurisprudência. Ela despreza a ideia de universalidade dos direitos humanos com o objetivo de rever o *acquis* civilizacional da Corte e colocar a Corte em marcha ré, na crença de que ao fazer um desejo o realizará.

60. O problema excruciante para o sistema da Convenção é que esta narrativa de motivação política, que visa a ruptura do sistema da Convenção tal como foi construído e evoluiu ao longo dos últimos sessenta anos, contaminou o discurso, se não os corações, dos mais altos representantes judiciais em alguns países. O presente caso proporcionou uma excelente ocasião para a Corte correr contra esses fortes ventos contrários e para defender o principal ativo do sistema europeu de proteção dos direitos humanos e a garantia fundamental do próprio sistema da Convenção, ou seja, a força vinculante das sentenças da Corte. Quanto ao ponto essencial, a Corte não perdeu a oportunidade.

(ii) A abordagem do direito penal orientada para a eficiência (§§ 61-63)

61. É verdade que a maioria rejeita a natureza sancionatória administrativa da *confisca urbanistica*, mas eles não fornecem uma discussão confiável dos argumentos contrários do governo requerido, que insiste em considerá-la *una misura di natura reale e di carattere ripristinatorio* (uma medida de direito real e de caráter repristinatório)[214]. De fato, a maioria optou por não dar ouvidos ao apelo em minha opinião separada em *Varvara*, onde mencionei o estado problemático da jurisprudência a respeito do confisco. Em vez de colocar alguma ordem a este respeito na jurisprudência da Corte, a maioria prefere proferir um julgamento estritamente limitado quanto ao âmbito da *confisca urbanistica*, como indicado

214 Ver as observações do Governo perante a Grande Câmara.

no parágrafo 155 do julgamento, sem articular sua avaliação jurídica desta modalidade com outras formas de confisco já submetidas ao escrutínio da Corte.[215].

Após despachar a questão da aplicabilidade do art. 7 de forma tão insatisfatória, a maioria continua a tratar o cerne do caso da mesma forma. É verdade que a maioria confirma o princípio *nulla poena sine culpa* estabelecido *em Sud Fondi*[216]. De acordo com o parágrafo 242 do presente julgamento, o art. 7 requer, para fins de punição, um vínculo mental[217]. Mas apesar desta confirmação, a maioria recuou imediatamente de sua própria posição, admitindo no parágrafo seguinte que esta exigência não impede a existência de certas formas de "responsabilidade objetiva decorrente de presunções de responsabilidade", mantendo a maior parte do infeliz parágrafo 70 de *Varvara*. Poder-se-ia perguntar como duas perspectivas radicalmente opostas do art. 7, na verdade do próprio direito penal, podem ser defendidas pelo mesmo tribunal, e seria de se esperar que a maioria fornecesse ao leitor uma explicação deste imbróglio legal. A maioria simplesmente omite qualquer articulação para as duas afirmações lógica e axiologicamente contraditórias. A única justificativa dada é que, uma vez que a Corte aceitou certas formas de presunção de inocência sob o art. 6 § 2 da Convenção, "a Corte considera que a jurisprudência descrita acima se aplica *mutatis mutandis* sob o art. 7"[218]. Esta confusão profundamente lamentável entre as garantias processuais do art. 6 e as garantias substanciais do art. 7 não termina aqui.

62. A este respeito, o presente julgamento reflecte o espírito da época. Infelizmente, a maioria parece mal orientada por uma abordagem estritamente focada nos interesses da eficiência no direito penal. Como foi apontado na dissidência

215 Parece-me que a pesquisa da jurisprudência da Corte sobre as modalidades de sanções (como o confisco) impostas na ausência de uma condenação penal demonstraria pelo menos a existência de quatro grupos de casos: ordens de confisco e medidas similares no âmbito de processos penais impostas a terceiros (por exemplo, *AGOSI v. Reino Unido*, 24 de outubro de 1986, Série A n. 108, § 66; e *Air Canada v. Reino Unido*, 5 de maio de 1995, §§ 29-48, Série A n. 316-A); ordens de confisco e medidas similares na ausência de processo criminal, incluindo medidas preventivas contra pessoas cujos bens foram presumidos como sendo de origem ilegal (por exemplo, *Riela e Outros v. Itália* (dec.), n.. 52439/99, 4 de setembro de 2001; e *Butler v. Reino Unido* (dec.), n. 41661/98, 27 de junho de 2002); imposição por um juiz administrativo de uma penalidade administrativa, apesar de uma absolvição ou uma decisão de arquivamento do processo criminal (por exemplo, *Vanjak v. Croácia*, n. 29889/04, §§ 69-72, 14 de janeiro de 2010; *Šikić v. Croácia*, n. 9143/08, §§ 54-56, 15 de julho de 2010; e *Kapetanios e outros v. Grécia*, n. 3453/12 e 2 outros, § 88, 30 de abril de 2015); e imposição por um tribunal criminal de ordens de confisco e medidas similares, apesar de uma decisão de absolvição ou de suspensão do processo criminal (por exemplo, *Saliba v. Malta* (dec.), n. 4251/02, 23 de novembro de 2004; *Geerings v. Países Baixos*, n. 30810/03, 1o de março de 2007; e *Paraponiaris*, citado acima). Sobre esta jurisprudência, ver A. Maugeri, "La tutela della proprietà nella CEDU e la giurisprudenza della Corte europea in tema di confisca", em M. Montagna (org), *Sequestro e confisca*, Torino: Giappichelli editore, 2017.

216 *Sud Fondi*, citado acima.

217 A declaração no parágrafo 242 é formulada em termos gerais e não está vinculada às circunstâncias do presente caso. Assim, a declaração semelhante no parágrafo 246, que é feita dependendo do "presente caso ", deve ser considerada como uma aplicação do princípio estabelecido no parágrafo 242 ao presente caso.

218 Parágrafo 244 do julgamento. Como se fosse uma espécie de consolo por uma evidente omissão, a Corte observa ainda no parágrafo 245 que "os tribunais domésticos aceitaram esse raciocínio", significando a exigência do elemento mental e o princípio da responsabilidade subjetiva no direito penal, mas este argumento nada acrescenta ao fato de que a própria Corte não justifica as declarações contraditórias feitas nos parágrafos 242 e 243 da sentença.

conjunta, o parágrafo 260 do presente julgamento parece muito similar com um esforço não convencido de confirmar a *confisca urbanistica senza condanna* com base na necessidade não negociável de "prevenir o crime" e lutar contra o "crime complexo", o que quer que isso signifique. Este tipo de raciocínio é parte da mistura de políticas ideologicamente retrógradas, agora prevalecentes, compostas de uma abordagem puramente retributivista do direito penal[219], um procedimento criminal estritamente orientado pelos interesses da polícia[220], uma política penitenciária propositadamente endurecida de «just deserts»[221] e uma política de "crimigração" verdadeiramente desumana[222], enquanto não faz justiça alguma às vítimas de crimes graves, como a tortura[223]. Tal jurisprudência liberticida mostra a pior face da Europa na história recente do direito penal, como se *Dei Delitti e delle Pene* nunca tivesse sido escrita.

63. Neste espírito equivocado, a maioria chega ao ponto de admitir o inadmissível em um Estado de direito ao aplicar o art. 7 ao Sr. Gironda: um compromisso entre garantias não derrogáveis do art. 7 e direitos derrogáveis do art. 6[224]. Além disso, em seu aparente esforço para salvar a *confisca urbanistica senza condanna* a qualquer custo no caso do Sr. Gironda, a maioria se contradiz. Embora eles digam que a *confisca urbanístico senza condanna* só seria admissível sob o art. 7 da Convenção "desde que os tribunais domésticos em questão agissem em estrita conformidade com os direitos de defesa consagrados no art. 6 da Convenção"[225] , eles determinam uma violação do art. 6 § 2 da Convenção em relação ao Sr. Gironda e nenhuma violação do art. 7 em relação ao mesmo requerente. Está além

219 Ver *Armani da Silva v. Reino Unido* [GC], n. 5878/08, 30 de março de 2016, sobre a justificativa da política de atirar para matar da polícia na ação antiterrorista e a aplicação de um teste subjetivo, orientado pelos interesses da polícia, à legítima defesa putativa por parte dos policiais.

220 Ver *Ibrahim e Outros v. Reino Unido* [GC], n. 50541/08, 50571/08, 50573/08 e 40351/09, 13 de setembro de 2016, sobre a negação do direito de acesso a um advogado sem razões convincentes durante o interrogatório inicial do suspeito na delegacia de polícia e a admissão e avaliação da emissão de provas incriminatórias em julgamento, e minha opinião separada em *A e B*, citada acima, sobre a desclassificação do *ne bis in idem*, garantindo ao direito uma característica fluida e com uma interpretação restrita; em uma palavra, ilusório.

221 Ver *Hassan v. Reino Unido* [GC], n. 29750/09, 16 de setembro de 2014, sobre a prática de internação sem derrogação sob o art. 15 e minha opinião separada em *Hutchinson*, citada acima, sobre a obstinada ausência de um mecanismo de liberdade condicional para prisioneiros condenados à prisão perpétua.

222 Ver minhas opiniões separadas em *SJ v. Bélgica* [GC], n. 70055/10, sentença de 19 de março de 2015, sobre a descarada e implacável política de expulsão de estrangeiros em situação terminal e *Abdullahi Elmi e Aweys Abubakar v. Malta*, n. 25794/13 e 28151/13, 22 de novembro de 2016, sobre a política de detenção desumana de requerentes de asilo e imigrantes ilegais. Na minha opinião, o julgamento *Paposhvili v. Bélgica* [GC], n. 41738/10, 13 de dezembro de 2016, não responde a todas as preocupações expressadas em minha opinião no *SJ. v. Bélgica*. Esta questão será deixada para outra ocasião.

223 Ver *Naït-Liman v. Suíça* [GC], n. 51357/07, 15 de março de 2018, sobre a negação do foro da necessidade ou da jurisdição civil universal a um refugiado que havia utilizado um tribunal suíço para ajuizar uma ação civil por danos resultantes de tortura alegadamente sofrida em um terceiro Estado, Tunísia; assim como *Al-Adsani v. Reino Unido* [GC], n. 35763/97, CtEDH 2001-XI, e *Jones e outros v. Reino Unido*, n. 34356/06 e n. 40528/06, 14 de janeiro de 2014, respectivamente sobre a concessão de imunidade a um Estado e de imunidade a funcionários de Estados estrangeiros em relação a reivindicações civis por tortura.

224 Deve-se notar que nem *Paraponiaris*, citado acima, nem *Geerings*, citado acima, foram sequer mencionados, muito menos discutidos neste contexto.

225 Parágrafo 261 do acórdão.

do meu entendimento porque a maioria não aplica seu próprio teste ao caso do Sr. Gironda. Em seu caso, não houve "estrito cumprimento" das garantias do art. 6 e, portanto, de acordo com o teste da própria maioria, deveria haver uma violação não apenas do art. 6, mas também do art. 7. Seja como for, no final das contas, a *confisca urbanistica senza condanna* não é salva, pois viola sempre a presunção de inocência, como reconhece, quase unânimamente, a Grande Câmara[226].

B. O *acquis* civilizacional do Tribunal (§§ 64-67)

(i) O extraordinário legado do Tribunal (§§ 64-65)

64. Para cada onça de crítica dirigida à Corte, há uma libra de elogios. Através de suas sentenças e decisões vinculativas, a Corte tem exercido admirável liderança mundial na proteção dos direitos humanos, induzindo o progresso humano nas Partes Contratantes e além. Em uma Europa onde demasiadas pessoas conheceram muito sofrimento e muito poucas oportunidades, a Corte tem na maioria das vezes carregado a tocha para o lado progressista, promovendo a causa das minorias, dos marginalizados, dos excluídos, dos desprezados, dos necessitados, dos desfavorecidos, dos ostracizados, dos párias, de todos os filhos de um Deus menor deixados para trás por governos e tribunais domésticos.

65. A Corte procurou ser um teto sob o qual todos pudessem juntar-se para ficar a salvo das múltiplas tempestades que varreram a Europa no passado, e para as muitas mais que estão se formando no horizonte. Muito além das reivindicações de injustiça feitas aos direitos civis e políticos básicos, a Corte ouviu a voz daqueles que pertencem ao degrau mais baixo da hierarquia social, que se sentem reprimidos, cujas aspirações de auto-aperfeiçoamento é esmagada por um sistema de educação pública empobrecido, estrangulados por um sistema de saúde pública subfinanciado e com pouco pessoal e negligenciados por um sistema de justiça sobrecarregado, às vezes indiferente. Neste contexto problemático, a Corte não se absteve de abordar as preocupações de pão e manteiga da classe comum em dificuldade, como por exemplo no acesso a benefícios sociais por parte de estrangeiros. Basta pegar o caso revelador da Itália.

(ii) O exemplo revelador da Itália (§§ 66-67)

66. Na Itália, o legado da Corte é imensamente rico, tendo impactado, entre outros campos do direito, o processo penal (incluindo a publicidade obrigatória de debates judiciais[227], a exclusão de processos *in absentia*[228], a compensação

226 Parágrafos 317 e 318 do acórdão.
227 Acórdão da Corte Constitucional n. 93/2010, 135/2014, 109/2015.
228 Acórdão da Corte Constitucional n. 371/2009.

por processos excessivamente longos[229] e o mecanismo de revisão do *res judicata* com base em uma sentença da Corte[230]), direito penal (o princípio da retroatividade da lei mais favorável[231] e da reabilitação após a condenação[232]), direito prisional (as condições de detenção em prisões superlotadas[233] e as conversas telefônicas dos presos[234]), direito civil (o princípio da não retroatividade[235]), direito de família (o direito ao casamento de estrangeiros[236], o direito ao reagrupamento familiar[237] e a retroatividade da lei equiparando filhos nascidos dentro e fora do casamento[238]), lei de falência (o status pessoal do falido[239]), direito médico (procriação medicamente assistida[240] e pesquisa científica sobre embriões[241]), direito da segurança social (não discriminação no acesso a benefícios sociais por estrangeiros[242]), direito do trabalho (liberdade sindical[243]), direito administrativo (expropriação por interesse público[244]) e o próprio direito constitucional (imunidade parlamentar[245]). Em suma, o estilo italiano de julgamento constitucional foi profundamente influenciado pela jurisprudência da Corte, que "induziu a Corte Constitucional a rever sua jurisprudência anterior e a desenvolver novos princípios e normas"[246].

67. Ao ter tal impacto no passado, a Corte atraiu a antipatia dos partidos de ambos os lados do espectro político, bem como uma poderosa elite de habilidosos combatentes políticos, unindo forças em uma coalizão composta pelos

229 Acórdão da Corte Constitucional n. 184/2015 e 36/2016.
230 Acórdão da Corte Constitucional n. 113/2011.
231 Acórdão da Corte Constitucional n. 210/2013.
232 Acórdão da Corte Constitucional n. 234/2015.
233 Acórdão da Corte Constitucional n. 279/2013
234 Acórdão da Corte Constitucional n. 143/2013.
235 Acórdão da Corte Constitucional nº 78/2012, 170/2013, 191/2014 e 260/2015.
236 Acórdão da Corte Constitucional n. 254/2011.
237 Acórdão da Corte Constitucional n. 202/2013
238 Acórdão da Corte Constitucional n. 146/2015
239 Acórdão da Corte Constitucional n. 39/200
240 Acórdão da Corte Constitucional n. 229/2015
241 Acórdão da Corte Constitucional n. 84/2016.
242 Acórdão da Corte Constitucional nos 187/2010, 329/2011, 40/2013 e 22/2015.
243 Acórdão da Corte Constitucional n. 178/2015.
244 Acórdão da Corte Constitucional n. 348 e 349/2007, 181/2011, 338/2011 e 187/2014.
245 Acórdão da Corte Constitucional n. 313/2013 e 115/2014
246 M.Cartabia, *Of Bridges and walls: the "Italian" style of constitutional adjudication*, Bled, 23 de junho de 2016, página 12 (mas o autor também se refere aos julgamentos n. 264/2012 e n. 49/2015 como exemplos da "diferença e distintividade" da jurisprudência constitucional italiana); ver também T. Groppi, "*La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans les décisions de la Cour Constitutionnelle italienne, une recherche empirique*", em L. Burgorgue-Larsen (ed.), *Les défis de l'interprétation et de l'application des droits de l'homme, de l'ouverture au dialogue*, Paris: Pedone, 2017; E. Sciso, "*The Italian Constitutional Court and the Impact of the European Convention of Human Rights in Italy*", in *Judging Human Rights - Courts of General Jurisdiction as Human Rights Courts*, 2017, Mês 1, 1-15; L. Mezzetti, "Direitos Humanos entre Suprema Corte, Corte Constitucional e Supranacional: a experiência italiana" (2016) 52 IUS Gentium 29; e M. D'Amico, "*Il rilievo della CEDU nel 'diritto vivente': in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza 'convenzionale' nella giurisprudenza costituzionale*", in L. D'Andrea et al, *Crisis of the nation-state, interjurisprudential dialogue, protection of fundamental rights*, Turim: Giappichelli, 2015.

partidários neoliberais que odeiam o Estado interveniente e os admiradores do Estado-nação que se opõem visceralmente a qualquer forma de comitiva e aliança internacional. O clima é sanguíneo em alguns lugares da Europa. Alguns líderes instigam as populações a seus piores instintos e alimentam sua base política com a carne vermelha das políticas sensíveis, tais como políticas criminais, de imigração e de minorias. Estas idéias ganharam grande apoio.

Elas são defendidas por uma população tão pueril quanto seus líderes. A visão tacanha e soberanista está em plena forma e pode ser observada na reação a alguns julgamentos "desagradáveis" da Corte. Em uma cruzada contra princípios arraigados do direito internacional e princípios fundamentais do sistema da Convenção, alguns governos e seus protegidos fingem que sua posse da Convenção significa que os tribunais domésticos têm a última palavra sobre sua interpretação e, acima de tudo, sobre a implementação dos acórdãos da Corte. O efeito hipnotizante da mensagem visa perder de vista a diferença entre o poder das Partes Contratantes sobre o destino da Convenção como um tratado internacional e o papel único e incondicional da Corte para determinar seu conteúdo de acordo com o Art. 19 da Convenção e impor sua interpretação através de decisões com efeito direto e vinculante sobre a ordem jurídica de todas as Partes Contratantes.

C. Que diálogo judicial? (§§ 68-71)

(i) A lógica antagônica "nós e eles" (§§ 68-69)

68. Algumas cortes domésticas não resistiram ao atual mote populista que torna a Corte o bode expiatório de todos os males da Europa. Sob o lema apelativo do "diálogo judicial" entre as cortes domésticas e a Corte, uma manobra cínica desdobrou-se para abalar os pilares do sistema da Convenção[247]. Em uma

247 Sobre o diálogo entre a Corte e as cortes supremas e constitucionais das Partes Contratantes, ver B. Peters, "The Rule of Law Effects of Dialogues between National Courts and Strasbourg: An Outline", em A. Nollkaemper e M. Kanetake (eds) *The rule of law at the national and international levels: contestations and deference*, Oxford: Hart, 2016; AAVV, *Dialoguing on rights. Corte di Cassazione e CEDU a confronto, Nápoles*: EGEA Editore, 2016; D. Russo, "La "confisca in assenza di condanna" tra principio di legalità e tutela dei diritti fondamentali: un nuovo capitolo del dialogo tra le Corti", in *Osservatorio sulle fonti,* Abril 2015; A.Baraggia, "La tutela dei diritti in Europa nel dialogo tra corti: 'epifanie' di una unione dai tratti ancora indefiniti, in *Rivista AIC*, 2/2015; R. Conti, "Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari", in R. Cosio e R. Foglia (ed.), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti,* Milão: Giuffrè, 2013; G. Civello, "Il 'dialogo' fra le quattro corti: dalla sentenza 'Varvara'" della CEDU (2013) alla sentenza 'Taricco' della CGUE (2015)" *Archivio Penale*, 2015, n. 3; A. Ruggeri, " Dialogo" tra le corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali", in *www.federalismi.it*, 24/2013 G. Martinico, *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU laws. A Constitutional Comparative Perspective*, Groningen: Europa Law, 2010; M. Cartabia, "Europe and Rights: Taking dialogue seriously" (2009) *European Constitutional Law Review* 5; Fontanelli et al., *Shaping Rule of Law through Dialogue, International and Supranational Experiences*, Groningen: Europa Law, 2009; W. Sadursky, "Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments" (2009) 3 *Human Rights Law Review* 397; H. Keller and A. Stone-Sweet, *A Europe of Rights, The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford: Oxford University Press, 2008; G. Ferrari, *Corti nazionali e corti europee*, Naples: ESI, 2007; L. Montanari, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Turin: Giappichelli, 2002. Sobre o abuso da noção de "diálogo" neste contexto, que de fato se refere a uma *actio finium regundorum* entre os tribunais envolvidos, ver R. Bin, "L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei" *Rivista AIC*, 1/2015, e De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le corti,* Bologna: Il Mulino, 2010.

lógica amarga, divisória e antagônica de "nós e eles", alguns tribunais domésticos têm questionado a força jurídica das decisões inconvenientes da Corte ao defender uma interpretação dos direitos humanos centrada no Estado de Westphalian, dando prioridade à discrição reguladora dos governos sobre os direitos fundamentais dos cidadãos. As lições da História não poderiam estar mais longe de suas mentes. Se esses Estados conseguirão fazer a Corte se ajoelhar ou não será um teste às suas crescentes ambições.

69. Não fiquemos presos aos jargões e tecnicidades legais. Declarações piedosas de que o diálogo judicial reafirmará o compromisso das Partes Contratantes com princípios de longa data que garantem a integridade do sistema da Convenção, nada mais fizeram do que disfarçar o *animus* mal-intencionado que se abrigou em relação à Corte, para constranger uma ação mais ambiciosa por parte da Corte. A Corte tem um espaço de manobra cada vez menor para reagir.

(ii) A luta por procuração pela sobrevivência do direito internacional (§§ 70-71)

70. O presente julgamento revelou-se um olhar sobre quais males podem nos assolar num futuro próximo. Algumas autoridades nacionais estão apostando no fracasso do sistema europeu de direitos humanos. Elas não deixam nenhum tabu incólume. Após a aprovação da lei sobre os poderes da Corte Constitucional da Rússia, de 15 de dezembro de 2015, que prevê o poder de declarar as sentenças dos tribunais internacionais, incluindo esta Corte, não executáveis na ordem jurídica russa quando contradizem a Constituição russa, os sinais de alarme na Europa deveriam ter tocado[248]. Não é um sinal tranquilizador que o julgamento da Corte Constitucional Russa, que abriu a porta para tal lei[249], citou precisamente o julgamento da Corte Constitucional n. 264/2012 no caso das pensões suíças, entre outros, como uma fonte de inspiração. Quando o mais forte tabu racha, como aconteceu em dezembro de 2015, os menores podem desmoronar.

71. Em sua batalha final contra o direito internacional e os tribunais, os cavaleiros do paroquialismo só serão detidos por um sólido raciocínio jurídico de princípios, que pode tanto denunciar seu discurso aparentemente elevado e egocêntrico

248 Sobre essa lei e seu impacto no sistema da Convenção, ver meu artigo "Plaidoyer for the European Court of Human Rights" (2018) *European Human Rights Law Review*, Issue 2, 119-133; A. Guazzarotti, "Russia and the ECHR: Counter-limits seen from Moscow", in (2016) *Quaderni costituzionali* 383; C. Filippini, "Russia and the ECHR: the Constitutional Court's objection to the enforcement of the Strabourg judgments", in (2016) *Quaderni costituzionali* 386; e A. De Gregorio, "Russia, The confrontation between the Constitutional Court and the European Court of Human Rights between closures and signs of détente", in *Federalismi-Focus Human Rights*, 27 de julho de 2016

249 Tribunal Constitucional da Rússia n. 21-P/2015 de 14 de julho de 2015.

como, ao mesmo tempo, persuadir a comunidade jurídica e amenizar os medos da classe comum. A escolha dos tribunais domésticos e, em particular, dos tribunais constitucionais e supremos é clara hoje em dia: ou aderir à visão cosmopolita dos direitos humanos universais como uma limitação da soberania do Estado[250]; ou abraçar a visão oposta, paroquial, do direito doméstico como a reserva inexpugnável de soberania e, consequentemente, dos direitos humanos universais como "bobagem sobre estacas", para tomar emprestada a expressão de Bentham. Esta é uma luta por procuração entre partidários e opositores do direito internacional.

IV - A Corte com a "última palavra" (§§ 72-90)

A. A "autoridade interpretativa" do Acórdão da Corte (§§ 72-80)

(i) Da *res interpretata* ao efeito *erga omnes* da sentença da Corte (§§ 72-77)

72. As obrigações da Convenção exigem que os Estados não apenas mantenham, de acordo com o art. 46 da Convenção, a força vinculante da decisão da Corte em relação às partes na disputa em questão, mas também impeçam que qualquer violação encontrada nessa decisão seja repetida em relação a outras[251]. Esta é uma das consequências do princípio de subsidiariedade e de seu papel-chave na arquitetura do sistema da Convenção. Em particular, os tribunais nacionais devem interpretar e aplicar o direito interno de acordo com a Convenção e a jurisprudência da Corte. Assim, embora caiba principalmente às autoridades nacionais interpretar e aplicar o direito interno, a Corte é obrigada a verificar se a forma como essa lei é interpretada e aplicada produz consequências que sejam consistentes com os princípios da Convenção[252], conforme interpretados à luz da jurisprudência da Corte[253].

73. Na medida em que é uma consequência do princípio de subsidiariedade, esta regra também se aplica fora dos limites estritos dos art. 41 e 46 da Convenção, que dizem respeito principalmente às relações entre as partes na disputa em questão. Isto também pode ser visto a partir da Declaração de Brighton, em que os Estados membros se comprometeram a garantir "[a] plena implementação da Convenção em nível nacional [, o que] exige que os Estados membros tomem

250 Sobre este ponto de vista, ver minha opinião separada em *Al-Dulimi e Montana Management Inc.,* citada acima.

251 Ver minha opinião separada em *Fabris*, citada acima.

252 *Carbonara e Ventura v. Itália*, n. 24638/94, § 68, CtEDH 2000-VI; *Streletz, Kessler e Krenz v. Alemanha* [GC], n. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, § 49, CtEDH 2001-II; e *Storck v. Alemanha*, n. 61603/00, § 93, CtEDH 2005-V.

253 *Scordino v. Itália* (n. 1) [GC], n. 36813/97, § 191, CtEDH 2006 V e *Daddi v. Itália* (dez.), n. 15476/09.

medidas eficazes para evitar violações"[254]. Para tanto, "todas as leis e políticas devem ser formuladas e todos os funcionários do Estado devem cumprir suas responsabilidades, de forma a dar pleno efeito à Convenção". Assim, "as cortes nacionais devem levar em conta a Convenção e a jurisprudência da Corte."

74. Além disso, as medidas a serem tomadas por um Estado na execução de um julgamento não se limitam àquelas que dizem respeito ao requerente individual. Essa é a consequência das considerações acima mencionadas sobre a subsidiariedade. Quando a violação decorre de uma questão estrutural subjacente, o Estado requerido deve, ao contrário, tomar medidas gerais adequadas à solução, a fim de evitar que a mesma violação afete outras pessoas. De acordo com a jurisprudência bem estabelecida da Corte, no caso de uma sentença contra um Estado:

> "O Estado Parte em questão terá a obrigação não apenas de pagar aos interessados as somas concedidas a título de justa satisfação, mas também de tomar medidas individuais e/ou, se for o caso, gerais em seu ordenamento jurídico interno para pôr fim à violação constatada pela Corte e corrigir os efeitos, com o objetivo de colocar o requerente, na medida do possível, na situação em que estaria se as exigências da Convenção não tivessem sido desconsideradas".[255]

75. Isto evidentemente se coaduna com a natureza baseada em princípios da decisão da Corte[256]. A Corte tem reiterado repetidamente que

> "As decisões da Corte, de fato, servem não apenas para decidir os casos apresentados à Corte, mas, de modo mais geral, para elucidar, salvaguardar e desenvolver as regras instituídas pela Convenção, contribuindo assim para a observância pelos Estados dos compromissos assumidos por eles como Partes Contratantes".[257]

76. Como todas os acórdãos da Corte têm o mesmo valor jurídico, natureza vinculativa e autoridade interpretativa[258], a aplicação desta regra não pode depender, como sugerido pela Corte Constitucional Italiana em sua decisão n. 49/2015, da formação pela qual a decisão em questão foi proferida[259]. É certo que não pode ser excluída a necessidade de esclarecimento quanto ao significado de certos acórdãos. Esta necessidade deve então ser atendida através de uma troca de jurisprudência entre a Corte e os tribunais nacionais em questão, mas as obrigações desta última à luz da jurisprudência de Estrasburgo não serão, no entanto, suspensas como resultado.

Para colocar a questão de outra forma, o valor jurídico do julgamento da Corte inclui seu efeito vinculante inter partes (nas palavras da Corte, sua

254 High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Declaração de Brighton, 20 de abril de 2012, §§ 7 e 9.

255 *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Suíça* (n. 2) [GC], n. 32772/02, § 85, 30 de junho de 2009.

256 Sobre a necessidade de um raciocínio de princípio nas decisões da Corte, em contraste com sua abordagem casuística às vezes infeliz, ver também minha opinião separada no *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania* [GC], n.47848/08, 17 de julho de 2014.

257 *Irlanda v. Reino Unido* acordão de 18 de janeiro de 1978, Série A n. 25, § 154.

258 Parágrafo 252 do presente julgamento.

259 Ibid.

"natureza vinculante"), bem como sua não menos importante "autoridade interpretativa". Ao nomeá-la, a Corte converteu o conceito acadêmico de "autoridade interpretativa" (res interpretata) de seus julgamentos em um princípio juridicamente vinculativo de interpretação e aplicação da Convenção. Isto não é mais uma mera declaração doutrinária, mas um princípio jurídico plenamente endossado judicialmente que rege o efeito de um julgamento da Corte. Neste sentido, o julgamento da Corte tem efeito erga omnes em todas as Partes Contratantes, independentemente do fato de ter sido proferido contra apenas uma ou mais delas[260]. Isto corresponde ao reconhecimento judicial de um compromisso das Partes Contratantes, assumido já na Declaração Interlaken:

> "4. A Conferência lembra que é, antes de tudo, responsabilidade dos Estados Partes garantir a aplicação e implementação da Convenção e, consequentemente, exorta os Estados Partes a se comprometerem com ela:
>
> ...
>
> c) levando em conta a jurisprudência em desenvolvimento da Corte, também com vistas a considerar as conclusões a serem tiradas de uma sentença que conclua pela violação da Convenção por outro Estado, onde o mesmo problema de princípio existe dentro de seu próprio sistema jurídico;" [261]

77. A confirmação desta abordagem pode ser encontrada, mais uma vez, na Declaração de Brighton, que afirmava que "ações repetitivas surgem principalmente de questões sistêmicas ou estruturais em nível nacional" e isso "é responsabilidade de um Estado Parte, sob a supervisão do Comitê de Ministros, assegurar que tais questões e violações resultantes sejam resolvidas como parte da execução efetiva das sentenças da Corte"[262]. Além disso, "através de sua supervisão, o Comitê de Ministros assegura que seja dado o devido efeito às decisões da Corte, inclusive através da implementação de medidas gerais para resolver questões sistêmicas mais amplas"[263]. Finalmente, os Estados são encorajados a

260 O Tribunal já declarou implicitamente tal ponto de vista em várias ocasiões, como em *Opuz v. Turquia*, n. 33401/02, § 163, 9 de junho de 2009. Extrajudicialmente, vários presidentes da Corte já haviam se manifestado quanto a este princípio. Por exemplo, no "Memorandum to the States with a view to prepare the Interlaken Conference", de 3 de julho de 2009, o então Presidente da Corte enfatizou esta idéia: "Não é mais aceitável que os Estados deixem de tirar as conseqüências o mais cedo possível de uma sentença que encontre uma violação por outro Estado quando o mesmo problema existe em seu próprio sistema jurídico. O efeito vinculante da interpretação pela Corte vai além do *res judicata* no sentido estrito. Tal desenvolvimento estaria de mãos dadas com a possibilidade de os cidadãos invocarem a Convenção diretamente no direito interno ("efeito direto") e com a noção de propriedade da Convenção pelos Estados". Este princípio também é endossado pelo Parecer sobre a implementação das sentenças da Corte Europeia de Direitos Humanos, adotado pela Comissão de Veneza em sua 53ª Sessão Plenária, 2002, § 32. A noção do efeito "*de facto erga omnes*" das sentenças de Estrasburgo também foi utilizada (ver Prefácio do Presidente Costa ao Relatório Anual de 2008 da Corte Europeia de Direitos Humanos, 2009; também D. Spielmann, "Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Constitutional Systems of Europe" in Rosenfeld and Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, Capítulo 59, na p. 1243).

261 High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Declaração Interlaken, 19 de fevereiro de 2010. Observo que a declaração se refere ao "julgamento" da Corte no singular e não como uma pluralidade de julgamentos a partir dos quais um princípio jurídico poderia se consolidar.

262 Declaração de Brighton, citada acima, § 18.

263 Declaração de Brighton, citada acima, § 26.

"desenvolver capacidades e mecanismos internos para assegurar a rápida execução das sentenças da Corte"[264].

(ii) Do paroquialismo constitucionalista ao constitucionalismo multinível (§§ 78-80)

78. Essas obrigações se estendem à lei constitucional dos Estados Partes na Convenção. O art. 1 da Convenção não faz distinção quanto ao tipo de normas ou medidas em questão e não remove nenhuma parte da "jurisdição" dos Estados membros do âmbito da Convenção. É, portanto, pela totalidade de sua "jurisdição" - que muitas vezes é exercida, antes de tudo, através de sua Constituição - que esses Estados respondem por sua conformidade com a Convenção[265]. Além disso, esta abordagem está em conformidade com o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, segundo o qual um Estado não pode usar de disposições de seu direito interno, incluindo seu direito constitucional, para justificar a não execução de um tratado[266].

79. O tempo do paroquialismo constitucional terminou na Europa. Na era do constitucionalismo multinível, a Convenção é um "instrumento constitucional da ordem pública europeia"[267]. Assim, ela prevalece sobre as disposições e interesses constitucionais das Partes Contratantes, não apenas em Malta[268], Irlanda[269], Bósnia[270], Rússia[271] e Hungria[272], mas também na Itália e em todos os países da Europa e outros Estados membros do Conselho da Europa. Para colocá-la em termos dogmáticos, da perspectiva de Estrasburgo, a distinção da velha guarda entre ordens constitucionais monistas e dualistas tornou-se irrelevante e

264 Declaração de Brighton, citada acima, § 29 (a) (i)

265 *Partido Unido Comunista da Turquia e Outros v. Turquia*, 30 de janeiro de 1998, §§ 27 et seq., *Reports* 1998-I.

266 Ver minha opinião separada em *Fabris*, citada acima.

267 *Loizidou v. Turquia* (*objeções preliminares*), 23 de março de 1995, § 75, série A n. 310 e o parecer da Corte sobre a Reforma do sistema de controle da CTEDH, 4 de setembro de 1992, § I (5).

268 No processo *Demicoli v. Malta*, n. 13057/87, 27 de agosto de 1991, a Corte considerou que o art. 11 da Constituição maltesa, que previa a competência da Câmara dos Deputados para julgar o delito de quebra de privilégio, violava o art. 6 § 1 da Convenção. Malta alterou sua Constituição após a prolação da sentença. Sobre o acompanhamento deste caso, ver meu artigo "Plaidoyer para a Corte Europeia de Direitos Humanos", citado acima, nota 26 do artigo.

269 Depois de *Open Door e Dublin Well Woman v. Irlanda* (Plenário), n. 14234/88 e n. 14235/88, 29 de outubro de 1992, a Irlanda alterou sua Constituição. Sobre o acompanhamento deste caso, ver meu artigo "Plaidoyer for the European Court of Human Rights", citado acima, nota 26 do artigo.

270 Em *Sejdić e Finci v. Bósnia e Herzegovina* [GC], n. 27996/06 e 34836/06, 22 de dezembro de 2009, a Corte reprovou a inelegibilidade constitucional dos candidatos a concorrer às eleições para a Casa dos Povos e para a Presidência em razão de sua origem roma e judaica.

271 Em *Anchugov e Gladkov v. Rússia*, n. 11157/04 e n. 15162/05, 4 de julho de 2013, o Tribunal censurou o art. 32 § 3 da Constituição Russa, que prevê a privação de direitos dos prisioneiros condenados.

272 Em *Baka v. Hungria* [GC], n. 20261/12, 23 de junho de 2016, a Corte constatou uma violação do art. 6 § 1 da Convenção, uma vez que o art. 11 (2) das Disposições Transitórias da Lei Fundamental de 31 de dezembro de 2011 determinou o término prematuro do mandato do requerente como Presidente da Suprema Corte e esta disposição constitucional *ad hoc, ad hominem*, não foi revisada, nem estava aberta à revisão por um tribunal ordinário ou outro órgão que exercia poderes judiciais.

não tem impacto sobre a força vinculante da Convenção, conforme interpretada pelas decisões da Corte, na ordem jurídica interna das Partes Contratantes[273]. O constitucionalismo multinível sustentado e praticado pelo Conselho da Europa está além dessa distinção, buscando uma reductio ad unitatem em questões de direitos fundamentais em todas as Partes Contratantes[274].

80. Como é evidente no caso Baka[275], este princípio de preferência da Convenção sobre as disposições constitucionais e os interesses das Partes Contratantes é particularmente crucial nas atuais circunstâncias políticas na Europa, quando "democracias iliberais" estendem os limites de suas constituições, incorporando disposições contrárias aos princípios básicos do direito da Convenção, tais como o princípio da independência do Judiciário. Se as Partes Contratantes ainda querem um tribunal forte em Estrasburgo para fazer frente às autoridades nacionais *grundrechtsfeindelichen* (antagônicas dos direitos fundamentais), então terão que lidar com esse mesmo tribunal forte quando ele bater à sua porta. O sistema da Convenção é evidentemente incompatível com uma lógica hipócrita do NANOQUIN ("Não no meu quintal!"), que pretende que os direitos humanos universais são uma coisa boa quando são para os outros, mas uma coisa ruim quando são para nós mesmos.

273 Em termos práticos, como declarado por um alto funcionário do Conselho da Europa (tradução do francês), "Onde o Comitê de Ministros... supervisiona a execução das sentenças da Corte Europeia de Direitos Humanos, o fato de um Estado ser monista ou dualista, ou se um Estado incorporou as disposições da CtEDH em seu direito interno, nunca é levado em conta" (A. Drzemczewski, "Les faux débats entre monisme et dualisme - droit international et droit français: l'exemple du contentieux des droits de l'homme" 1998 (51) *Boletim da sociedade brasileira de direito internacional* 100; ênfase original).

274 Sobre a proteção multinível dos direitos humanos na Europa e a criação de um *jus commune europeaum* de direitos fundamentais, ver B. Randazzo, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione,* Milão: Giuffrè, 2017, e *Giustizia costituzionale sovranazionale*. L*a Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milão: Giuffrè, 2012; G. Amato e B. Barbisan, *Corte costituzionale e Corti europee*.. *Fra diversità nazionali e visione comune*, Bologna: Il Mulino, 2016; R. Conti, "Il sistema multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali", in *Questione Giustizia*, 4/2016; C. Padula (ed.), *La Corte europea dei diritti dell'uomo: quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?* G. Martinico, "Constitutionalism, Resistance and Openness: Comparative Law Reflections on Constitutionalism in Postnational Governance" (2016) 35 *Yearbook of European Law* 318; S. Sonelli, "La Cedu nel quadro di una tutela multilivello dei diritti e il suo impatto sul diritto italiano: direttrici di un dibattito", in S. Sonelli (ed.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, Turim: Giappichelli, 2015; E. Malfatti, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Turim: Giappichelli; S. Gambino, "Vantaggi e limiti della protezione multileveli dei diritti e delle libertà fondamentali, fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali e costituzioni nazionali", in *Forum di Quaderni Costituzionali,* 11 de Janeiro de 2015; M. Cartabia, "La tutela multilivello", in *Fundamental Rights and the Relationship among the Court of Justice, the National Supreme Courts and the Strasbourg Court, 50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos: 1963-2013: actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013,* Luxembourg, 2012155-168; e "A Universalidade dos Direitos Humanos na Era dos 'Novos Direitos'". (2009) *Quaderni costituzionali* 537; E. Lamarque, "Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, supranational e internazionale nella tutela dei diritti", in *Diritto pubblico* 3/2013; L. Cassetti (ed.), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Nápoles: Jovene, 2012; L. Montanari, "La difficile definizione dei rapporti con la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione: un confronto con Francia e Regno Unito", in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, I/2008; G. Zagrebelsky, "Corti costituzionali e diritti universali", in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2/2006; e G. Silvestri, "*Versouno jus communeeuropeaum deidiritti fondamentali*" (2006) *Quaderni costituzionali* 7.

275 Baka, citado acima.

B. Uma teoria constitucional dos direitos fundamentais orientada pela Convenção (§§ 81-86)

(i) A incorporação da Convenção na ordem constitucional e legal (§§ 81- 84)

81. É digno de nota que a Corte Constitucional já incorporou muitos dos princípios da Convenção ao direito constitucional italiano, desenvolvendo uma teoria constitucional dos direitos fundamentais sensível à Convenção. Como foi assinalado por seu acórdão n. 349/2007, o sistema da Convenção "garante a aplicação de um nível uniforme de proteção interna em todos os Estados membros". Para ser mais preciso, a Convenção é um tratado multilateral, de elaboração de leis, com um mecanismo centralizado e autoritário de estabelecimento de normas e um sistema de aplicação coletiva[276].

82. Além disso, na opinião dos juízes do *Palazzo della Consulta*, o art. 46 da Convenção exige que os Estados não apenas adotem as medidas individuais necessárias para pôr fim aos efeitos da violação e proporcionar reparação, mas também, se apropriado, quaisquer medidas gerais capazes ou resolutivas a questão estrutural no cerne da violação[277]. Assim, em seu louvável julgamento no caso *Dorigo*, a Corte Constitucional concluiu que o art. 630 do Código de Processo Penal era inconstitucional na medida em que não previa a reabertura do processo criminal após a constatação final de uma violação do art. 6.

83. Após o acórdão *Scoppola* (n. *2*) [278], a Corte Constitucional deu um passo adiante. Em seu julgamento exemplar 210/2013, enquanto tratava dos "irmãos mais novos do *Scoppola"* (*i fratelli minori di Scoppola*), a *Consulta* se referiu não apenas à obrigação de substituir a pena do réu Scoppola, mas também à obrigação implícita de pôr fim ao problema estrutural do quadro jurídico interno que levou à violação da Convenção e de remover seus efeitos em relação a todos os prisioneiros na mesma situação. Esta foi a ocasião perfeita para os juízes do *Palazzo della Consulta* reconhecerem plenamente o efeito *erga omnes* das sentenças da Corte. Eles

276 Ver minha opinião separada em *Mursic*, citada acima.

277 Ver Acórdão do Tribunal Constitucional n. 113/2011 sobre a reabertura de processos criminais após uma decisão final do Tribunal sobre uma violação do Art. 6. Este caso histórico é particularmente louvável porque a *Consulta* estava pronta para reverter seu recente acórdão n. 129/2008. Sobre estes julgamentos ver, entre outros, G. Grasso e F. Giuffrida, "L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte Europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale", in *DPC*, 25 Mai 2015; A. Cerruti, "Considerazioni in margine alla sentato". n. 113/2011: há uma esiste una "necessità di integrazione" tra ordinamento interno e sistema convenzionale?,, em *Giurisprudenza italiana*, 1/2012; "Gli effetti dei giudicati 'europei' sul giudicato italiano dopo la sentenza n. 113/2011 della Corte Costituzionale, Mesa Redonda com contribuições de G. Canzio, R. Kostoris, A. Ruggeri", *Rivista AIC* 2/2011; R. Greco, "Dialogo tra Corti ed effetti nell'ordinamento interno". Le implicazioni della sentenza della Corte costituzionale del 7 aprile 2011, n. 113"; e T. Guarnier, "Un ulteriore passo verso l'integrazione CEDU: il giudice nazionale come giudice comune della Convenzione?", ambos os últimos dois textos em *Consulta on-line*, 10 Novembro de 2011.

278 *Scoppola v. Itália* (n. 2) [GC], no 10249/03, 17 de setembro de 2009.

estiveram à altura das expectativas, sublinhando a existência de tal efeito mesmo quando a Corte não utiliza o mecanismo do julgamento piloto ou impõe a adoção de medidas gerais[279]. O efeito jurídico de uma sentença final da Corte, qualquer que seja seu objeto ou forma, é vinculante para toda Parte Contratante. Em uma excelente demonstração deste princípio, a Corte Constitucional afirmou inequivocamente que o efeito *erga omnes* das sentenças da Corte também abrangeu as sentenças da Corte proferidas contra outras Partes Contratantes[280].

84. A incorporação da Convenção na ordem jurídica italiana é promovida ainda mais pela interligação substantiva da Constituição e da Convenção e pela interação entre a Convenção e as garantias domésticas. Tal interação é evidentemente facilitada pelo art. 2 da Constituição e pela abertura do catálogo constitucional dos direitos humanos, na medida em que uma cláusula aberta como a da Constituição italiana é a forma natural de incorporar direitos e liberdades não explicitamente concedidos pela Constituição, mas derivados do direito internacional[281]. Tal abertura ao direito internacional é de fato uma característica da tradição jurídica e da civilização romana. Na visão cosmopolita do eterno Gaio:

> *"Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium est vocaturque jus civile, quasi jus proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur"*[282]

(ii) Proteção da convenção como "piso", não como "teto" (§§ 85-86)

85. No entanto, uma teoria constitucional dos direitos fundamentais, sensível à Convenção, não é suficiente hoje em dia. Deve haver uma teoria constitucional orientada para a Convenção, que é algo diferente e mais exigente. De uma perspectiva axiológica, embora a Convenção e a Constituição estejam em pé de igualdade, a primeira prevalece sobre a segunda em casos de conflito inevitável. A teoria constitucional deve ser fundamentada neste princípio básico, especialmente nos dias atuais, quando a natureza intrinsecamente contra-majoritária dos direitos humanos é esquecida por legisladores, tribunais e outras autoridades públicas nacionais. O excesso de sensibilidade doméstica a alguns interesses constitucionais ou, pior ainda, a pura transação material entre os direitos da Convenção e "outros interesses constitucionais", não pode se esconder por trás da ferramenta argumentativa da maximização dos direitos fundamentais. Isto distorceria o significado do art. 53 da Convenção. Como o Presidente Raimondi declarou recentemente:

> "a conformidade com a Constituição de uma determinada disposição legal não garante a conformidade com a Convenção cujos requisitos, em certos casos, podem ser superiores aos da Constituição nacional".[283]

86. Tendo em mente o verdadeiro significado do art. 53 da Convenção, a relação entre a Corte e os tribunais supremos e constitucionais deve respeitar a seguinte linha vermelha e brilhante. Os tribunais domésticos podem ir além do grau de proteção proporcionado pela Convenção ao requerente, mas não podem ficar para trás, nem mesmo em vista de uma suposta consideração sistêmica de outros interesses constitucionais envolvidos. Figurativamente, a proteção da Convenção é um "piso", mas não um "teto"[284]. Como resultado, os tribunais constitucionais e supremos são de fato chamados a interpretar as decisões da Corte e confrontá-las com o ambiente constitucional doméstico no qual elas serão implementadas. Mas os tribunais domésticos não podem "refazer" o julgamento da Corte; em outras palavras, eles não podem julgar novamente o caso à luz de "outros interesses constitucionais" e decidir contra um candidato que já tenha ganho o caso em Estrasburgo. Os tribunais supremos e constitucionais não devem agir como uma instância de recurso para o governo contra a decisão de Estrasburgo favorável ao requerente. Os tribunais supremos e constitucionais não devem proporcionar uma segunda[285] ou terceira[286] oportunidade para o Governo rediscutir um caso depois de tê-lo perdido em Estrasburgo. Isto seria uma distorção abstrusa do sistema da Convenção. Como Lord Rodger tão brilhantemente disse, *Argentoratum locutum, iudicium finitum* - "Estrasburgo falou, o caso está encerrado"[287].

279 Parágrafo 7.2 do *cons. in dir.* do acórdão n. 210/2013 da Corte Constitucional. Sobre este julgamento ver, entre outros, N. Perlo, 'L'attribution des effets erga omnes aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en Italie : la révolution est en marche' (2015) *Revue française de droit constitutionnel,* 887; e E. Lamarque e F. Viganò, "Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola, Ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo (Nota ao C. Cost. n. 210/2013)", em *Giurisprudenza italiana*, n. 2/2014.

280 Parágrafo 4.4 da sentença n. 170/213 do Tribunal Constitucional, referente às sentenças proferidas contra a França, a Grécia e o Reino Unido: "embora não proferidas contra Itália, as últimas sentenças citadas contêm declarações gerais que o mesmo tribunal europeu considera aplicáveis além do caso específico e que este tribunal também considera obrigatórias para a ordem jurídica italiana".

281 Sentenças do Tribunal Constitucional n. 404/88, n. 278/92 e n. 388/99.

282 Gaius*, Institutiones, Commentarius Primus*, *1. De Iure Civili et Naturali, 1.1* : "Todos os povos que são governados por leis e costumes usam a lei que é em parte só deles e em parte compartilhada por toda a humanidade. A lei que cada povo faz para si mesmo é especial para si mesmo, é chamada de lei estatal, a lei particular desse Estado. Mas a lei que a razão natural faz para toda a humanidade é aplicada da mesma forma em todos os lugares. É chamada a lei de todos os povos, porque é comum a todas as nações. A lei do povo romano também é em parte própria e em parte comum a toda a humanidade".

283 G. Raimondi, "La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le corti costituzionali e supreme europee", Forum di Quaderni costituzionali, 24 de março de 2018, p. 10: "la conformità alla costituzione di una determinata disposizione legislativa non ne garantisce la conformità alla Convenzione, le cui esigenze, in certi casi, possono essere più elevate di quelle della costituzione nazionale ".

284 Ver minha opinião separada em *Hutchinson*, citada acima.

285 Caso seja constatada uma violação pela Câmara e este julgamento se torne definitivo ou caso a Grande Câmara decida o caso após a renúncia.

286 Caso seja constatada uma violação por parte da Grande Câmara após um julgamento da Câmara.

287 Palavras de Lord Rodger em *AF v. Secretário de Estado do Ministério do Interior e Outro* (2009) UKHL 28, § 98.

C. O desafio da retórica da "identidade nacional" (§§ 87-90)

(i) Uma lição da saga *Taricco* (§§ 87-88)

87. Os riscos acima mencionados são evidentemente agravados pela circunstância de que "identidade nacional" é um *bon à tout faire*, que é facilmente confundido com a avaliação oportunista do "interesse nacional" no contexto político e social particular de um determinado caso. O status da prescrição é um bom exemplo disso. Como o mesmo Estado pode argumentar em Luxemburgo o contrário do que ele defende em Estrasburgo? Como pode a mesma Corte Constitucional argumentar perante o Tribunal de Justiça da União Europeia que a prescrição é uma garantia substantiva do direito penal, sujeito ao princípio da legalidade[288] - uma característica distinta e importante dos "princípios constitucionais supremos da ordem constitucional de um Estado membro" e dos "direitos inalienáveis da pessoa reconhecida pela Constituição de um Estado membro", em suma, da "identidade nacional"[289] - e, ao mesmo tempo, alegar perante a Corte de Estrasburgo que é uma característica irrelevante da lei italiana para efeitos do princípio da legalidade, o que não impede nem mesmo o confisco sem condenação em questões de construção urbana onde a infração está prescrita? Por que o mecanismo do direito ao esquecimento (*meccanismo del tempo dell'oblio*) [290] representa uma característica crucial da lei constitucional italiana para se opor à aplicação de uma pena em Luxemburgo, mas não em Estrasburgo?

88. Estas questões não são retóricas: elas procuram mostrar que a relevância da prescrição para a "identidade nacional", protegida pelos famosos "contra-limites" invocados no julgamento n. 24/2017, foi totalmente ignorada no julgamento n. 49/2015, simplesmente porque não era conveniente para os propósitos do caso. Se é verdade que, como argumenta corretamente o Acórdão n. 24/2017 e o Tribunal de Justiça Europeu também confirmou[291], a *prescrizione* é uma garantia fundamental dos réus na ordem constitucional e jurídica da Itália, e na verdade na ordem jurídica europeia, é incompreensível que a mesma garantia não tenha desempenhado nenhum papel no raciocínio do Acórdão n. 49/2015.

(ii) A "linha Maginot" entre a Convenção e a Carta dos Direitos Fundamentais (§§ 89-90)

89. Além disso, nenhum "contra-limite" pode ser invocado contra o direito da Convenção, como interpretado pelo Tribunal. Os "direitos humanos inalienáveis" italianos não podem ser usados como arma contra os direitos humanos europeus, tendo em vista a profunda afinidade axiológica entre a Convenção e a Constituição democrática da República Italiana. Para utilizar as palavras de um dos melhores exemplos da jurisprudência constitucional italiana, os direitos humanos

> "também garantidos por acordos universais ou regionais assinados pela Itália, encontram garantia, não menos intensa, na Constituição ... não só para o valor a ser atribuído ao reconhecimento geral dos direitos invioláveis do homem feito pelo art. 2 da Constituição ..., mas também porque, além de coincidir com catálogos desses direitos, as diferentes fórmulas que os expressam se integram, complementando-se mutuamente em sua interpretação"[292]

Assim, certamente, não é admissível invocar "outros interesses constitucionais", tais como a proteção do meio ambiente, *in malam partem,* a fim de estender o confisco sem condenação a um crime prescrito de construção urbana ilegal[293].

90. No final do dia, a "linha Maginot", uma vez traçada entre o direito da Convenção e o direito da União Europeia, evaporou-se. De fato, foi sempre uma barreira defensiva elusiva contra a plena implementação da Convenção, que inspirou uma falsa sensação de segurança, mas não representou a natureza verdadeiramente imbricada do direito da Convenção e do direito da União Europeia com sua Carta de Direitos Fundamentais. Ambas limitam a soberania do Estado. A primazia sobre o direito interno, mesmo sobre o direito constitucional, e o efeito direto na ordem jurídica interna também são características intrínsecas do sistema da Convenção[294]. Isto evidentemente significa que todos os juízes comuns de direito são "juízes comuns de direito da Convenção" (*giudici comuni della Convenzione*), com o direito de não aplicar o direito interno contrariando o direito da Convenção, conforme interpretado pela Corte[295]. Tal "controle difuso da convencionalidade" (*sindacato diffuso di convenzionalità*) não apenas promove a sinergia internacional, mas também a transparência judicial interna, evitando a tentação de uma interpretação "forçada" do direito interno de acordo com a Convenção, o que levaria à "desaplicação mascarada" (*disapplicazione mascherata*). A convergência da jurisprudência de Estrasburgo e Luxemburgo e a influência mútua de suas normas jurídicas

288 Ver a segunda questão colocada no Acórdão da Corte Constitucional n. 24/2017

289 Ver a terceira questão colocada no Acórdão da Corte Constitucional n. 24/2017.

290 Ver nota de rodapé 67 acima.

291 Tribunal de Justiça da União Europeia, Grande Câmara, 5 de dezembro de 2017, C-42/17. Como introdução a este julgamento, ver Bassini e Pollicino, "Defusing the Taricco bomb through fostering constitutional tolerance: all roads lead to Rome", em *verfassungsblog.de*.

292 Acórdão do Tribunal Constitucional n. 388 de 1999.

293 De fato, nem mesmo o direito internacional sobre o confisco por não-condeção favorece esta extensão, como mostra a pesquisa feita pela Corte (ver parágrafos 139-146 e 150 da presente sentença). Em todos os casos de confisco por não havendo condenação, as infrações listadas nos documentos internacionais mencionados são muito mais graves do que as do construção urbana ilegal.

294 A Corte deu uma indicação desta primazia nos parágrafos 98 e 99 do *Parrillo v. Itália* [GC], n. 46470/11, §§ 98-99, 27 de agosto de 2015.

295 A este respeito, não há diferença entre a Convenção e a Carta dos Direitos Fundamentais. Recentemente, o Tribunal de Justiça, no processo C-42/17 citado acima, também reafirmou as obrigações dos juízes italianos como juízes ordinários da Carta dos Direitos Fundamentais e, em geral, do direito da União Europeia. Este não é o lugar para discutir o enigmático *obiter dictum* incluído nos parágrafos 5.1 e 5.2 da parte jurídica da sentença do Tribunal Constitucional n. 269 de 2017, que se refere à relação entre a Corte Constitucional e os juízes ordinários na aplicação da Carta. Sua compatibilidade com o acórdão da Corte de Justiça (Grande Câmara) de 22 de junho de 2010, no caso *Melki e Abdeli*, C-188 e 189/10, é uma questão em aberto. De qualquer forma, esse *obiter dictum* certamente não é suficiente para mudar a posição firme da Corte sobre a natureza do mecanismo de revisão da constitucionalidade na Itália (*Parrillo*, citado acima, §§ 101-104).

contribuem para a constitucionalização da ordem jurídica europeia[296]. Se alguma preponderância tiver que ser dada, o art. 52 § 3 e o art. 53 da própria Carta são muito claras: estabelecem a subordinação axiológica da Carta e, consequentemente, de toda a legislação europeia às normas de direitos humanos estabelecidas pela Convenção, conforme a interpretação da Corte[297].

Conclusão (§§ 91-95)

91. Lamento que o presente julgamento não dê resposta ao meu pedido de esclarecimento em *Varvara*. Isso será para outro dia. A maioria prefere contornar as principais questões substantivas em jogo, tais como a posição do princípio de *nulla poena sine culpa* dentro do art. 7 da Convenção e a espinhosa questão da compatibilidade da exigência do elemento mental em *Sud Fondi*[298] com a estranha e confusa jurisprudência do Tribunal sobre presunções de responsabilidade. Em vez disso, eles agravam a situação, importando apodicamente esta jurisprudência para o art. 7 sem qualquer explicação plausível e negligenciando a natureza não-derrogável do art. 7. Nesta base doutrinária vacilante, a maioria escolhe afastar-se de *Varvara* em relação ao Sr. Gironda, mas não fornece nenhum raciocínio de princípio para esse afastamento, assumindo uma posição puramente orientada para a eficiência sobre o assunto. Esta postura condiz com o espírito da época. No final das contas, a *confisca urbanistica senza condanna* não é salva, pois sempre quebrará a presunção de inocência, como a própria maioria reconhece.

92. Ao considerar que as penalidades relacionadas à construção urbana ilegal não exigem nenhuma declaração formal de culpa sob a lei italiana, que a jurisprudência da Corte sobre este ponto significa o oposto do que ela claramente afirma e que, de forma mais ampla, as decisões da Corte podem ser convenientemente ignoradas quando seu "princípio efetivo" não é claro, o efeito prático da sentença n. 49/2015 é deixar os tribunais domésticos livres para ignorar o efeito *erga omnes* de qualquer das sentenças da Corte, ou para aplicá-las seletivamente, na melhor das hipóteses. Os princípios enunciados no julgamento n. 49/2015 ameaçam limitar o efeito prático da jurisprudência da Corte sobre os sistemas jurídicos nacionais de uma maneira bastante óbvia e prejudicial para a continuidade do funcionamento de todo o sistema da Convenção. Não menos óbvio é o risco de um contágio de desobediência entre os Estados membros do Conselho da Europa, como demonstram exemplos recentes no Reino Unido e na Rússia. Todo o sistema da Convenção está em perigo.

296 Apesar de suas características especiais, o mecanismo de assessoria do Protocolo n. 16 apenas reforçará esta constitucionalização.

297 Ver as "Explicações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais", 14 de dezembro de 2017, 2007/C 303/02: "A referência à CTEDH abrange tanto a Convenção quanto os Protocolos a ela relativos. O significado e o alcance dos direitos garantidos são determinados não apenas pelo texto desses instrumentos, mas também pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia". Ver também minha opinião separada em *Al-Dulimi e Montana Management Inc.* , citada acima.

298 *Sud Fondi*, citado acima.

93. Reconhecendo este perigo, a Corte usa esta oportunidade para dar uma resposta e confirmar um princípio. Sobre a controversa questão do "direito consolidado" (*diritto consolidato*), o presente julgamento é altamente significativo e será lembrado como um grande passo em frente na proteção dos direitos humanos na Europa. O *Giudice delle leggi* não pode ignorar a mensagem mais importante enviada de Estrasburgo neste julgamento: que todas as sentenças da Corte "têm o mesmo valor jurídico [e que] sua natureza vinculante e autoridade interpretativa não podem, portanto, depender da formação pela qual foram proferidas"[299]. Este princípio priva o acórdão n. 49/2015 de seu alicerce teórico. Consequentemente, a Corte repudia a noção de "direito consolidado", que está no cerne desse mesmo julgamento. Assim, a Corte Constitucional é chamada pela Grande Câmara a reformular os termos de sua relação com a Corte, e não há "margem de apreciação" que lhe permita não o fazer. Ao fazer isso, a Corte Constitucional deve estar atenta ao valor da Convenção como um instrumento constitucional de ordem pública europeia e ao papel único de autoridade da Corte no panorama jurídico da Europa[300].

94. Esta opinião é um compromisso com o princípio da universalidade dos direitos humanos. Na Europa, a Corte é o primeiro intérprete desta universalidade. Contudo, sua autoridade interpretativa é questionada e suas decisões não são implementadas pelas autoridades nacionais e, em particular, por alguns tribunais constitucionais e supremos. Além da pressão política recentemente exercida sobre a Corte, esta "relutância" de algumas cortes constitucionais e supremas está colocando uma tensão indevida sobre todo o sistema da Convenção[301]. Esta atitude de desconfiança (*atteggiamento diffidente*)[302] deve ser superada.

95. Este é um momento de despertar para o risco sistêmico sem precedentes com o qual o sistema europeu de direitos humanos é confrontado. Não é um momento para lidar com eufemismos constitucionais, muito menos para acender as chamas em Estrasburgo com uma retórica de "identidade nacional" alimentada por uma imagem anti- cosmopolita. Como pai fundador do sistema, a Itália tem uma responsabilidade especial neste difícil momento para sistema da Convenção. Cabe aos pais fundadores dar o exemplo para os outros. Não se espera nada mesmo de uma Nação que fez tanto pela cultura jurídica europeia.

299 Parágrafo 252 do julgamento.

300 No passado, a Corte Constitucional já deu exemplos notáveis de sua capacidade de desenvolver sua jurisprudência a fim de permanecer do lado dos direitos humanos, como quando mudou sua posição de sentença n.. 129/2008 para a sentença n.. 113/2011.

301 "Relutância" é a palavra usada pela própria Corte para caracterizar a reação da Corte Constitucional a *Maggio e Outros*, citada acima ((Seminar background paper,, "
"Implementation of the Judgments of the European Court of Human Rights: a shared
judicial responsibility?", European Court of Human Rights 2014). Sobre a recente pressão política sobre a Corte, ver P. Leach e A. Donald, *A Wolf in Sheep's Clothing: Why the Draft Copenhagen Declaration Must be Rewritten*, EJIL: Talk!, 21 de fevereiro de 2018; e *Copenhagen: Keeping on Keeping on. A Reply to Mikael Rask Madsen and Jonas Christoffersen on the Draft Copenhagen Declaration*, EJIL: Talk!, 24 de fevereiro de 2018; e A. Follesdal e G. Ulfstein, *The Draft Copenhagen Declaration: Whose Responsibility and Dialogue?*, EJIL: Talk!, 22 de fevereiro de 2018.

302 F. Viganò, "La Consulta e la tela di Penelope...", citado acima, na p. 334.

A Odisseia do Confisco Urbano e a Pan-Penalização na Itália: Comentários à Opinião do Juiz Pinto de Albuquerque no Caso *G.I.E.M. S.R.L. E Outros V. Itália*

Fernando César Costa Xavier[303]*

"O presente caso proporcionou uma excelente ocasião para a Corte caminhar contra esses fortes ventos reacionários e para defender o principal ativo do sistema europeu de proteção dos direitos humanos e a garantia fundamental do próprio sistema da Convenção, ou seja, a força vinculante das sentenças da Corte [...] o presente julgamento reflete o espírito da época" (Juiz Pinto de Albuquerque em G.I.E.M Srl. e outros v. Itália, pars. 60 e 61 de sua Opinião)

Introdução

Em junho de 2008, a Corte Europeia de Direitos Humanos (doravante "Corte" ou "Corte Europeia"), por sua Grande Câmara, julgou um conjunto de petições que alegavam que a Itália havia confiscado ilicitamente (ou, mais propriamente, inconvencionalmente) terrenos pertencentes às empresas Gruppo Imprenditori Edili Meridionali – G.I.E.M S.r.l.[304], Hotel Promotion Bureau S.r.l., RITA Sarda S.r.l., Falgest S.r.l. e ao empresário Fillipo Gironda.

Esses grupos empresariais haviam sido processados criminalmente pela prática de *construção urbana ilegal* (*unlawful site development*), em razão de haverem erguido empreendimentos imobiliários em violação à lei italiana que proíbe a concessão de licença para construir em áreas de interesse ambiental e paisagístico (nelas incluídas as áreas costeiras)[305]. O terreno de G.I.E.M S.r.l. localizava-se em Punta Perotti, na província de Bari; o de Hotel Promotion Bureau S.r.l. e RITA Sarda S.r.l., na costa do Golfo Aranci e Ólbia, na região da Sardenha; e o de Falgest S.r.l. e Fillipo Gironda, em copropriedade, em Pellaro, na província de Reggio Calabria.

Perante a Corte, os peticionários alegavam que a medida de confisco de seus terrenos, dotada de natureza punitiva, não poderia ter sido aplicada, uma vez que os processos criminais movidos contra eles haviam sido declarados prescritos. Conforme sustentaram, se não havia *condenação* – isto é, se eles não haviam sido declarados *formalmente* culpados –, não poderia o Estado ordenar o confisco dos seus imóveis em qualquer hipótese.

O julgamento do caso *G.I.E.M. Srl. e outros v. Itália* foi particularmente difícil, porque havia já precedentes julgados pela Corte contra a Itália, também sobre confisco de empreendimentos em áreas com restrição paisagística, que tinham precipitado uma queda de braço entre a Corte de Estrasburgo e a Corte Constitucional da República Italiana (doravante "Corte Constitucional")[306]. Temia-se que a decisão de condenar a Itália por violar direitos humanos dos peticionários, como veio a ocorrer[307], não fosse devidamente cumprida, em razão da postura refratária ao direito da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (doravante "Convenção") que a Corte Constitucional vinha esboçando nos últimos anos – principalmente a partir de 2015, com a publicação do seu Acórdão 49[308].

Para os fins deste artigo, são particularmente importantes algumas preocupações expressadas pelo juiz português da Corte, Paulo Pinto de Albuquerque, em seu voto parcialmente concordante e parcialmente dissidente. Sua Opinião poderia ser adequadamente lida, em última instância, como um libelo contra o fantasma do extremismo, do sectarismo e do populismo, que ronda a Europa e tem seduzido, em certa medida, até mesmo os tribunais de alguns países que poderiam ser considerados matrizes para a cultura europeia dos direitos humanos.

303 * Professor Associado do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Roraima e Professor Doutor Nível I da Universidade Estadual de Roraima. Doutor em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília e Doutorando em Sociologia e Direito pela Universidade Federal de Fluminense. Email: fxavier010@hotmail.com.

304 A sigla S.r.l significa *Società a responsabilità limitata*, isto é, Sociedade de responsabilidade limitada.

305 Cf. Lei 431, de 8 de agosto de 1985. Disponível em: www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1985/08/22/085U0431/sg.

306 Cf. *Varvara v. Itália*, julgado pela Corte e finalmente publicado em 24 de março de 2014. A sentença desse caso foi remetida à Corte Constitucional para um julgamento sobre legitimidade constitucional em via incidental. A Corte Constitucional adotou para o caso o Acórdão 49, de 14 de janeiro de 2015, no qual consignou o seguinte: "Nem sempre é imediatamente evidente se uma determinada interpretação das disposições da CEDH [Convenção Europeia] fez amadurecer em Estrasburgo uma adequada consolidação, sobretudo face a decisões destinadas a resolver casos muito peculiares e, em todo o caso, formadas em relação ao impacto produzido pela CEDH em outros sistemas jurídicos que não o italiano. [...] Os remetentes estão cientes de que a sentença Varvara, segundo a interpretação que lhe deram, não reflete nenhuma orientação consolidada da jurisprudência europeia e, de fato, pressupõe abertamente um poder inovador ao declarar a incompatibilidade com o art. 7º da CEDH de uma decisão de confisco adotada em uma sentença que apurou a responsabilidade pessoal do agente, mas não restou sendo uma sentença penal de condenação" (tradução livre). Disponível em: https://www.cortecostituzionale.it/ actionSchedaPronuncia.do?anno=2015&numero=49.

307 Na parte dispositiva da Sentença do caso *G.I.E.M.*, prolatada em 28 de junho de 2018, a Corte considerou, por maioria (quinze votos a dois), que havia sido violado o art. 7º da Convenção (princípio da legalidade ou da anterioridade da lei penal) em relação a todas as empresas peticionárias (mas não ao sr. Gironda); por unanimidade, que havia sido violado o art. 1º do Protocolo nº 1 da Convenção (proteção da propriedade) em relação a todos os peticionários; e, por maioria (dezesseis votos a um), que havia sido violado o art. 6º, § 2º, da Convenção (presunção de inocência) em relação ao sr. Gironda.

308 Ver nota 3.

1. A "Odisseia do Confisco" Italiana Na Corte De Estrasburgo

Primeiramente, é necessário entender a natureza da controvérsia judicial em torno da qual se formou o dissenso entre a Corte Europeia e a Corte Constitucional italiana, a qual o magistrado Ciro Angelillis (2019) chamou de "odisseia do confisco" na Itália. Esse dissenso tem a ver diretamente com a interpretação dos limites de uma certa política de "pan-penalização" – nas palavras de Pinto de Albuquerque – que o Estado italiano tem tentado levar adiante, usando o confisco de imóveis como uma ferramenta de política criminal. A seguir, são resumidos os aspectos mais importantes dos três casos emblemáticos sobre confisco contra a Itália, quer dizer, a "trilogia" da odisseia do confisco.

a) *Caso Sud Fondi*

Em *Sud Fondi Srl. e outros v. Itália*, sentenciado no início de 2009, as empresas Sud Fondi Srl., Mabar Srl. e Iema Srl. alegavam que o Estado italiano havia confiscado arbitrariamente seus imóveis, uma vez que o Tribunal de Cassação tinha absolvido os dirigentes dessas empresas no processo criminal aberto contra eles. Embora se tivesse comprovado que as empresas não observaram a legislação que proibia a obtenção de licenças para empreendimentos urbanos na costa de Punta Perotti, em Bari, a lei foi considerada demasiado complexa, de modo que o desconhecimento dela logrou ser considerado "inevitável e desculpável" (ECHR, 2009, par. 90).

Ao julgar o caso, a Segunda Seção da Corte Europeia reconheceu, à unanimidade, a existência de violações ao art. 7º da Convenção (princípio da legalidade ou da anterioridade da lei penal) e ao art. 1º do Protocolo nº 1 da Convenção (proteção da propriedade), e estipulou compensações equitativas a título de indenizações por despesas e danos imateriais suportados pelos peticionários.

A decisão em *Sud Fondi* foi bem aceita na Itália. O juiz Pinto de Albuquerque pontua, na sua Opinião apartada em G.I.E.M. (pars. 17 e 24), que o *Sud Fondi* representou um "legado indiscutível" ao estabelecer que o princípio da legalidade previsto na Convenção incluía como corolário a máxima *nulla poena sine culpa* [não há pena sem culpa, isto é, sem a comprovação prévia da culpabilidade do agente] (EHCR, 2018).

O Tribunal Constitucional, no Acórdão nº 239, de 24 de julho de 2009, determinou que a legislação italiana deveria ser interpretada em consonância com a Convenção, e que, de acordo com os princípios estabelecidos no julgamento de *Sud Fondi*, a medida de confisco não poderia ser automaticamente implementada nos casos de construção urbana ilegal sem que se certificasse a responsabilidade da parte acusada pelos fatos (ITÁLIA, 2009).

b) *Caso Varvara*

A odisseia do confisco – e a relação entre o direito constitucional italiano e o direito da Convenção – tomaram um novo rumo a partir do caso relativo à petição de Vincenzo Varvara, julgado pela Corte em 2013.

Na primeira metade de década de 80, Varvara havia apresentado um plano de construção habitacional para a administração da comuna de Cassano delle Murge, na região da Puglia (EHCR, 2014). O plano foi aprovado, e ele, Varvara, obteve as licenças necessárias para a edificação da construção, ainda que o terreno fosse contíguo à Foresta di Mercadante. Em 1994, o plano original precisou de um aditivo porque havia incluído na planta, inadvertidamente, uma área que abrangia um aqueduto (EHCR, 2014). No ano de 1998, o tribunal distrital de Acquaviva delle Fonti constatou que o aditivo ao plano não era apenas uma retificação do projeto de 1984, mas sim um novo plano de desenvolvimento urbano, o qual, no entanto, não respeitava as novas disposições legais sobre restrição paisagística que haviam entrado em vigor.

A licença concedida a Varvara foi cassada, e a investigação criminal, instaurada ainda em fevereiro de 1997, prosseguiu. Em maio de 2003, a Corte de Apelações de Bari condenou-o pelo delito de construção urbana ilegal, sob o fundamento de que a retificação do plano de urbanização que ele havia encaminhado constituía um novo plano, autônomo e contrário aos novos estatutos legais (EHCR, 2014).

O aspecto curioso neste caso é que, embora em fins de 2006 a Corte de Apelações de Bari tenha reconhecido a ocorrência da prescrição da pena aplicada a Vincenzo Varvara, ainda assim aplicou a jurisprudência da Corte de Cassação da Itália e considerou imperativo "ordenar o confisco em causa, independente do réu ter sido absolvido (porque *il fatto non sussiste*) ou de a ação ter prescrevido" (EHCR, 2014, par. 22), dando ênfase para o fato de que o plano de desenvolvimento urbano era objetivamente incompatível com as disposições vigentes sobre ordenamento urbano. Em outros termos, diferentemente de *Sud Fondi*, em *Varvara* o réu não foi absolvido quanto ao mérito, e sim escapou da condenação em razão do reconhecimento judicial de que o crime havia prescrevido. Nessa hipótese, a Corte de Apelações entendeu que caberia o confisco do imóvel irregularmente construído.

A decisão em Varvara, apoiada na jurisprudência da Corte de Cassação, fortaleceu a tese de *confisca urbanistica senza condanna* (confisco sem condenação em questões de construção urbana). De acordo com essa tese, se os elementos objetivos e subjetivos da responsabilidade já estiverem estabelecidos antes da decretação da prescrição, a responsabilidade/culpabilidade estaria provada "substantivamente", tornando-se assim legítimo o confisco. A condenação formal do acusado seria um critério irrelevante para a aplicação da medida.

Com o caso levado a Estrasburgo, a Corte Europeia reiterou o precedente fixado em *Sud Fondi* e considerou que a medida de confisco neste outro caso constituía uma penalidade e, como tal, afrontaria o art. 7º da Convenção (princípio da legalidade). Não seria coerente, para a Corte, que um tribunal decidisse arquivar uma acusação de construção urbana ilegal em razão da prescrição, mas, ao mesmo tempo, considerasse que a culpabilidade do acusado estaria estabelecida "substantivamente". Para Pinto de Albuquerque, a lógica de declarar a prescrição em benefício de um acusado, mas em seguida puni-lo com o confisco do seu bem, seria semelhante a uma "meia absolvição", algo como a *moitié acquitté* que existia na França medieval (ECHR, 2018).

Diferentemente de Sud Fondi, a recepção de *Varvara* no direito constitucional italiano gerou incômodo, apesar da ressalva feita pela Corte Europeia (e que o juiz Pinto de Albuquerque depois considerou "infeliz"): "É claro que os Estados Contratantes permanecem livres, em princípio, para aplicar o direito penal a um ato que não seja realizado dentro do exercício normal de um dos direitos protegidos pela Convenção" (EHCR, 2014, par. 70). À vista disso que parecia uma concessão por parte da Corte Europeia, a Corte Constitucional italiana, quando instada a se pronunciar sobre o caso, aproveitou a oportunidade para afirmar a supremacia axiológica da Constituição sobre a Convenção (ECHR, 2018).

No seu famoso Acórdão 49, de 2015, a Corte Constitucional considerou que Varvara representava um precedente não apenas inovador, mas também surpreendente, que não refletia, da parte da Corte Europeia, uma orientação jurisprudencial *bem consolidada*. Por isso mesmo, a Corte Constitucional considerou que os juízes comuns (singulares) da Itália poderiam não se sentir obrigados a cumprir a sentença da Corte Europeia (ECHR, 2018). E assim, sem deixar de reafirmar a natureza vinculativa das sentenças da Corte Europeia, a *Consulta*[309] passou a condicioná-la a certos critérios que apontassem para uma "jurisprudência consolidada" (VIGANÒ, 2015).

Do ponto de vista assumido pela Corte Constitucional, a jurisprudência da Corte Europeia sobre um determinado tema poderia ser considerada consolidada desde que não envolvesse um princípio considerado inovador (aferido pelo cotejo entre o novo julgado e os precedentes da Corte), opiniões dissidentes entre os juízes da Corte, o julgamento por uma Seção sem a confirmação da Grande Câmara, e uma sentença que parecesse desconsiderar as especificidades da ordem jurídica nacional (ITÁLIA, 2015).

309 "Consulta" ou "Palazzo della Consulta" são termos usados pelos italianos para se referirem à sua Corte Constitucional, que aludem ao prédio em que a Corte está sediada.

c) O caso G.I.E.M

Com a tensão preexistente entre a *Consulta* e a Corte de Estrasburgo, a sentença no caso *G.I.E.M*, prolatada em 28 de junho de 2018, foi tão cuidadosa quanto possível. Como resumido na Introdução, este terceiro caso dizia respeito a confiscos de imóveis de empresas e de um empresário individual, em que se reconheceu a prescrição das acusações criminais. Nesse sentido, ele se aproximava do precedente que havia sido fixado em Varvara, que pareceu à Itália inovador demais para ser considerado como jurisprudencialmente vinculante.

Mas cabia à Corte Europeia mostrar-se coerente, mantendo inalterada a orientação firmada em Varvara: a prescrição representa uma limitação aos poderes do Estado para investigar e punir os acusados, e não é possível que essa garantia seja respeitada se as acusações ainda puderem, mesmo após o reconhecimento da prescrição, ser investigadas para se chegar a avaliações "substantivas" de culpabilidade. A prescrição corresponderia, como garantia penal, ao "direito ao esquecimento" do cometimento da infração. Em todo caso, a Corte Europeia já tinha claro que esse direito ao esquecimento esbarrava na política criminal italiana de lutar contra a impunidade no caso dos crimes complexos imputáveis a conglomerados empresariais; e também sabia que a Corte Constitucional italiana parecia disposta a apoiar essa política criminal e impedir que o *diritto all'oblio* fosse assegurado.

Provavelmente para mostrar que, desta vez, o entendimento da Corte Europeia se apoiava em critérios próprios de uma jurisprudência bem consolidada, o caso *G.I.E.M.* foi julgado pela Grande Câmara da Corte, e não pela Segunda Seção ou outra. Contudo, de outra parte, a sentença da Corte expunha mais divergências do que fora registrado em Varvara; ela continha Opiniões com fundamentos os mais diversos[310].

Uma dessas Opiniões foi a do juiz Pinto de Albuquerque, que decidiu apresentar um voto em apartado, parcialmente concordante e parcialmente dissidente, por três motivos expressos: (1) ele considerava que a Corte Constitucional italiana não havia interpretado adequadamente o caso Varvara; (2) ele acreditava que devia uma explicação adicional sobre por que havia considerado violado o princípio da legalidade (art. 7º da Convenção) para o caso de Fillipo Gironda, mas não para a situação de Vincenzo Varvara; e (3) ele supunha que era importante expor a tensão estabelecida entre a Corte Constitucional italiana e a Corte Europeia após o Acórdão 49/2015, sobretudo porque essa tensão poderia afetar "diretamente o funcionamento da jurisprudência da Corte na Itália e [...]

310 Houve uma Opinião concordante da juíza romena Iulia Motoc; uma Opinião conjunta, parcialmente divergente e parcialmente concordante, do juiz islandês Robert Spano e do juiz belga Paul Lemmens; uma Opinião conjunta, parcialmente divergente, do juiz húngaro András Sajó, da juíza turca Ayşe Karakaş, do juiz português Pinto de Albuquerque, da juíza suíça Helen Keller, do juiz bósnio Faris Vehabović, do juiz lituano Egidijus Kūris e do juiz búlgaro Yonko Grozev; e, por fim, uma Opinião, parcialmente concordante e parcialmente divergente, exclusiva do juiz português Pinto de Albuquerque.

influenciar decisivamente outros tribunais constitucionais e supremos na forma como aplicam a Convenção em suas próprias jurisdições" (ECHR, 2018, par. 2).

A despeito dessas Opiniões apartadas, que em alguns casos concorriam entre si, os juízes de Estrasburgo pareciam preocupados em mostrar, principalmente para a Corte Constitucional italiana, que suas decisões não eram atomistas, simplistas ou lineares, voltadas somente para casos adstritos a circunstâncias individualizadas e contextos específicos. Ao contrário, alguns deles pareciam especialmente preocupados em exibir coerência argumentativa e disposição para o diálogo interinstitucional (MOTOC; MARKOS, 2019). Isso não impediu que *G.I.E.M. Srl. e outros v. Itália* se transformasse em uma espécie de "Roma v. Estrasburgo".

2. A *Giudice Costituzionale* em Face do Direito da Convenção: Pervertendo a Doutrina da Margem de Apreciação

Em sua Opinião apartada em G.I.E.M., Pinto de Albuquerque se reporta ao entendimento que por décadas foi incontroverso na *Consulta*: o de que a Convenção Europeia, que havia sido internalizada na Itália através de uma lei (Lei n. 848, de 4 de agosto de 1955), teria ela própria um *status* legal. Em razão disso, a Convenção durante muito tempo teve pouco peso na ordem jurídica italiana. O processo pelo qual ela passou a ser considerada uma fonte normativa com primazia sobre a lei, sendo paulatinamente aplicada pelos juízes ordinários em casos de conflito com a legislação doméstica, foi lento e gradual. Em 2001, uma emenda à Constituição italiana recordando o compromisso com a observância das obrigações internacionais, forçou os legisladores e juízes a dar mais atenção ao direito da Convenção.

Mas foram dois pares de acórdãos que, a partir de 2007, fizeram com que a Convenção fosse alçada a um novo patamar. Nesse ano, com os Acórdãos 347 e 348 da Corte Constitucional – conhecidos como os primeiros "acórdãos gêmeos" (*sentenze gemelle*) –, sedimentou-se a interpretação de que a Convenção Europeia era um tratado que, embora não limitasse a soberania dos Estados-parte, deveria ser preferencialmente aplicada pelos juízes nacionais. A Convenção, todavia, mantinha-se hierarquicamente inferior à Constituição, e, portanto, sujeita ao estrito controle por parte da Corte Constitucional. Por essa interpretação, os cidadãos italianos ficavam privados da proteção direta conferida pela Convenção, à medida que ela, ampliando a sua envergadura, passava a ser vista como uma fonte jurídica externa que colocava em risco a unidade da Constituição.

Esses acórdãos foram contestados e revisados, dando lugar aos "segundos acórdãos gêmeos" – os Acórdãos 311 e 317, ambos de 2009. Embora estes acórdãos sejam considerados mais "refinados", eles, no fundo, mantiveram a aversão à tese de supremacia do direito da Convenção sobre o direito interno. Os segundos acórdãos até admitiram que a Convenção seria substantivamente articulada à Constituição (isto é, o direito da Convenção seria "para-constitucional"), porém, ainda assim, consideraram que o direito convencional mantinha-se sujeito ao estrito controle revisional do *Palazzo dela Consulta*.

Para além disso, esses segundos acórdãos criaram uma perigosa confusão em torno da doutrina da margem de apreciação nacional. A margem de apreciação é referida tanto no Acórdão 317 (par. 7) quanto no Acórdão 311 (par. 9), embora as menções em um e outro tenham um significado bem distinto: "Se a [menção] do acórdão n. 311 se refere apenas à jurisprudência da Corte sobre interpretação em certos domínios sociais, a do acórdão n. 317 é diferente, uma vez que finge que há margem de apreciação para os Estados ao implementar as sentenças da Corte"[311]. Não se trataria, portanto, de uma genuína margem de apreciação, em que a Corte Europeia se abstém de apreciar casos polêmicos dos Estados-partes, reservando a eles a tutela dos direitos humanos em jogo (RAMOS, 2013), e sim de uma situação distinta, em que a Corte Constitucional se considera habilitada a modular os efeitos jurídicos de um acórdão da Corte Europeia na ordem jurídica interna. Para Pinto de Albuquerque (EHCR, 2018, par. 10), nesse momento já estavam plantadas as "sementes da discórdia" entre o *Palazzo della Consulta* e Estrasburgo.

É justamente essa versão deturpada da doutrina da margem de apreciação que, no julgamento em torno das sentenças da Corte Europeia sobre os casos de confisco urbano sem condenação formal, permitirá que a *Consulta* defenda retoricamente que o Estado italiano não estaria vinculado a qualquer fluxo descontínuo da jurisprudência de Estrasburgo. A Corte Constitucional, no âmbito da "margem de apreciação" que reconheceu para si, fez parecer que, em Varvara, a Corte Europeia "tinha em mente" que a noção de "condenação" contida no art. 7º da Convenção não seria *formal* (isto é, uma declaração formal de culpa), e sim *substancial*. Entretanto, contrastando essa interpretação, é certo que a Corte Europeia tem uma jurisprudência bem estabelecida no sentido de que não se poderia falar em condenação (ou absolvição) nos casos em que o processo criminal seja arquivado pelo promotor público – como ocorreu, p. ex. nos caso *Smirnova e Smirnova v. Rússia* (2002), *Harutyunyan v. Armenia* (2006) e *Margus v. Croácia* (2014).

O custo dessa divergência interpretativa em torno da noção de condenação e, por conseguinte, da possibilidade de confisco sem condenação por imóvel construído ilegalmente, não apenas põe em rota de colisão o direito convencional europeu e o direito constitucional italiano, como também permite entrever a política de "pan-penalização" que estaria em curso na Itália. Essa política é alvo de críticas incisivas de Pinto de Albuquerque.

311 Par. 11, nota 31, da Opinião parcialmente concordante e parcialmente dissidente do juiz Pinto de Albuquerque.

3. Pinto de Albuquerque *Versus* a "Pan-Penalização"

Ainda em seu voto apartado, Pinto de Albuquerque pressupõe, corretamente, que a Itália teria instrumentalização da justiça penal, impondo-lhe uma racionalidade orientada para fins de política administrativa. A tese de "condenação substancial" estaria sendo usada pelos tribunais italianos com o objetivo de evitar a impunidade dos crimes de construção urbana ilegal. Ao convalidá-la, a Corte Constitucional estaria se afastando da Constituição e dos valores por ela protegidos. O juiz português chega a citar, nesse ponto, as noções weberianas de *racionalidade orientada por valores* (*Wertrationalität*) e *racionalidade orientada por fins* (*Zweckrationalität*), para afirmar que os juízes, sejam eles internacionais ou nacionais, devem sempre buscar a primeira, e não a segunda, que pertenceria ao domínio da política.

De fato, é pertinente a preocupação dos italianos em relação ao quadro de impunidade de empresários que, levantando edificações em terrenos proibidos, conseguem escapar de condenações criminais em virtude da combinação da demora processual na apuração de delitos complexos (que envolvem a produção de provas periciais) e dos prazos de prescrição relativamente curtos para esses delitos. Não apenas a condenação é afastada com a prescrição, mas também os terrenos urbanos ilegalmente edificados nas áreas protegidas, no fim das contas, permanecem com as empresas.

Porém, como acertadamente conclui Pinto de Albuquerque, não se pode admitir que a proteção do meio ambiente ou outros propósitos constitucionais sejam invocados para se justificar a medida de confisco a um caso de construção urbana ilegal sem condenação ou com o crime prescrito. A prescrição corresponderia a uma garantia também assegurada pela Constituição. Uma declaração de responsabilidade ou de culpabilidade "substantiva", como pretendido pela Corte Constitucional, para validar a medida de *confisca senza condanna*, além de constituir uma interpretação *in malam partem*, violaria de forma flagrante os princípios da presunção de inocência e da proporcionalidade. Somente o veredito formal de culpabilidade, enquanto requisito indispensável para se aplicar uma penalidade em qualquer hipótese, poderia evitar uma incontornável falta de segurança jurídica.

No par. 27 de sua Opinião apartada, Pinto de Albuquerque faz uma crítica enfática à utilização indevida do direito penal pelo Judiciário, em substituição aos instrumentos próprios da política administrativa pelo Estado italiano:

> [...] ao aplicar a *confisca urbanistica senza condanna* (confisco sem condenação em questões de construção urbana), o juiz procura combater a inércia e a conivência da administração local com a construção urbana ilegal. Em outras palavras, o sistema de justiça criminal exerce funções administrativas. Como questão de direito constitucional, é claro que a transformação do juiz penal em um órgão subsidiário (*di supplenza*) da administração é incompatível com o princípio da separação de poderes. Esta mistura das duas funções distintas, a do judiciário e a da administração, é uma instrumentalização indevida do sistema de justiça penal para fins de política puramente administrativa, refletindo uma política de pan-penalização perseguida pelo Estado italiano. Portanto, é a atual escolha política do Estado italiano, confirmada pelo Acórdão da Corte Constitucional nº 49/2015, que pode ser censurada como contrária ao princípio de subsidiariedade do direito penal, e não o Acórdão *Varvara* (EHCR, 2018).

Com um tom corajoso, ele também acusa de contraditórios alguns de seus colegas juízes da Corte que pareciam interessados em querer salvar o confisco sem condenação aplicado contra o peticionário Fillipo Gironda, ao considerarem violado, em desfavor dele, o direito à presunção de inocência (art. 6º, § 2º, da Convenção), mas não o seu direito de não receber uma pena sem que a sua culpabilidade tivesse sido formalmente declarada, conforme o art. 7º da Convenção. Como ele observa, "no final das contas, a *confisca urbanistica senza condanna* não é salva, pois viola sempre a presunção de inocência, como reconhece, quase unanimemente, a Grande Câmara" (EHCR, 2018, par. 63).

A jurisprudência da Corte Europeia muitas vezes enfatizou o caráter subsidiário do direito penal e combateu a sua tendência de hipertrofia, de modo que garantias como a presunção de inocência seriam muito caras para Estrasburgo. No início da década de 2010, o diálogo judicial entre a Corte Europeia e tribunais nacionais parecia promissor, inclusive em casos envolvendo provas criminais e garantias de um processo penal justo (VOGLER, 2013). Entretanto, nos últimos anos, esse diálogo transjudicial foi se tornando difícil em muitos casos. Pinto de Albuquerque especula que a pan-penalização e a desconfiança em relação a Estrasburgo, no contexto italiano, seriam produto de uma crescente radicalização política na Europa. Partidos extremistas e movimentos populistas estariam na base de uma retórica agressiva contra a Corte Europeia, a quem acusam de proteger terroristas, pedófilos e criminosos em geral. Vista como uma ameaça à autonomia política local, a Corte é criticada por supostamente se preocupar mais com os migrantes e as minorias étnicas e religiosas do que com o trabalhador comum nacional (EHCR, 2018).

Nesse contexto de renascimento de ideologias reacionárias, o *acquis civilizacional* (isto é, o acervo adquirido pela comunidade europeia das nações e representado pelas entidades supranacionais comprometidas com os direitos humanos) estaria em xeque. A tentação de vilanizar a Corte Europeia e o direito internacional dos direitos humanos, e imputar a eles a responsabilidade pelo caos social e político, teria, inclusive, afetado "o discurso, se não os corações, dos mais altos representantes judiciais em alguns países" (EHCR, 2018, par. 60).

O cenário que Pinto de Albuquerque descreve para a Europa atual, cada vez mais descompromissada do legado cultural dos direitos humanos, em que ganha terreno um direito penal orientado pela eficiência, não é tão distinto daquele das Américas. É verdade que os órgãos do sistema interamericano de direitos humanos têm um peso institucional muito aquém daquele conquistado pelo sistema de direitos humanos do Conselho da Europa, e isso graças, a propósito, à força incomparável da cultura europeia de direitos humanos – que justamente se supunha inabalável.

Na verdade, em várias regiões do globo, há persistentes situações de violação de direitos humanos, que sacrificam a vida e as oportunidades de pessoas marginalizadas, perseguidas, excluídas, desprezadas, desfavorecidas e "de todos os

filhos de um Deus menor deixados para trás por governos e tribunais domésticos" (EHCR, 2018, par. 64).

À vista disso, o papel progressista e de resistência contramajoritária dos sistemas internacionais de direitos humanos deve estar acima de qualquer objeção. Eles não são ameaças às ordens constitucionais dos Estados, mas antes os pilares de um constitucionalismo multinível que enfrenta atualmente uma crise sem precedentes. E os Estados europeus têm um desafio nessa crise: assumir que seus sistemas constitucionais devem não apenas ser sensíveis à Convenção Europeia, mas, mais do que isso, devem estar orientados pelos valores nela contidos. O que convém proteger não é tanto a unidade da Constituição, mas a unidade dos direitos fundamentais e humanos – uma *"reductio ad unitatem*", como diria Pinto de Albuquerque (EHCR, 2018, par. 79). Há, porém, uma linha Maginot[312] a ser transposta para se alcançar isso.

Considerações Finais

Na última década, a Corte Europeia de Direitos Humanos julgou alguns casos contra a Itália que diziam respeito a confiscos de construções imobiliárias de propriedade de empresas e empresários, que teriam sido edificados em áreas do território italiano protegidas por leis ambientais e paisagísticas. Esses casos – Sud Fondi (2009), Varvara (2014) e G.I.E.M (2018) – compuseram o que se convencionou chamar de "odisseia do confisco" italiana.

O modo como esses casos foram recepcionados pela jurisdição constitucional da Itália expôs a crescente tensão entre a Corte Europeia e o *Palazzo dela Consulta*. Os acórdãos gêmeos da Corte Constitucional – Acórdãos 347 e 348, de 2007; e Acórdãos 311 e 317, de 2009 – deixaram claro que a ordem constitucional italiana, embora respeitando o sistema europeu de direitos humanos, não estava disposta a aceitar subordinar-se ao direito da Convenção. Em razão disso, os juízes constitucionais de Roma reconheceram para si mesmos, quando conveniente, um direito de adaptar e ajustar aos propósitos nacionais as sentenças da Corte Europeia, a partir de uma versão distorcida da doutrina da margem de apreciação.

Interpretando livremente os precedentes de Estrasburgo (principalmente o caso Varvara), a Corte Constitucional passou a considerar que as situações de confisco urbano seriam legítimas mesmo nos casos em que os acusados de construção ilegal escapassem da condenação pela ocorrência da prescrição dos crimes. Bastaria, conforme entendeu a Corte, que, antes de prescrever o crime, a culpabilidade estivesse estabelecida "substantivamente" no processo criminal, sendo prescindível uma sentença contendo uma declaração formal de culpa.

312 A linha Maginot foi um conjunto de fortificações construídas pela França, entre os anos de 1930 e 1936, ao longo de parte de sua fronteira com a Alemanha e a Itália, com objetivos de defesa contra a ameaça representada por estes países. Essa linha é referida metaforicamente pelo juiz Pinto de Albuquerque como um "limite defensivo" entre o direito do Conselho da Europa e o direito da União Europeia, mas também serviria, talvez muito mais propriamente, para ilustrar a tensão que se estabeleceu entre Roma, onde está situado o Palazzo della Consulta, sede da Corte Constitucional da República Italiana, e Estrasburgo, na França, onde está a sede da Corte Europeia de Direitos Humanos.

No julgamento de *G.I.EM. e outros v. Itália*, ficou claro para a Corte Europeia que o pano de fundo dos casos sobre confisco sem condenação formal remetia a uma política deliberada de utilização do retributivismo do direito penal para combater a impunidade de crimes complexos, a exemplo do crime de construção urbana ilegal. Nesse julgamento, o juiz português Pinto de Albuquerque assumiu uma postura destemida e optou por apresentar uma longa Opinião em separado, aduzindo que a posição refratária da Corte Constitucional, somada à política do pan-penalização do Estado italiano, deveriam ser vistos como o reflexo do espírito da época que a Europa vive. A ascensão de tendências extremistas e populistas poderia explicar, ao menos em parte, porque a Corte Europeia, a Convenção e todo o legado dos direitos humanos de matriz europeia estariam hoje sob ataque.

Referências

ANGELILLIS, Ciro. Da 'Sud fondi' a 'Giem', passando per 'Varvara': continua l'odissea della confisca urbanística. *Giustizia Insieme*, n. 313, presso il Tribunale di Roma (ISBN 978-88-548-2217-7), set. 2019.

EHCR. Grand Chamber. *G.I.E.M S.r.l. and others v. Italy*. Judgment (Merits). 28 jun. 2018. Disponível em: https://www.dirittocomparati.it/wp-content/uploads/2018/06/CASE-OF-G.I.E.M.-S.R.L.-AND-OTHERS-v.-ITALY.pdf.

EHCR. Second Section. *Sudi Fondi S.r.l. e alter 2 c. Italia*. Sentenza. 20 jan. 2009. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-146321

EHCR. Second Section. *Varvara v. Italy.* Judgment (Merits). 24 mar. 2014. http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-128094

ITALIA. La corte constituzionale. *Sentenza n. 239, anno 2009*. 16 jul. 2009. Disponível em: https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno= 2009&numero=239

ITALIA. La corte constituzionale. *Sentenza n. 49, anno 2015*. 14 jan. 2015. Disponível em: https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno= 2015&numero=49

MOTOC, Iulia; MARKOS. The *Dialogue Between the ECHR and the Italian Constitutional Court : The Saga of " GIEM and Others v Italy*. In: Sicilianos, L-A; Chenal, R.; Motoc, Iulia A; Spano, R. (eds.). *Intersecting Views on National and International Human Rights Protection:* Liber Amicorum Guido Raimondi. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

VIGANÒ, Francesco. La Consulta e la Tela di Penelope: Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione. *Diritto penale contemporâneo*, vol. 2, 2015.

VOGLER, Richard. Criminal Evidence and Respect for Fair Trial Guarantees in the Dialogue Between the European Court of Human Rights and National Courts. In: Ruggeri S. (eds). *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*. Springer, Cham, 2013.

Vallianatos e Outros V. Grécia

Opinião Parcialmente Concorrente e Parcialmente Dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque

O interesse particular do caso *Vallianatos e Outros* é que a Grande Câmara realize uma revisão abstrata da "convencionalidade" de uma lei grega, enquanto atua como um tribunal de primeira instância[313]. A Grande Câmara não só analisa o cumprimento da Convenção de uma lei que não foi aplicada aos requerentes, mas também o faz sem o benefício de um exame prévio dessa mesma legislação pelos tribunais nacionais. Em outras palavras, a Grande Câmara se investe com o poder de examinar *in abstracto* a conformidade das leis em relação à Convenção sem qualquer revisão judicial nacional prévia.

Concordo com a maioria em considerar o pedido apresentado pela associação Synthessi - Information, Awareness-raising and Research, uma entidade jurídica com sede em Atenas, inadmissível por falta de status de vítima. Concordo também em considerar inadmissível a queixa dos outros requerentes, nos termos do artigo 13, como sendo manifestamente infundada. Mas discordo com relação à queixa de violação do art. 14 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos ("a Convenção"), tomada em conjunto com o art. 8, que considero inadmissível pelo não esgotamento de recursos internos. Embora os requerentes individuais tivessem uma reclamação discutível, eles não tentaram sequer apresentar sua reclamação perante os tribunais nacionais, como poderiam ter feito. Nenhuma oportunidade foi dada às autoridades nacionais para tratar a reclamação dos requerentes a nível nacional. Em síntese, o cerne do princípio da subsidiariedade foi desrespeitado.

Vítima em potencial e revisão abstrata da conformidade das leis em relação a Convenção

O mecanismo europeu de proteção dos direitos humanos não permite, em princípio, uma revisão abstrata da compatiblidade das leis nacionais[314] em

313 1. A revisão abstrata da "convencionalidade" é a revisão da compatibilidade de uma lei nacional com a Convenção, independentemente de um caso específico onde esta lei tenha sido aplicada (para o uso da palavra "convencionalidade", ver *Michaud v. França* 37387/05, no. 12323/11, § 73, CtEDH2012; para o termo em francês "*conventionnalité*", ver *Vassis e Outros v. França* n. 62736/09, § 36, 27 Junho 2013; *Kanagaratnam v. Bélgica*, n. 15297/09, § 75, 13 December 2011; *Duda v. França* (dec.), n. 37387/05, 17 de março de 2009; e *Kart v. Turquia*, n. 8917/05, § 83, 8 de julho de 2008).

314 2. Isto é verdade somente para queixas individuais (ver, por exemplo, De Wilde, Ooms e Versyp v. Bélgica, 18 de junho de 1971, § 22, Série A n. 12; Findlay v. Reino Unido, 25 de fevereiro de 1997, § 67, Relatórios de Sentenças e Decisões 1997-I; e Von Hannover v. Alemanha (n. 2) [GC], n. 40660/08 e 60641/08, § 116, CtEDH2012). Em casos interestatais, um Estado pode contestar uma disposição legal *in abstracto*, já que o art. 33 da Convenção permite que um Estado Parte se refira a "qualquer suposta violação" das disposições da Convenção por outro Estado Parte (ver *Irlanda v. Reino Unido*, 18 de janeiro de 1978), § 240, Série A n. 25, e *Chipre v. Turquia* [GC], n. 25781/94, § 358, CtEDH2001-IV).

referência a Convenção e muito menos uma *actio popularis* contra a legislação[315]. Portanto, um requerente perante a Corte Europeia de Direitos Humanos ("a Corte") deve ser capaz de alegar ser, ter sido ou tornar-se no futuro vítima de um ato estatal, mesmo quando não foi, não é e não será pessoalmente visado por esse ato[316]. Entretanto, um indivíduo pode alegar que uma lei viola seus direitos quando, na ausência de qualquer medida específica de implementação em seu respeito, se configure um risco real de que ele ou ela seja pessoalmente afetado pela referida lei. A Corte estabeleceu as categorias de pessoas em risco: aquelas que têm que modificar sua conduta, sob pena de ação penal[317], e aquelas que são membros de uma classe de pessoas que correm o risco de serem diretamente afetadas pela legislação, seja ela ordinária[318] ou constitucional[319]. Estas duas categorias de pessoas, que podem ser tão amplas quanto incluir, por exemplo, "todos os usuários ou potenciais usuários dos serviços postais e de telecomunicações"[320], "filhos ilegítimos"[321], "mulheres em idade fértil"[322] ou pessoas de origem roma e judaica[323], são conhecidas como vítimas em potencial[324].

No caso em questão, os candidatos individuais argumentam que pertencem a um grupo de pessoas com base em uma característica identificável (casais não casados do mesmo sexo) que não se beneficia da proteção legal oferecida por uma lei específica a outro grupo de pessoas em uma situação factual semelhante (casais não casados, de sexo diferente). Sua alegação não é diferente da requerente Alexandra no caso seminal de *Marckx v. Bélgica*, na medida em que

315 . Uma *actio popularis* é uma ação movida por uma pessoa qualquer que age unicamente no interesse da ordem pública e não pretende ter sido, ser ou tornar-se no futuro vítima da lei impugnada ou de outro ato estatal (ver, entre outras autoridades, *Tănase v. Moldávia* [GC], n. 7/08, § 104, CtEDH 2010, e *X e Outros v. Áustria* [GC], n. 19010/07, § 126, CtEDH2013).

316 Neste último caso, o requerente também deve poder alegar que ele ou ela pertence a um grupo de pessoas ao qual o ato estatal é dirigido (*Aksu v. Turquia* [GC], n. 4149/04 e 41029/04, § 50, CtEDH 2012). O vínculo com o grupo abrangido pelo ato estatal deve existir no momento material e no momento da apresentação da queixa perante o Tribunal.

317 Ver *Dudgeon v. Reino Unido*, 22 de outubro de 1981, § 41, Série A n. 45; *Norris v. Irlanda*, 26 de outubro de 1988, § 32, Série A n. 142; e *S.L. v. Áustria*, n. 45330/99, CtEDH 2003-I.

318 *Marckx v. Bélgica*, 13 de junho de 1979, § 27, Série A n. 31; *Johnston e Outros v. Irlanda*, 18 de dezembro de 1986, § 42, Série A n. 112; e *Burden v. Reino Unido* [GC], n. 13378/05, §§ 33-34, CtEDH 2008.

319 *Sejdić e Finci v. Bósnia e Herzegovina* [GC], n. 27996/06 e 34836/06, §§ 28-29, CtEDH 2009.

320 *Klass e Outros v. Alemanha*, 6 de setembro de 1978, §§ 34-37, Série A n. 28.

321 *Marckx*, citado acima, §§ 44-48.

322 *Open Door e Dublin Well Woman v. Ireland*, 29 de outubro de 1992, § 44, Série A 246-A.

323 *Sejdić e Finci*, citado acima, § 45.

324 Há um terceiro grupo de vítimas potenciais: aquelas que ainda não foram vítimas de uma violação da Convenção, mas serão se o ato estatal impugnado for executado (por exemplo, uma ordem de expulsão). Vítimas potenciais não devem ser confundidas com vítimas indiretas, um termo que se refere a pessoas que sofreram consequências negativas indiretas de um ato ou omissão do Estado, como a esposa e os filhos de um homem ilegalmente morto por funcionários do Estado.

ela argumentou que pertencia a um grupo de pessoas baseado em uma característica identificável (filhos nascidos fora do matrimônio) que não se beneficiava da proteção legal oferecida pelo Código Civil belga a outro grupo de pessoas (filhos nascidos dentro do matrimônio)[325]. O princípio de admissibilidade estabelecido em *Marckx* também é válido para o presente caso. Em outras palavras, quando uma lei ou regulamento confere um direito da Convenção somente a um grupo de pessoas com base em uma característica identificável desse grupo, por implicação privando outro grupo de pessoas na mesma situação ou situação similar do gozo do referido direito sem qualquer justificação objetiva, a conformidade da Convenção com essa lei ou regulamento pode ser revista *in abstracto* pela Corte com base em uma queixa apresentada por qualquer membro do grupo de pessoas não beneficiadas[326]. A mesma conclusão é válida para uma lei ou regulamento que proíbe ou restringe explicitamente o gozo de um direito da Convenção por um grupo de pessoas com base em uma característica identificável desse grupo, tratando-o de forma diferente de outro grupo de pessoas na mesma situação ou situação semelhante sem qualquer justificação objetiva (discriminação direta)[327], e para uma lei ou regulamento que trata de forma idêntica grupos de pessoas em situações diferentes sem qualquer justificação objetiva (discriminação indireta)[328]. Em ambos os casos, os membros do grupo de pessoas privadas do pleno gozo do direito da Convenção podem contestar essa lei ou regulamento perante a Corte, independentemente de qualquer ato de implementação. *A fortiori*, qualquer lei ou regulamento discriminatório que vise pessoas identificadas ou claramente identificáveis também pode ser contestado por essas pessoas perante a Corte independentemente de qualquer ato de implementação (discriminação *intuitu personae*). Finalmente, todas as conclusões acima se aplicam de forma semelhante aos direitos que, embora não especificamente previstos pela Convenção, se enquadram no âmbito de um direito da Convenção, mesmo que não tenha havido violação do próprio direito substantivo.

325 Ver *Marckx*, citado acima, § 27.

326 Ibid., § 27, e, mais recentemente, *Sejdić e Finci*, citados acima, §§ 28-29.

327 Ver *S.L. v. Áustria* (dec.), no. 45330/99, 22 de novembro de 2001, e a jurisprudência aí citada.

328 Ver *D.H. e Outros v. República Tcheca* [GC], n. 57325/00, § 184, CtEDH 2007-IV. Inversamente, uma lei ou regulamento que prevê medidas afirmativas quando estas medidas são essenciais para pôr fim ou atenuar a discriminação *de facto* no gozo de um direito da Convenção por um grupo de pessoas desfavorecidas com base numa característica identificável também pode ser submetida *in abstracto* ao escrutínio da Corte (ver *Stec e Outros v. Reino Unido* [GC], n. 65731/01 e 65900/01, §§ 61 e 66, CtEDH 2006-VI, e *Wintersberger v. Áustria* (dec.), n. 57448/00, 27 de maio de 2003). Como o direito de não ser discriminado no gozo dos direitos garantidos pela Convenção também é violado quando os Estados deixam de tratar diferentemente pessoas cujas situações são significativamente diferentes, uma lei ou regulamento que não preveja medidas afirmativas quando estas forem justificadas por uma situação de desigualdade factual de um grupo de pessoas com base em uma característica identificável também pode ser contestada perante a Corte, independentemente de qualquer ato de implementação anterior. A situação inversa de uma lei ou regulamento que traz igualdade através do "nivelamento por baixo" do gozo de um direito da Convenção por um grupo privilegiado de pessoas com uma característica identificável em comparação com outro grupo desfavorecido também se enquadra no escopo da revisão da Corte *in abstracto* (ver *Runkee e White v. Reino Unido*, n. 42949/98 e 53134/99), §§ 40-43, 10 de maio de 2007).

Sendo assim, todos os candidatos, exceto um, poderiam alegar ser vítimas potenciais no sentido já mencionado. Em contraste, a queixa da associação Synthessi - Information, Awareness-raising and Research não se baseia em nenhum risco de dano pessoal ao requerente, que não pode, portanto, ser considerado uma vítima potencial.

Não esgotamento dos remédios nacionais contra leis discriminatórias

Sendo mais do que um simples acordo multilateral sobre obrigações recíprocas dos Estados Partes, a Convenção cria obrigações para os Estados Partes em relação a todos os indivíduos dentro de sua jurisdição, com vistas à implementação prática dos direitos e liberdades protegidos na ordem jurídica interna dos Estados Partes[329]. Portanto, os Estados Partes na Convenção são legalmente obrigados a não impedir de forma alguma o exercício efetivo do direito de aplicação individual e a fazer as modificações necessárias em seus sistemas jurídicos internos para garantir pleno exercício do direito de aplicação individual das obrigações que lhes incumbem[330]. Vistas de outra perspectiva, estas são as conseqüências do princípio da boa fé no cumprimento das obrigações decorrentes dos tratados, previstas nos artigos 26 e 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Embora o art. 13 da Convenção não imponha, em princípio, a existência de um recurso pelo qual a compatibilidade das leis com a Convenção seja ana-

329 A Corte Internacional de Justiça excluiu explicitamente a noção de obrigações recíprocas em relação aos tratados de direitos humanos (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, *ICJ Reports* 1951, p. 23, seguidas por *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, *ICJ Reports* 1964, p. 32, e *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Preliminary Objections, Judgment, *ICJ Reports* 1996, p. 20), após o Tribunal Permanente de Justiça Internacional ter admitido que "o próprio objeto de um acordo internacional, de acordo com a intenção das partes contratantes, pode ser a adoção pelas partes de algumas regras definidas que criem direitos e obrigações individuais e que possam ser aplicadas pelos tribunais nacionais" (*Jurisdiction of the Courts of Danzig*, Advisory Opinion, 1928, PCIJ, Series B,n. 15, 3 March 1928, p. 17). A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Parecer Consultivo n. OC-2/82, 24 de setembro de 1982, sobre o efeito das reservas à entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos, § 29) e o Comitê de Direitos Humanos (CCPR General Comment n. 24: *Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant*, 4 November 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, § 17) expressou a mesma opinião. Inicialmente, a antiga Comissão, em sua decisão de 11 de janeiro de 1961, no caso da Áustria *v. Itália* (n. 788/60, Anuário 4, pp. 166-68), expressou o mesmo princípio quando afirmou o "caráter objetivo" da Convenção ("... as obrigações assumidas pelas Altas Partes Contratantes na Convenção são essencialmente de caráter objetivo, sendo concebidas mais para proteger os direitos fundamentais dos seres humanos individuais contra violações por qualquer uma das Altas Partes Contratantes do que para criar direitos subjetivos e recíprocos para as próprias Altas Partes Contratantes"). A Corte aderiu a esta doutrina na *Irlanda v. Reino Unido*, citada acima, § 239).

330 Este princípio geral do direito internacional, que foi considerado "evidente por si mesmo" em *Exchange of Greek and Turkish Populations*, Advisory Opinion, 1925, PCIJ, Série B, n. 10 (21 de fevereiro de 1925), p. 20, foi descrito pelo Tribunal em *Maestri v. Itália* ([GC], n. 39748/98, § 47, CtEDH 2004-I) nestes termos: "... decorre da Convenção, e do art. 1º em particular, que ao ratificar a Convenção os Estados contratantes se comprometem a assegurar que sua legislação interna seja compatível com a mesma. Consequentemente, cabe ao Estado requerido remover quaisquer obstáculos em seu sistema jurídico interno que possam impedir que a situação do requerente seja adequadamente corrigida".

lisada pelos tribunais nacionais[331], quando a suposta violação de um direito da Convenção repousa em uma lei ou regulamento discriminatório que afete diretamente o requerente ou o grupo de pessoas ao qual o requerente pertence, um recurso efetivo deve ser previsto dentro do sistema jurídico nacional permitindo que tal lei ou regulamento seja contestado[332]. Caso contrário, nenhuma proteção legal do direito da Convenção seria concedida pela Parte Contratante às pessoas sob sua jurisdição e o acesso direto à Corte seria a única via legal disponível. Este não é o caso na Grécia.

A Grécia tem um sistema de revisão difusa, concreta, sucessiva e incidental da constitucionalidade e do cumprimento das leis da Convenção[333], e este sistema é eficaz. Na verdade, os tribunais gregos declararam várias disposições de leis ordinárias inconstitucionais ou que violam a Convenção[334]. Em seu acórdão nº 3/2012, o Tribunal de Cassação Grego (Plenária) estabeleceu que decorre do artigo 12 § 1 da Constituição e do artigo 11 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos que os indivíduos em serviço das forças armadas tinham o direito à liberdade de associação e que a Corte de Apelação ao considerar que as disposições do artigo 30 da Lei

331 Ver *James e Outros v. Reino Unido*, 21 de fevereiro de 1986, § 85, Série A n. 98; *Roche v. Reino Unido* [GC], n. 32555/96, § 137, CtEDH 2005-X; e *Paksas v. Lituânia* [GC], n. 34932/04, § 114, CtEDH 2011.

332 A maioria, se não todos, os direitos da Convenção também são reconhecidos pelas Constituições das Partes Contratantes. Assim, um recurso constitucional apresentado contra uma lei que viole um direito da Convenção é suficiente nos termos do art. 13 da Convenção, independentemente da natureza concreta ou abstrata, concentrada ou difusa, principal (preventiva ou sucessiva) ou incidental do mecanismo de revisão constitucional.

333 Ver E. Spiliotopoulos, "Judicial Remedy of Legislative Acts in Greece", in *Temple Law Quarterly*, 1983, pp. 463-502; A. Manitakis, "Fondement et Legitimité du contrôle juridictionnel des lois en Grèce", in *Revue internationale de droit comparé*, 1988, pp. 39-55; W. Skouris, "Constitutional disputes and judicial review in Greece", in Landfried (ed.),*Constitutional Review and Legislation: An International Comparison*, 1988, pp. 177-200; P. Dagtoglou, "Judicial Review of Constitutionality of Laws", in *European Review of Public Law*, 1989, pp. 309-27; P. C. Spyropoulos e T. P. Fortsakis, *Constitutional Law in Greece*, 2009; S.-I.G. Koutnatzis, "Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts": Griechenland", em A. von Bogdandy et al. (eds.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, 2007, pp. 151-215; e J. Iliopoulos-Strangas e S.-I. G. Koutnatzis, Greece, "Constitutional Courts as Positive Legislators", in A.R. Brewer-Carias, *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study*, 2011, pp. 539-74.

334 Ver Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo da Grécia n. 867/1988, que declara que o art. 65 do Decreto Legislativo n. 1400/1973 não estava em conformidade com o art. 12 da Convenção; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n. 1664/2011, considerando que o art. 4(3) da Lei n. 383/1976 violava o art. 5 da Constituição; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n. 3103/1997, considerando o art. 25(1)(2) da Lei n. 1975/1991 incompatível com a Convenção de Genebra de 28 de julho de 1951; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n. 1501/2012, considerando a Lei n. 2120/1993 incompatível com os art. 4 § 5 e 17 § 1 da Constituição e com o art. º do Protocolo n. 1; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n. 2960/2010, considerando que o art. 16 da Lei n. 2227/1994 não estava em conformidade com o art. 7 § 1 da Convenção; Acórdão do Tribunal de Cassação n. 1. 982/2010, considerando o art. 13(4) da Lei n. 2882/2001 em violação ao art. 1 do Protocolo n. 1; Acórdão do Tribunal de Cassação n. 33/2002, considerando o art. 5(3) da Lei n. 2246/1994 contrário ao art. 5 § 1 da Constituição; Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de Tessalônica n. 5251/2004 e 16520/2004, ambos determinando que o art. 107 da Lei de Introdução ao Código Civil não estava em conformidade com os art. 11 e 14 da Convenção; sentença do Tribunal Administrativo de Apelação de Atenas n. 954/1999, determinando que o art. 31 da Lei n. 2470/1997 violava o art. 1 do Protocolo n. 1; sentença do Tribunal Administrativo de Apelação de Atenas n. 748/2011, determinando que o art. 64 do Decreto Legislativo n. 1400/1973 é contrário à Carta Social Europeia e à proibição do trabalho forçado; Acórdão do Tribunal Distrital de Atenas n. 2377/2007, que declara incompatível o art. 30(2) da Lei n. 2789/2000, com os art. 2 e 17 da Constituição e com o art. 1º do Protocolo n. 1. 1; Acórdão do Tribunal Administrativo de Primeira Instância de Atenas n. 2250/2008, que declara o art. 60 da Lei n. 2084/1992 em violação ao art. 1 do Protocolo n. 1; e Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n. 2028/2004, que declara o art. 7(1) da Lei n. 2703/1999 em violação ao art. 1º do Protocolo n. 1.

nº. 1264/1982 e da seção 1 da Lei nº. 2265/1994 não se aplicavam por analogia no caso dos membros das forças armadas deu origem a uma violação das disposições da Constituição e da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos. O Tribunal de Cassação considerou ainda que "na ausência de qualquer legislação específica, as disposições gerais dos artigos 78 e seguintes do Código Civil são aplicáveis". O fato de que nenhuma disposição estatutária havia sido feita para o direito dos militares de estabelecer associações não impediu o Tribunal de Cassação de considerar que o direito em questão estava garantido pela Constituição e pela Convenção, visto que o seu exercício não dependia da promulgação de uma lei ordinária que regulamentasse esse direito e que, na ausência de legislação específica, as disposições gerais do Código Civil deveriam ser aplicadas.

Os requerentes no presente caso não deram aos tribunais nacionais a oportunidade de aplicar o mesmo raciocínio ao seu pedido. Quando a proteção constitucional dos direitos fundamentais é fornecida, cabe à parte alegadamente lesada testar a extensão dessa proteção e permitir que os tribunais domésticos desenvolvam esses direitos por meio de interpretação[335]. Não pode ser assumido pela Corte, como foi pelos requerentes, que os tribunais nacionais não dariam pleno efeito às disposições da Constituição de seu próprio país.

A obrigação da Convenção de estender disposições favoráveis às pessoas discriminadas

Além disso, a lei grega prevê uma ação especial baseada em danos atribuíveis ao Estado ou a uma corporação de direito público[336]. O artigo 57 do Código Civil prevê que qualquer pessoa que esteja sujeita a danos pessoais não somente tem o direito de buscar uma compensação financeira, mas também, e mais particularmente, tem o direito de "fazer cessar a infração e conter qualquer infração futura". De acordo com a jurisprudência nacional, existe a obrigação de pagar indenização no caso de atos ou omissões do legislador quando a legislação em vigor ou a ausência de legislação contrarie normas legais de alto nível, tais como as disposições da Constituição ou de convenções internacionais ratificadas por lei, incluindo a Convenção[337]. Além disso, ainda de acordo com a jurisprudência nacional, qualquer violação do princípio de igualdade decorrente de uma omissão por parte do legislador de incluir em seus regulamentos categorias de indivíduos cujas circunstâncias são idênticas àquelas para as quais legislou dá origem a responsabilidade por parte do Estado e das pessoas jurídicas de direito público e a uma obrigação para

335 *Vinčić e Outros v. Sérvia*, n. 44698/06 e 30 outros, § 51, 1 de dezembro de 2009, e *A, B e C v. Irlanda* [GC], n. 25579/05, § 142, CtEDH 2010.

336 Ver seção 105 da Lei de Introdução ao Código Civil e art. 57, 914 e 932 do Código Civil.

337 Ver Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo grego n. 169/2010 e Acórdão do Tribunal Administrativo de Apelação de Atenas n. 743/2006, 3928/1992, 409/2007 e 6/2007.

elas de pagar indenização. Mais particularmente, de acordo com a jurisprudência, "se a lei introduzir regulamentos especiais relativos a uma determinada categoria de indivíduos, e outra categoria de indivíduos em relação aos quais existe o mesmo motivo para tratamento particular for excluída desses regulamentos como resultado de discriminação desfavorável injustificada, a disposição que introduz esse tratamento desfavorável será considerada inválida por ser inconstitucional. Nesses casos, a fim de restabelecer o princípio constitucional da igualdade, a disposição aplicável à categoria em favor da qual foi instituído o regulamento especial também será aplicada à categoria de indivíduos que sofreram discriminação. Nessa situação, não se pode dizer que as autoridades judiciais violem o princípio de separação de poderes consagrado pelos artigos 1, 26, 73 et seq. e 87 da Constituição"[338].

Assim, quando confrontados com uma lei discriminatória, os tribunais gregos devem exercer, de acordo com os artigos 87 §§ 1 e 2, 93 § 4 e 120 § 2 da Constituição, poderes de revisão sobre as atividades de legislatura e aplicar o princípio da igualdade na medida do possível e, com base nesse princípio, aplicar a regulamentação favorável ao grupo desfavorecido[339].

Esta via legal teria sido suficiente nos termos da Convenção. Se os tribunais nacionais se restringissem a declarar a disposição discriminatória como inconstitucional ou contrária à Convenção, sem poder estender a regulamentação especial favorável ao indivíduo que foi objeto da discriminação, a violação do princípio de igualdade subsistiria e a proteção judicial buscada seria desprovida de conteúdo real. A Convenção deve ser aplicada pelo Judiciário, independentemente da forma como evolui o processo de reforma legislativa interna, uma vez que "a liberdade de escolha concedida a um Estado quanto aos meios para cumprir sua obrigação nos termos do artigo 53 não pode permitir que ele suspenda a aplicação da Convenção"[340]. Na prática, os tribunais nacionais têm que adotar a interpretação mais favorável da lei nacional em relação à Convenção, a fim de cumprir a obrigação internacional de evitar uma violação da Convenção[341] Apesar disso, os requerentes não tentaram sequer argumentar perante os tribunais nacionais que seu caso deveria ser tratado de acordo com a jurisprudência acima mencionada.

338 Ver, para a jurisprudência consistente e variada sobre a extensão do tratamento preferencial a grupos de pessoas discriminadas, mesmo quando isso tem consequências orçamentárias, Sentenças do Tribunal de Cassação grego n. 1578/2008, 60/2002, 7/1995, 40/1990 e 3/1990; Sentenças do Supremo Tribunal Administrativo n. 3088/2007, 2180/2004 e 1467/1994; Sentença do Tribunal Administrativo de Recurso de Atenas n. 3717/1992; e Sentença do Tribunal Administrativo de Primeira Instância de Atenas n. 10391/1990.

339 Ver Acórdão do Tribunal de Cassação grego n. 60/2002.

340 Ver *Vermeire v. Bélgica*, 29 de novembro de 1991, § 26, Série A n. 214-C.

341 Ver minha opinião separada em *Fabris v. França* [GC], n. 16574/08, CtEDH 2013.

A obrigação da Convenção de rever a legislação incompatível com ela

Ademais, nos casos em que a harmonização da lei ordinária em questão com a Constituição ou a Convenção exigiu a intervenção do legislador, as mudanças necessárias à lei foram de fato feitas na Grécia. A título de exemplo, após o pronunciamento da sentença nº 867/1988 do Supremo Tribunal Administrativo da Grécia, que decidiu que as disposições do artigo 65 do Decreto Legislativo nº. 1400/1973 eram incompatíveis com as disposições dos artigos 2 § 1 e 4 § 1 da Constituição e com as disposições do artigo 12 da Convenção, o artigo 18(1) da Lei no. 1848/1989 foi promulgado, abolindo a disposição impugnada. É verdade que não há nenhuma disposição explícita na lei grega que estabeleça a obrigação de rever a legislação incompatível com a Constituição ou com a Convenção. Mas no que diz respeito à legislação incompatível com a Convenção, essa obrigação resulta da própria Convenção e de sua incorporação na ordem jurídica nacional.

A obrigação de prevenir uma violação da Convenção pode justificar a adoção de medidas gerais quando não houver um quadro jurídico doméstico compatível com a Convenção[342] ou quando o quadro jurídico doméstico ou a prática administrativa existente for contrário à Convenção[343]. Em alguns casos, mesmo a Constituição nacional pode ter que ser emendada, uma vez que a Convenção "não faz distinção quanto ao tipo de regra ou medida em questão e não exclui nenhuma parte da 'jurisdição' dos Estados membros do exame da Convenção"[344]. De fato, tanto o princípio do *effet utile* da Convenção quanto o princípio da subsidiariedade implicam que quaisquer violações da Convenção, inclusive as

342 Ver *Malone v. Reino Unido*, 2 de agosto de 1984, § 82, Série A n. 82; *X e Y v. Países Baixos*, 26 de março de 1985, § 27, Série A n. 91; ver também, mais recentemente, *Viaşu v. Romênia*, n. 75951/01, § 83, 9 de dezembro de 2008; *Mandić e Jović v. Eslovênia*, n. 5774/10 e 5985/10, § 128, 20 de outubro de 2011; e *Pulatlı v. Turquia*, n. 38665/07,§ 39, 26 de abril de 2011. O Tribunal também considerou os desenvolvimentos legislativos posteriores às supostas violações e criticou a natureza insuficiente desses desenvolvimentos (ver, por exemplo, *Odièvre v. França* [GC], n. 42326/98, §§ 15-17, CtEDH 2003-III; *Brauer v. Alemanha*, n. 3545/04, § 24, 28 de maio de 2009; e *Dumitru Popescu v. Romênia (n. 2)*, n. 71525/01, §§ 82-84, 26 de abril de 2007).

343 Ver *Dudgeon*, citado acima, §§ 41 e 63; *Johnston e Outros*, citado acima, § 42; *Norris*, citado acima, § 38; ou *Manoussakis e Outros v. Grécia*, 26 de setembro de 1996, § 45, *Relatórios* 1996-IV. Em alguns casos, a Corte detalha com especial cuidado as medidas legislativas a serem tomadas (ver *M. e Outros v. Bulgária*, n. 41416/08, § 138, 26 de julho de 2011). Uma prática administrativa, como a prática semanal de revista pessoal em uma prisão também pode exigir medidas gerais a serem tomadas (ver *Salah v. Países Baixos*, n. 8196/02, §§ 77-79, CtEDH 2006-IX). Isto não é uma particularidade do sistema europeu de proteção dos direitos humanos. O Comitê de Direitos Humanos da ONU já recomendou que a legislação fosse emendada em *Ballantyne, Davidson e McIntyre v. Canadá*, Comunicações n. 359/1989 e 385/1989, 31 de março de 1993, § 13, e em *Toonen v. Austrália*, Comunicação n. 488/1992, 31 de março de 1994, § 10. Em seu Comentário Geral n. 24, 2 de novembro de 1994, § 17, o Comitê rejeitou qualquer exceção a esta obrigação como contraditória ao propósito e objetivo da Convenção.

344 Ver *Partido Comunista Unido da Turquia e Outros v. Turquia*, 30 de janeiro de 1998, §§ 29-30, *Reports* 1998-I, e, ainda mais explicitamente, *Dumitru Popescu*, citado acima, § 103. Não apenas a prática da Corte, mas também a aceitação dos Estados Partes, confirmam este entendimento (ver as emendas constitucionais obtidas após o julgamento no processo *Demicoli v. Malta* (27 de agosto de 1991, Série A n. 210), e a subseqüente Resolução DH (95) 211 de 11 de setembro de 1995; o julgamento de 29 de outubro de 1992 em *Open Door e Dublin Well Woman* (citado acima), e a subseqüente Resolução DH (96) 368 de 26 de junho de 1996; e o julgamento em *Palaoro v. Áustria* (23 de outubro de 1995, Série A n. 329-B), e a subsequente Resolução DH (96) 150 de 15 de maio de 1996.

perpetradas pelo legislador, devem ser tratadas ao nível nacional, assim que forem definitivamente estabelecidas pelos tribunais nacionais. No caso de total inação por parte do legislador após uma decisão judicial final de que uma disposição legal violou a Convenção, uma reclamação baseada na não execução de uma decisão judicial final pode ser apresentada sob o artigo 6 da Convenção. Assim, o art. 6 lido à luz do *effet utile* da Convenção e do princípio de subsidiariedade impõe aos Estados Partes a obrigação de rever qualquer lei ou regulamento quando uma decisão judicial final sobre sua não conformidade com a Convenção tiver sido alcançada em nível nacional. Os requerentes ignoraram esta via legal adicional[345].

Não obstante, a Grande Câmara estava preparada para iniciar um exame das intenções "primárias" do legislador grego acima e além de suas "declaradas" intenções (ver parágrafo 87 do julgamento) e para criticá-las, e não se absteve de ditar ao Estado respondente uma alternativa legislativa (ver parágrafo 89). Após os procedimentos de "julgamento piloto"[346] e "julgamentos do artigo 46" (ou os chamados "julgamentos quase-piloto")[347] , a Grande Câmara inaugurou um novo recurso no presente julgamento, que apresenta uma solução legislativa específica para um problema social que supostamente não foi resolvido pelo legislador nacional após as pessoas em questão terem agido diretamente perante o Tribunal. A Corte não é mais um simples "legislador negativo": ela assume o papel de um "legislador positivo" supranacional que intervém diretamente diante de uma suposta omissão legislativa de um Estado Parte.

Conclusão

Tendo em vista o exposto, os requerentes não utilizaram os recursos que teriam permitido aos tribunais gregos examinar suas alegações de violação da

345 O simples fato de que podem existir dúvidas quanto à eficácia deste remédio não é uma razão válida para não persegui-lo (ver *Akdivar e Outros v. Turquia*, 16 de setembro de 1996), § 71, *Relatórios* 1996-IV).

346 Ver o caso pioneiro de *Broniowski v. Polônia* ([GC], n. 31443/96, CtEDH 2004-V), baseado em um "mau funcionamento da legislação e da prática administrativa polacas". Este procedimento foi consagrado na Regra 61 do Regulamento do Tribunal. Recentemente, em *Ananyev e Outros v. Rússia* (n. 42525/07 e 60800/08, §§ 191-240 e ponto 7 da parte dispositiva, 10 de janeiro de 2012), a Corte elevou ainda mais o potencial deste novo procedimento ordenando a apresentação pelo Estado requerido, dentro de seis meses, de um plano de ação para implementar uma longa lista de medidas preventivas e compensatórias estipuladas pela Corte.

347 Em "julgamentos quase-piloto", a Corte identifica problemas sistêmicos no sistema jurídico nacional ou na prática que podem ser fonte de violações repetidas da Convenção, mas normalmente não prescreve medidas gerais na parte decisória do julgamento. Em alguns casos, a Corte chegou ao ponto de incluir essas obrigações na parte decisória do julgamento, sem qualquer menção à natureza "piloto" do julgamento (ver, por exemplo, *Lukenda v. Eslovênia*, n. 23032/02, § 98, CtEDH 2005-X, e *Xenides-Arestis v. Turquia*, n. 46347/99, § 40, 22 de dezembro de 2005). Em outros casos, a obrigação foi incluída apenas na fundamentação do julgamento, sem qualquer referência em sua parte decisória (ver, por exemplo, *Hasan e Eylem Zengin v. Turquia,* n. 1448/04, § 84, 9 de outubro de 2007, e *Manole e Outros v. Moldávia*, n. 13936/02, § 117, CtEDH 2009). A Corte também estipulou um prazo para a adoção das medidas necessárias (ver *Xenides-Arestis*, citado acima, § 40, e *Burdov v. Rússia (n. 2)*, n. 33509/04, § 141, CtEDH 2009), ou afirmou sua "urgência" (ver *Ramadhi e Outros v. Albânia*, n. 38222/02, § 94, 13 de novembro de 2007). Em uma ocasião, a Corte chegou a declarar retrospectivamente como julgamento "piloto" um julgamento que afetou a admissibilidade de outro pedido (ver İçyer v. Turquia (dec.), n. 18888/02, § 67, CtEDH 2006-I, referindo-se a Doğan *e Outros v. Turquia, n.* 8803-8811/02, 8813/02 e 8815- 8819/02, CtEDH 2004-VI).

Convenção. Consequentemente, a Grande Câmara da Corte não deveria ter abordado o mérito do caso, o que fez como uma Corte Constitucional Europeia funcionando como um "legislador positivo" a pedido direto das pessoas envolvidas. Nem mesmo Hans Kelsen, o arquiteto do sistema concentrado de revisão jurisdicional constitucional, teria sonhado que um dia tal passo seria dado na Europa.

Diálogos em Diversidade: o que Podemos Aprender com o Caso *Vallianatos e Outros V. Grécia*?

Melina Girardi Fachin[348]

Bruna Nowak[349]

Introdução

O Caso *Vallianatos e Outros v. Grécia*, cuja sentença data de 2013, versa sobre a aplicação da Lei n. 3719/2008, que, pela primeira vez, disciplinou na Grécia uma forma oficial de convivência diferente do casamento, denominada de união estável. Referida lei, em exercício restritivo de liberdade, dispunha[350] que estas uniões poderiam se dar apenas entre dois adultos de sexos diferentes.

Perante a Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH), os peticionários alegaram que a restrição das uniões estáveis a casais de sexos diferentes violava seus direitos ao respeito pela vida privada e familiar e à proibição da discriminação, vez que discriminava injustificadamente casais do mesmo sexo. Ao final, a Corte EDH entendeu pela violação a estes direitos e ordenou a adoção de medidas de reparação por parte do Estado grego.

Em sua magistral Opinião Parcialmente Concorrente e Parcialmente Dissidente, o Juiz Pinto de Albuquerque, referência na matéria a todos nós, elaborou considerações sobre as implicações do princípio da subsidiariedade ao exercício do controle de convencionalidade pela Corte EDH, bem como sobre os tipos de afetação ao direito à não-discriminação que autorizam a apreciação de uma petição sobre a aplicação de uma lei interna tida como inconvencional.

O presente artigo tem como escopo conjugar as exímias observações do Juiz Pinto de Albuquerque com apontamentos sobre o que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o direito brasileiro podem apreender desta

348 Pós-Doutora pela Universidade de Coimbra (Instituto de Direitos Humanos e Democracia). Doutora e Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora Adjunta dos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

349 Mestra em Direitos Humanos e Democracia e Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Membro do Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos (NESIDH/UFPR).

350 A Lei n. 4356/2015 alterou disposições da Lei n. 3719/2008 para estender a união estável a dois adultos independentemente do sexo ou gênero.

experiência de exercício de direito comparado. O fio condutor metodológico da análise serão os diálogos entre tribunais.

Na primeira seção, o controle de convencionalidade será destacado como uma das possibilidades metodológicas de diálogos entre o direito internacional e o direito doméstico. Breves comparações entre os Sistemas Europeu e Interamericano de Direitos Humanos serão tecidas. Na sequência, alguns contornos sobre a diversidade sexual serão destacados por meio de aproximações entre pronunciamentos da Corte EDH e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) sobre o tema. Em seguida, reações do ordenamento jurídico brasileiro aos direitos das pessoas LGBTIQ+ serão evidenciadas tendo como base os diálogos e o exercício do controle de convencionalidade. Finalmente, comentários conclusivos, sem a pretensão de serem exaustivos, serão apresentados.

1. Diálogos Entre o Internacional e o Doméstico: o Controle de Convencionalidade como Método

Na contemporaneidade, falar em diálogo não é mais nenhuma novidade. É uma condição que o atual estado da arte do direito constitucional e do direito internacional dos direitos humanos nos coloca. Resta saber como vamos preencher de sentido a atitude de dialogar.

Diálogos podem ser entendidos como a prática de tribunais em utilizar as razões de decidir de outras cortes a fim de elaborar uma melhor interpretação acerca de uma norma jurídica. Especificamente quanto aos direitos humanos, os diálogos "objetivam promover a fertilização cruzada de padrões constitucionais e internacionais de proteção de direitos humanos entre cortes de diferentes jurisdições" (MAC-GREGOR, 2017, p. 91)[351].

Os diálogos têm múltiplos sentidos e podem ser desempenhados por múltiplos atores. Aqueles judiciais, focados na proteção dos direitos humanos, almejam a interpretação mais favorável à proteção da pessoa humana, à luz do princípio *pro persona*, bem como a tomar a corte à qual se recorre como referência normativa, jurisprudencial e de operacionalização. Os diálogos podem acarretar tanto o cumprimento de decisões (*enforcement*) quanto a harmonização entre pronunciamentos de diferentes tribunais (SLAUGHTER, 2004, p. 19-20).

Ainda que não seja uma classificação estanque, os diálogos podem ser vistos como horizontais, quando ocorrem entre tribunais internacionais ou entre tribunais domésticos, e verticais, quando se dão entre tribunais internacionais e tribunais domésticos. Neste primeiro tópico, abordaremos os diálogos verticais, importantes responsáveis pela disseminação de parâmetros internacionais de direitos humanos nos ordenamentos jurídicos internos.

351 Tradução livre. No original: "[the dialogue] aims to promote the cross-fertilization of constitutional and international standards of human rights protection among courts of different jurisdictions".

Por verticalidade se compreende a existência de vínculos formais entre as cortes que dialogam entre si (NOWAK, 2018, f. 43). No caso dos diálogos entre as cortes regionais de direitos humanos e as cortes nacionais, este vínculo formal é, em um primeiro momento, o próprio tratado internacional que dá base ao sistema regional: a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH).

A este respeito, o Juiz Pinto de Albuquerque aduz em sua Opinião, no caso em comento, que inexiste na legislação grega uma disposição explícita que obrigue a revisão de norma incompatível com a Constituição ou com a CEDH, mas que, no segundo caso "essa obrigação resulta da própria Convenção e de sua incorporação na ordem jurídica nacional". Aqui há ponto de convergência, inclusive, com as interações entre o sistema brasileiro e a CADH, conforme será explorado na terceira seção.

Quanto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a obrigação de compatibilização do ordenamento jurídico interno com os parâmetros interamericanos pode ser extraída dos artigos 1.1 (dever de respeitar e garantir direitos), 2 (dever dos Estados de adotar medidas legislativas ou de outra natureza que tornem efetivos os direitos e liberdades dispostos na CADH) e 29.a (a CADH deve ser interpretada de forma a não permitir que os Estados suprimam ou limitem o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção).

Os diálogos verticais não se esgotam em, mas são comumente vislumbrados a partir do controle de convencionalidade[352]. No Sistema Interamericano, trata-se da obrigação dos Estados de verificar a adequação ou não de normas e práticas estatais com a CADH, demais tratados interamericanos e a jurisprudência da Corte IDH[353]. Se, internacionalmente, são os juízes da Corte, no exercício das competências contenciosa e consultiva, que realizam este controle, internamente, todos os agentes públicos – e não apenas os operadores da justiça – devem fazê-lo de ofício, nos limites de suas atribuições (Corte IDH, 2019, p. 6).

A maneira pela qual o controle de convencionalidade é exercido no âmbito de cada uma das duas cortes regionais varia, a depender do contexto regional e das circunstâncias do caso. Na sentença do Caso *Vallianatos e Outros v. Grécia*, a Corte EDH salientou que o requerimento dos peticionários não se referia abstratamente a uma obrigação do Estado grego de garantir o reconhecimento legal de relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo. A alegação dos peticionários foi de que o Estado teria criado, por meio de lei, uma distinção que os discriminava.

352 Foi no Caso Almonacid Arellano e Outros v. Chile a primeira ocasião em que o termo "controle de convencionalidade" foi incluído nas razões de decidir da Corte IDH (Corte IDH, 2006, § 124). Estas autoras defendem que os diálogos judiciais são um poder-dever dos magistrados que independe de formalidades pré-estabelecidas. Ainda assim, o controle de convencionalidade é método relevante que merece maior atenção.

353 O Estado deve considerar não somente as decisões da Corte IDH proferidas em face de si próprio, mas os parâmetros interpretativos das sentenças e resoluções dirigidas também a outros Estados.

Logo, à Corte competiu determinar se à Grécia era permitido, a partir dos artigos 14 e 8 da CEDH, adotar uma lei que, ao lado do casamento, previa uma nova forma de união para casais não-casados que era limitada a casais de sexos diferentes, excluindo os de mesmo sexo (Corte EDH, 2013, § 75).

O Juiz Pinto de Albuquerque sublinhou que não é permitida a revisão abstrata de compatibilidade das leis nacionais com a CEDH, exceto em casos interestatais, vez que a Convenção autoriza que um Estado parte se refira a qualquer tipo de violação das disposições da CEDH por outro Estado parte. Na sentença, a Corte EDH concluiu que o Estado da Grécia não conferiu razões suficientemente convincentes para justificar a exclusão de casais do mesmo sexo do escopo da Lei nº 3719/2008, vulnerando a proibição de discriminação em conjunto com o direito ao respeito pela vida privada e familiar (Corte EDH, 2013, § 92).

Para a Corte EDH, apesar de haver uma tendência crescente quanto ao reconhecimento de relações entre pessoas do mesmo sexo, inexistiria um consenso entre os Estados membros do Conselho da Europa sobre a questão (Corte EDH, 2013, § 91). Muito possivelmente, esta foi a razão preponderante para que a Corte impusesse como medida de reparação apenas o pagamento de indenização por danos imateriais às vítimas, sem determinar alterações no ordenamento jurídico grego para adequá-lo aos preceitos convencionais. Importa considerar que os espaços de deferência e a margem de apreciação nacional, técnicas mais comuns no contexto europeu, também são fatores impactantes na decisão da Corte EDH.

A postura da Corte EDH aponta para a necessária retroalimentação entre os diferentes regimes para que os diálogos sejam efetivos. No caso, a Corte se valeu das experiências domésticas para avaliar o grau de descumprimento das obrigações internacionais por parte da Grécia. O direito interno serviu, portanto, de termômetro para a decisão da Corte EDH. A consideração de decisões domésticas pela corte regional rompe com a ideia de que os diálogos verticais se baseiam na preponderância hierárquica das decisões internacionais sobre as internas (NOWAK, 2018, f. 45). Ainda assim, maior será a intensidade dos diálogos quanto mais receptivos forem os ordenamentos estatais ao que dizem as cortes regionais de direitos humanos (MAC-GREGOR, 2017, p. 91).

Em relação à Corte IDH, esta já decidiu que a revisão abstrata de convencionalidade por meio da jurisdição contenciosa não é autorizada: não lhe compete revisar em abstrato normas que não tenham sido aplicadas ou que não tenham tido impacto nas violações suscitadas em um caso concreto (Corte IDH, 2015, § 307). Segundo a Corte IDH, o exercício do controle de convencionalidade pode implicar (i) a supressão ou a inaplicação de normas contrárias à CADH, (ii) a criação de normas que deem efetividade à CADH, ou, ainda, (iii) a interpretação de normas internas à luz da Convenção. Assim, "é necessário que a aplicação de normas ou sua interpretação, como práticas jurisdicionais e manifestações da

ordem pública estatal, sejam ajustadas ao mesmo fim que persegue o artigo 2 da Convenção" (Corte IDH, 2009, § 338).

Quanto à jurisdição consultiva, os Estados membros e alguns órgãos da Organização dos Estados Americanos podem indagar a Corte IDH sobre a interpretação da CADH e outros tratados de direitos humanos. Ademais, os Estados podem solicitar à Corte que emita pareceres sobre "a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais", nos termos do artigo 64.2 da CADH.

Para Jorge Roa Roa, ainda que seja constatada a incompatibilidade de uma norma interna com a Convenção, a função consultiva não é a via pela qual se declara a responsabilidade internacional do Estado por violação à CADH: isto pode ocorrer apenas por meio da jurisdição contenciosa. Ademais, o autor ressalta que os efeitos de uma opinião consultiva que identifica a (in)compatibilidade de uma norma com a CADH ainda não foram bem definidos pela Corte IDH (ROA, 2015, p. 45-46). O que se sabe é que às opiniões consultivas não se atribui a mesma força vinculante do que às sentenças.

As diferenças e aproximações entre os dois sistemas regionais conduzem a algumas constatações. Em seu voto, o Juiz Pinto de Albuquerque concluiu que os peticionários não se valeram dos recursos que possibilitassem aos tribunais gregos examinar as alegações de violações à CEDH. Portanto, o Magistrado considerou que a Corte EDH não deveria ter analisado o mérito do caso, "o que fez como uma Corte Constitucional Europeia funcionando como um 'legislador positivo' a pedido direto das pessoas envolvidas".

É certo que o Sistema Interamericano é tido como mais invasivo que o modelo europeu, conforme se verificará na seção seguinte. Sem fazer predições de futurologia, caso esta discussão fosse travada perante o Sistema Interamericano em sua faceta contenciosa, a Corte IDH indicaria que o controle de convencionalidade deve ser exercido *ex officio* por todas as autoridades públicas. À luz dos parâmetros de verificação do esgotamento dos recursos internos, a Corte julgaria se os recursos adequados e eficazes a remediar as alegadas violações de direitos humanos teriam sido acionados e esgotados.[354] Tal qual no Caso Atala Riffo e crianças v. Chile, a Corte IDH ressaltaria ser necessário que as interpretações judiciais e administrativas sejam aplicadas em consonância aos parâmetros interamericanos de proibição da discriminação em razão da orientação sexual (Corte IDH, 2012, § 284).

354 No Sistema Interamericano, em princípio, os recursos que devem ser esgotados são os ordinários, a não ser que os extraordinários sejam adequados e efetivos para a situação específica (CIDH, 2020, p. 58).

2. Diálogos Entre os Sistemas Regionais: a Diversidade Sexual como Substância

As comunicações entre as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos não se restringem ao exercício do controle de convencionalidade, mas se estendem à temática da diversidade sexual. Sob o manto da proibição da discriminação, norma peremptória de direito internacional (Corte IDH, 2003, § 101), as Cortes têm desenvolvido os contornos dos direitos ligados à orientação sexual e à diversidade de gênero.

Na sentença do Caso *Vallianatos e Outros v. Grécia*, a Corte EDH explicitou que o direito à não-discriminação, tutelado pelo artigo 14 da CEDH, não é autônomo e possui efeitos somente em relação a outros direitos previstos na Convenção e seus Protocolos (Corte EDH, 2013, § 72). O Juiz Pinto de Albuquerque destacou que este direito é violado (i) quando lei ou ato normativo confere ou restringe o gozo de um direito da Convenção a um grupo de pessoas com base em uma característica identificável desse grupo, tratando-o de forma diferente a outro grupo de pessoas na mesma situação ou situação semelhante sem qualquer justificativa (discriminação direta); ou (ii) quando lei ou ato normativo trata de forma idêntica grupos de pessoas em situações distintas sem qualquer justificação objetiva (discriminação indireta). Em qualquer das hipóteses, a norma interna pode ser revista *in abstracto* pela Corte se apresentada uma petição por qualquer pessoa do grupo não-beneficiado.

Essas nuances do direito à não-discriminação se replicam no Sistema Interamericano. No Caso Atala Riffo e crianças v. Chile, a Corte IDH reafirmou que o artigo 24 da CADH proíbe a discriminação quanto à proteção desigual por parte de lei interna ou sua aplicação (Corte IDH, 2012, § 82). Este é considerado o *leading case* em relação dos direitos das pessoas LGBTIQ+. Os fatos correspondem à perda da guarda das filhas pela senhora Riffo para seu ex-marido quando aquela começou a viver com uma companheira. A Corte IDH constatou que os processos judiciais foram permeados por estereótipos de gênero quanto a pessoas homossexuais. Dentre as medidas de reparação, estabeleceu-se o dever de implementação de cursos de capacitação a funcionários estatais sobre temas afetos à diversidade sexual.

Em 2016, a Corte IDH decidiu o Caso Duque v. Colômbia. À época dos fatos, a legislação colombiana não reconhecia uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo para fins de concessão de pensão por morte. No caso, o Sr. Duque, companheiro de um homem que faleceu em 2001 em decorrência de AIDS, não recebera a pensão devida. Em 2007, a Corte Constitucional da Colômbia decidiu que os benefícios de pensão, seguridade social e direitos de propriedade se estendem a casais do mesmo sexo (Corte IDH, 2016, § 81). Apesar desta e de outras alterações, a Corte IDH concluiu que as disposições legais sobre pensão por mor-

te que haviam sido aplicadas em relação ao senhor Duque eram discriminatórias e violadoras do artigo 24 da CADH, pois distinguiam injustificadamente com base na orientação sexual.

Foi em 2017 que a Corte IDH proferiu uma opinião consultiva paradigmática em resposta à solicitação do Estado da Costa Rica: a Opinião Consultiva n. 24/2017, que aborda várias temáticas acerca da diversidade sexual. Por questões de ordem metodológica, ressaltar-se-ão os quesitos três e quatro formulados pela Costa Rica: (i) se, tendo em vista o dever de não-discriminação com base em orientação sexual, o Estado deve reconhecer todos os direitos patrimoniais no âmbito de um relacionamento entre pessoas do mesmo sexo; (ii) em caso afirmativo, se o Estado deve estabelecer um instituto jurídico para regular o status de casais de mesmo sexo e reconhecer os direitos patrimoniais daí advindos.

A Corte IDH relembrou suas decisões nos dois casos contenciosos acima referidos e confirmou que orientação sexual e identidade de gênero são categorias protegidas pela CADH, de modo que qualquer tratamento discriminatório neste sentido configura violação à Convenção. Definiu que relações entre pessoas do mesmo sexo constituem família nos termos do artigo 11.2 (proteção da honra e da dignidade em âmbito familiar) e 17 (proteção da família) da CADH, cabendo aos Estados garantir os direitos patrimoniais sem discriminação entre casais heterossexuais e homossexuais (Corte IDH, 2017, §199).

O ponto mais controverso da Opinião concerne à adoção de uma figura jurídica própria para uniões entre casais do mesmo sexo. Para a Corte IDH, oposições ao casamento entre pessoas do mesmo sexo usualmente derivam de questões religiosas ou filosóficas, as quais não podem ser invocadas como "parâmetros de convencionalidade e não podem guiar a interpretação da Corte acerca dos direitos humanos" (Corte IDH, 2017, § 223). No caso da Costa Rica, como já existia o instituto do casamento civil, a Corte concluiu que a criação de um novo instituto jurídico que conferisse os mesmos direitos que o casamento não tinha propósito e estigmatizaria os casais homossexuais. Entendeu-se, portanto, que o Estado deveria estender o casamento civil a casais do mesmo sexo (Corte IDH, 2017, § 224).

Importa comentar que, embora a Corte IDH tenha reconhecido a falta de consenso regional sobre a matéria, considerou que isto não poderia consistir em obstáculo para o avanço dos direitos humanos (Corte IDH, 2017, § 219). A Corte IDH citou reiteradamente julgados da Corte EDH ao longo da Opinião Consultiva n. 24/2017, o que evidencia que "a contribuição dos direitos humanos está, portanto, em despertar o que há de comum entre os tribunais internacionais" (NOWAK, 2018, f. 56). Ainda:

> As cortes regionais de direitos humanos se comunicam constantemente entre si. Por óbvio que o substrato que lhes é comum – a tutela dos direitos humanos – aproxima as jurisdições e em muito estimula os diálogos. Entretanto, há que se considerar que o funcionamento, a tônica conferida aos direitos protegidos, a estrutura das sentenças e das medidas de reparação impostas aos Estados variam em cada sistema, principalmente em virtude de suas singularidades regionais. Ainda assim, os intercâmbios são muito frequentes e contribuem para uma harmonização da proteção dos direitos humanos, sem que se ignorem as particularidades de cada regime, em prol de uma "coordenação a partir de respeito mútuo" (NOWAK, 2018, f. 57).

Exemplo de que os diálogos preservam as singularidades de cada sistema regional é a constatação de que, sobre os direitos ligados à diversidade sexual em âmbito europeu, a Corte EDH tem endossado o entendimento de que inexiste consenso regional sobre a matéria, razão pela qual os Estados são dotados de ampla margem de apreciação (ABRUSCI, 2018) Intercâmbios jurisprudenciais com o Sistema Interamericano poderiam contribuir para mudanças no rumo das discussões perante a Corte EDH.

Ainda, nesse contexto algumas observações sobre os diálogos horizontais são pertinentes. Os diálogos judiciais entre a Corte EDH e a Corte IDH – e entre estas e a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos – são institucionalizados[355]. Isto significa que não se trata apenas de escolhas individuais e pontuais dos juízes, mas de uma postura oficial dos órgãos. Em 2018, as três cortes regionais de direitos humanos adotaram a Declaração de San José, que estabeleceu um fórum permanente de diálogo institucional com vistas a fortalecer a proteção dos direitos humanos e o acesso à justiça internacional.

Em 2019, por meio da Declaração de Kampala, as três cortes decidiram que os encontros do fórum permanente ocorrerão a cada dois anos em sessões públicas e privadas. O ponto oitavo da Declaração de Kampala ilustra e sintetiza o que se procurou explorar ao longo deste artigo: a confluência entre diálogos verticais e horizontais com vistas à melhor proteção dos direitos humanos:

> As três Cortes concordaram quanto ao seguinte: 8. Reforçar o diálogo e o compartilhamento de jurisprudência com as cortes nacionais, como um dos mecanismos para garantir as referências dos tribunais nacionais às decisões das cortes regionais e contribuir para o cumprimento destas decisões em longo prazo (ACHPR; ECHR; IACHR, 2019).[356]

O Caso *Vallianatos e Outros v. Grécia* e as decisões da Corte IDH ora mencionadas revelam que, em termos substanciais, os diálogos judiciais em matéria de diversidade sexual tiveram como propósito reforçar a argumentação jurídica para garantir que os Estados estendam suas disposições normativas veiculadoras de direitos àqueles que sofreram discriminação em virtude da orientação sexual. Uma análise pormenorizada permitirá que se compreenda como o Estado brasileiro, a partir da confluência do direito internacional dos direitos humanos com o direito constitucional, tem se posicionado quanto a esta temática.

---

355 Para mais, ver: INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Joint Law Report 2019: African Court on Human and Peoples' Rights, European Court of Human Rights and Inter-American Court of Human Rights. San José: IACHR, 2020. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/Libro_tres_cortes.pdf> Acesso em: 27 abril 2021.

356 Tradução livre. No original: "The three Courts further agreed upon the following: 8. To enhance dialogue and sharing jurisprudence with national courts, as one of the mechanisms for ensuring reference by national courts to the regional courts' judgments and contributing to the enforcement of these judgments in the long run."

3. Diálogos com o Ordenamento Brasileiro

Conforme acima destacado, tal qual como no caso grego, não há no direito brasileiro disposição constitucional explícita do dever da realização do controle de convencionalidade. Todavia, à luz da CADH, bem como em interpretação sistemática dos artigos constitucionais que tutelam os direitos humanos, emerge tal dever.

No âmbito do direito interno, controlar a convencionalidade consiste na maneira pela qual as cortes constitucionais e tribunais domésticos incorporam a normatividade protetiva dos direitos humanos advinda dos sistemas internacionais de direitos humanos. É sobre este segundo aspecto que a proteção dos direitos das pessoas com orientação sexual divergente do padrão hetero-hegemônico deve ser enfocada, já que não há norma constitucional expressa neste sentido no ordenamento pátrio.

No que pese a Constituição Federal de 1988 não conter em seu texto a proteção direta do grupo vulnerável LGBTIQ+, a cláusula de abertura contida no art. 5º, parágrafo 2º, seja pela via dos direitos implícitos, seja pelo reforço normativo do direito internacional dos direitos humanos, dá sentido e alcance aos conteúdos da liberdade e da igualdade, sendo utilizados de esteio a "novos direitos", estes mais específicos na promoção e proteção da vida destes sujeitos.

As normas constitucionais tornam, portanto, a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero prática que atenta contra a dignidade humana. Os princípios constitucionais, explícitos, implícitos ou advindos dos tratados internacionais de direitos humanos, garantem o livre e digno exercício da identidade de gênero e orientação sexual.

Nesse cenário, há que ressaltar a importância do papel do Poder Judiciário no processo emancipatório dos grupos vulneráveis, como "processos institucionais e sociais que possibilitem a abertura e a consolidação de espaços de luta pela dignidade humana" (FLORES, 2009, p. 18). Não se ignoram as importantes críticas à excessiva postura ativa do Poder Judiciário, mas em matéria de proteção de direitos humanos – em especial em relação a grupos vulneráveis –, não se trata de *ativismo*, mas de função originária e essencial deste ramo do poder.

O Poder Judiciário não só pode – como deve – atuar ativamente como importante realizador de direitos e garantais constitucionalmente previstos, sobretudo aqueles econômicos e sociais, que ainda precisam sair do texto previsto para virar realidade instituída. Todos os Poderes, e sobretudo o Judiciário pela sua falta de lastro eleitoral, retiram do texto constitucional sua legitimidade para atuação, no qual a dignidade da pessoa é fim e fundamento. Assim, a atuação da jurisdição no fortalecimento dos direitos não contraria o ideal de democracia: ao revés, reforça-o.

A democracia, nessa visão, ganha outros contornos e não dialoga exclusivamente com o princípio majoritário. O processo de alargamento da democracia na sociedade contemporânea não ocorre apenas pelo aperfeiçoamento dos modelos de participação democrática. É justamente neste sentido que se destaca o papel contra majoritário do Poder Judiciário:

> As críticas à divinização da regra majoritária tomam maior relevância se analisadas sob a ótica das minorias, de tal sorte que – defende-se – a democracia não pode se assentar estritamente na regra majoritária, mas, também, deve se apoiar na concretização de direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todos nos processos decisórios (BARROSO, 2009, p. 58).

No cenário interno, é pela porta do Poder Judiciário que os direitos de grupos vulneráveis de orientação sexual divergente da heteronormativa foram reconhecidos. Segundo Kauss e Albernaz:

> No cenário LGBT brasileiro, o específico das conquistas, no âmbito jurídico, tem ocorrido por meio da crescente judicialização dos conflitos e, consequentemente, de decisões judiciais e administrativas, as quais no seu escopo tem se valido da interpretação de princípios jurídicos fundamentais e de normas de direitos humanos (ALBERNAZ; KAUSS, 2018).

Cite-se, a título de exemplo, o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, por meio das quais reconheceu a união homoafetiva no ordenamento jurídico brasileiro, posteriormente expandido para casamento pela Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Trata-se, pois, de importante reconhecimento da autodeterminação da orientação sexual como elemento fundamental à proteção da dignidade da pessoa humana.

O Ministro Ayres Britto, relator das ações em questão, votou em defesa do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, já que, segundo ele, não o fazê-lo seria discriminação constitucionalmente vedada, vez que a preferência sexual deve ser acolhida em consonância com o princípio da isonomia. Assim o fez em voto ementado abaixo, efetivamente um *leading case* no direito brasileiro, seguido por unanimidade:

> 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade (...) 2. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inc. IV do art. 3.º da CF, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de 'promover o bem de todos'. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana 'norma geral negativa', segundo a qual 'o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido'. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da 'dignidade da pessoa humana': direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea (...). (BRASIL, 2011, p. 1).

Neste influxo, a partir do fio condutor elucidado pelo STF no sentido da igualdade de tratamento para pessoas com orientações sexuais diversas, foi julgado, em outubro de 2011, pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Recurso Especial nº 1183378, que deu provimento, por maioria dos votos, a duas mulheres que requeriam seu casamento civil. A vinculação com a decisão do STF se mostrou evidente nas palavras do relator, Ministro Luis Felipe Salomão:

> Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo Supremo Tribunal Federal (STF), para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável, deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil, mesmo porque é a própria Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento. (BRASIL, 2012, p. 21).

Novamente, o corolário do princípio da dignidade humana foi o fio condutor de toda a fundamentação, ementada abaixo:

> Direito de família. Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (homoafetivo). Interpretação dos arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 do CC/2002. Inexistência de vedação expressa a que se habilitem para o casamento pessoas do mesmo sexo. Vedação implícita constitucionalmente inaceitável. Orientação principiológica conferida pelo STF no julgamento da ADPF 132/RJ e da ADIn 4.277/DF (...) 4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição – explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF – impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos (...) 7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença (...) 11. Recurso especial provido. (BRASIL, 2012, p. 6).

A partir desses dois julgados de grande expressão nacional, nota-se que o Judiciário vem assegurando, no seu papel como guardião da Constituição, a igualdade em relação àqueles excluídos da construção jurídica que é historicamente heteronormativa. A jurisprudência cotejada expõe o acender de uma nova estação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, calcados no respeito efetivo pelos valores da dignidade humana concretizada.

Os julgados são reflexos do processo de institucionalização dos direitos humanos, que, para além da seara local, pulverizou-se no plano internacional, global e regionalmente. Exemplo disso são os casos Atala Riffo e crianças v. Chile e Duque v. Colômbia, acima citado, e no mesmo sentido da jurisprudência europeia aqui em comento sob a batuta do voto condutor do Juiz Pinto Albuquerque, o Judiciário tem promovido abertura no rol originário de direitos, compreendendo dentro do conteúdo jurídico da igualdade a vedação a qualquer ato discriminatório em decorrência de orientação sexual diversa da hetero-hegemônica.

Conclusão

Em sua exímia Opinião Parcialmente Concorrente e Parcialmente Dissidente no caso *Vallianatos e Outros v. Grécia,* o Juiz Pinto de Albuquerque recoloca o princípio da subsidiariedade, sobretudo em relação ao controle de convencionalidade à luz do direito à não-discriminação. Além disto, o caso e as suas pontes dialógicas, sobretudo com o sistema regional interamericano, revelam que, em termos substanciais, os diálogos judiciais em matéria de diversidade sexual tiveram como propósito reforçar a argumentação jurídica para garantir que os Estados estendam suas disposições normativas veiculadoras de direitos àqueles que sofreram discriminação em virtude da orientação sexual.

Os diálogos são marca indelével do direito internacional dos direitos humanos e dos constitucionalismos multinivelados e porosos que marcam a onda atual do desenvolvimento contemporâneo com a aproximação das fronteiras e o trânsito global cada vez mais intenso, formando uma nova ordem pública.[357] Internacionaliza-se o direito constitucional e constitucionaliza-se o direito internacional, pautado pelo diálogo, uso do direito comparado, empréstimos e trocas jurisdicionais.

O controle de convencionalidade aparece, assim, como ferramental a instrumentalizar esses diálogos como um compromisso duradouro com a abertura e pluralismo. O controle de convencionalidade se escora na permeabilidade de controle de atos internos a partir da interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos. É fundado na força expansiva dos direitos humanos e do princípio da dignidade, a qual justifica a possibilidade de exercício do controle de convencionalidade.

Além desta perspectiva dialógica do controle de convencionalidade, os cenários aqui desenhados, a partir do caso em comento, demonstram, ao lado de seus avanços, a necessidade de reconhecimento específico do padrão de violação de direitos humanos pautado na discriminação pela orientação sexual. Em que pese a normatividade não resolver *per se* os problemas sociais, nem as declarações de direitos humanos já trazerem consigo o gérmen da efetivação prática de seu conteúdo, este reconhecimento encerra espaço simbólico cuja importância foi sublinhada na célebre lição de Boaventura de Sousa Santos:

> Temos o direito a sermos iguais quando a diferença nos inferioriza. Temos o direito a sermos diferentes quando a igualdade nos descaracteriza. As pessoas querem ser iguais, mas querem respeitadas suas diferenças. Ou seja, querem participar, mas querem também que suas diferenças sejam reconhecidas e respeitadas (SANTOS, 2003, p. 56).

Eis o desafio que se impõe ao futuro no que tange à discriminação baseada em fatores de orientação sexual: reconhecer, seja no âmbito interno, seja no âmbito internacional, o direito à diferença com igualdade de direitos!

---

357 Para mais, ver: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). *Estudos avançados em direitos humanos*: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. São Paulo: Campus, 2012.

Referências Bibliográficas

ABRUSCI, Elena. The IACtHR Advisory Opinion: one step forward or two steps back for LGBTI rights in Costa Rica? *EJIL: Talk!* Blog of the European Journal of International Law, 27 February 2018. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/the-iacthr-advisory-opinion-on-gender-identity-equality-and-non-discrimination-for-same-sex-couples-one-step-forward-or-two-steps-back-for-lgbti-rights-in-costa-rica/>. Acesso em: 27.04.2021.

AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS; EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS; INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Kampala Declaration. First International Human Rights Forum, 28-29 October 2019. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Kampala_Declaration_ENG.pdf>. Acesso em: 27.04. 2021.

ALBERNAZ, Renata Ovenhausen; KAUSS, Bruno Silva *A questão LGBT através das decisões dos tribunais superiores do Brasil*. Disponível em: <http://estatico.cnpq.br/portal/premios/2013/ig/pdf/ganhadores_9edicao/Cat_E_Graduacao/BrunoSilvaKauss.pdf>. Acesso em: 23.04.2021.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade do direito brasileiro*: exposição sistemática e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial n. 1183378/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgamento de 25.10.2011, DJe de 1.02.2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, julgamento de 5.05.2011, DJe de 14.10.2011.

CIDH. *Digesto de decisiones sobre admisibilidad y competência de la CIDH*. OEA/Ser.L/V/II.175, 4 março 2020.

Corte EDH. *Case of Vallianatos and Others v. Greece*. Grand Chamber. Judgment, Nov. 7th, 2013.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e Outros v. Chile*. Sentença, 26 set. 2006. Série C, n. 154.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças v. Chile*. Sentença, 24 fev. 2012, Série C, n. 239.

Corte IDH. *Caso Duque v. Colômbia*. Sentença, 26 fev. 2016, Série C, n. 310.

Corte IDH. *Caso López Lone e Outros v. Honduras*. Sentença, 5 out. 2015. Serie C, n. 302.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco v. México*. Sentença, 23 nov. 2009. Serie C, n. 209.

Corte IDH. Condição jurídica e direitos dos migrantes não-documentados. *Opinião Consultiva 18/03*, 17 set. 2003. Série A, n. 18.

Corte IDH. *Cuardernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 7*: Control de Convencionalidad, 2019.

Corte IDH. Identidade de gênero e igualdades e não discriminação a casais do mesmo sexo. Obrigações estatais em relação à mudança de nome, identidade de gênero e os direitos derivados de vínculo entre casais do mesmo sexo (interpretação e alcance dos artigos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 e 24, em relação ao artigo 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). *Opinião Consultiva 24/17*, 24 nov. 2017. Série A, n. 24.

FLORES, Joaquim Herrera. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

LIMA, Lucas A. A. S. No dia do Orgulho LGBTI, conheça as perspectivas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Cosmopolita*: a política do direito internacional, o direito da política internacional, 28 jun. 2020. Disponível em: <https://www.cosmopolita.org/post/no-dia-do-orgulho-lgbti-conhe%C3%A7a-as-perspectivas-do-sistema-interamericano-de-direitos-humanos>. Acesso em: 27.04.2021.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. What do we mean when we talk about judicial dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. *Harvard Human Rights Journal*. v. 30, 2017.

NOWAK, Bruna. *Entre diálogos e monólogos*: um estudo sobre as referências da Corte Internacional de Justiça à jurisprudência das cortes regionais de direitos humanos. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2018.

ROA, Jorge Ernesto. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Temas de Derecho Público n. 94. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar*: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

II. Direito à Vida

Caso Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal: Opinião Parcialmente Concorrente, Parcialmente Dissidente, do Juiz Pinto De Albuquerque

Sumário

I. Introdução (§§ 1-2)

Primeira parte – As origens do direito a tratamentos de saúde (§§ 3-59)

II. O direito a tratamentos de saúde no direito internacional (§§ 3-28)

A. Critérios universais (§§ 3-15)

1. As declarações fundacionais (§§ 3-4)

2. Os instrumentos internacionais gerais (§§ 5-10)

3. Os instrumentos internacionais relativos a grupos específicos (§§ 11-15)

B. Critérios regionais (§§ 16-26)

1. Fora da Europa (§§ 16-19)

2. Na União Europeia (§§ 20-22)

3. No Conselho da Europa (§§ 23-26)

C. Conclusão preliminar (§§ 27-28)

III. O direito a tratamentos de saúde sob a Convenção (§§ 29-59)

A. O direito de grupos específicos (§§ 29-43)

1. Presos e militares (§§ 29-38)

2. Crianças e pessoas com deficiência (§§ 39-41)

3. Migrantes (§§ 42-43)

B. O direito emergente da população geral (§§ 44-53)

1. Incidentes relacionados à saúde no ambiente externo (§§ 44-46)

2. Incidentes relacionados à saúde no ambiente de trabalho (§§ 47-48)

3. Incidentes relacionados à saúde em hospitais ou outras instituições de

saúde (§§ 49-53)

C. Conclusão preliminar (§§ 54-59)

Segunda parte – Levando o direito a tratamentos de saúde a sério (§§ 60-91)

IV. Conceituando uma abordagem pro persona ao direito a tratamentos de saúde sob a Convenção (§§ 60-72)

A. As obrigações materiais (§§ 60-66)

1. A obrigação de respeitar (§§ 60-61)

2. A obrigação de proteger (§§ 62-66)

B. As obrigações procedimentais (§§ 67-70)

1. As obrigações de prestar contas e fornecer explicações (§§ 67-68)

2. As obrigações de investigar e de processar (§§ 69-70)

C. Conclusão preliminar (§§ 71-72)

V. A aplicação de uma abordagem pro persona ao presente caso (§§ 73-91)

A. Crítica à abordagem ideológica da maioria (§§ 73-81)

1. Restringindo a jurisprudência da Corte (§§ 73-78)

2. Reescrevendo a história (§§ 79-81)

B. Uma abordagem ao presente caso baseada nos direitos humanos (§§ 82-89)

1. As "condições estruturais e operacionais deploráveis" de tratamento (§§ 82-85)

2. Extraindo consequências da história (§§ 86-89)

C. Conclusão preliminar (§§ 90-91)

VI. Conclusão (§§ 92-94)

I. Introdução (§§ 1-2)

1. Concordo com a maioria que houve uma violação procedimental do art. 2 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos ("a Convenção"), uma vez que o Estado demandado falhou ao não dar uma explicação razoável para a morte do marido da requerente e ao não dar uma resposta adequada e tempestiva a um caso de alegada negligência médica. Lamento que a maioria não aborde as implicações dessa falha sobre o aspecto material do art. 2. Para além disso, discordo do critério estrito aplicado pela maioria em relação à responsabilidade internacional das Partes Contratantes em casos de má prática médica, o que não está em conformidade com a jurisprudência anterior da Corte Europeia de Direitos Humanos ("a Corte") nem com as normas estabelecidas pelo direito internacional e, em particular, pelo Conselho da Europa. Também discordo da avaliação iníqua que a maioria fez das provas do processo, que ignora a prova cristalina e cabal de uma falha sistêmica ou estrutural nos tratamentos de saúde prestados no momento relevante.

2. Esta opinião tem duas partes. Na primeira parte, trato das origens do direito a tratamentos de saúde[358], tanto no direito internacional em geral como no âmbito da Convenção. É dada especial atenção à análise da jurisprudência da Corte sobre o direito a tratamentos de saúde de certos grupos da população e à emergência do direito a tratamentos de saúde da população em geral. Com base nesse estudo, a segunda parte da opinião procura conceituar uma abordagem pro persona ao direito a tratamentos de saúde no âmbito da Convenção. Essa leitura, que privilegia o propósito (effet utile) e os princípios da Convenção, visa a demonstrar que existe um direito material a tratamentos de saúde ao abrigo da Convenção e que esse direito implica a obrigação de respeitar e de proteger a saúde, que incorpora um critério de razoabilidade a um quadro composto por obrigações fundamentais. No caso de morte ou de maus-tratos, os Estados Contratantes têm a obrigação de prestar uma explicação convincente sobre as circunstâncias do que aconteceu e, para esse efeito, de investigar os fatos e de processar as pessoas responsáveis. Isto esclarecido, sinto-me não apenas autorizado, mas obrigado, a extrair todas as inferências jurídicas necessárias para o caso em apreço e, finalmente, a concluir que também existiu uma violação da vertente material do art. 2 da Convenção.

Primeira parte – As origens do direito a tratamentos de saúde (§§ 3-59)

II. O direito a tratamentos de saúde no direito internacional (§§ 3-28)

A. Critérios universais (§§ 3-15)

358 * A presente versão é uma adaptação da tradução realizada pelo Departamento de Cooperação Judiciária e Relações Internacionais (GDDC) da Procuradoria-Geral da República de Portugal, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-202408%22]}>. O texto foi alterado com o objetivo de efetuar correções pontuais e adotar expressões mais familiares ao português brasileiro.
Nesta opinião, a expressão tratamentos de saúde é entendida no sentido do § 24 do Relatório Explicativo à Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano no âmbito da aplicação da biologia e da medicina, ETS n. 164 (a Convenção de Oviedo). O art. 10 do Código Europeu de Segurança Social (revisto), 1990, ETS n. 139, ademais, classifica como cuidados médicos, os cuidados especializados e de medicina geral, farmacêuticos, dentários e hospitalares, reabilitação médica e transporte médico.

1. As declarações fundacionais (§§ 3-4)

3. Nos tempos modernos, o direito a usufruir do mais alto nível de saúde possível foi primeiramente declarado no Preâmbulo da Constituição de 1946 da Organização Mundial de Saúde ("OMS"), que definiu a saúde como "um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou de enfermidade" e considerou "o desenvolvimento desigual em diferentes países na promoção da saúde e no controle de doenças, especialmente doenças transmissíveis, como um perigo comum"[359]. Com base nesses princípios jurídicos abrangentes, a Constituição da OMS procurou criar uma verdadeira "Magna Carta da saúde"[360], a qual "representa o conceito mais amplo e mais liberal de responsabilidade internacional para a saúde oficialmente promulgado"[361]. Dois anos mais tarde, o art. 25 § 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabeleceu as fundações do quadro legal internacional aplicável ao direito a tratamentos de saúde, afirmando o direito de todos, e não apenas dos cidadãos ou nacionais, a um "padrão de vida adequado para a saúde e o bem-estar para si mesmo e para a sua família", incluindo cuidados médicos[362]. Esse direito foi reiterado em várias declarações da OMS, dentre as quais as mais representativas são a Declaração de Alma-Ata de 1978 sobre Tratamentos de Saúde Primários e a Declaração Mundial de Saúde de 1998[363]. Ao adotar a expressão "tratamentos de saúde" em vez de "cuidados médicos", a OMS reconheceu que o desenvolvimento completo da saúde requer não apenas tratamento médico e medicamentos, mas, de forma mais ampla, algumas condições práticas subjacentes, como a nutrição adequada.

4. Concomitantemente a estas grandes declarações de princípio, o art. 5(e)(iv) da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965 ("CERD")[364] proibiu qualquer forma de discriminação racial no acesso a tratamentos de saúde e estabeleceu uma cláusula geral de igualdade de acesso à saúde pública e a cuidados médicos. Este tipo de cláusula seria replicado em vários instrumentos internacionais sobre grupos específicos.

359 Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde tal como adotado pela Conferência Internacional de Saúde, Nova Iorque, 19-22 de julho, 1946; assinada em 22 de julho de 1946 por representantes de 61 Estados (Arquivos Oficiais da Organização Mundial de Saúde, n. 2, p. 100), entrada em vigor em 7 de abril de 1948.

360 "Magna Carta of Health", 36 American Journal of Public Health (1946), p. 1041.

361 Allen, "World Health and World Politics", 4 International Organization (1950), p. 30.

362 Sobre saúde como questão global e direito da saúde global, ver Meier e Onzivu, "The evolution of human rights in World Health Organization policy and the future of human rights through global health governance", 128 Public Health (2014), 179-187; Meier, "Global health governance and the contentious politics of human rights: mainstreaming the right to health for public health advancement", 46 Stanford Journal of International Law (2010), 1-50; Meier, "The World Health Organization, the Evolution of Human Rights, and the Failure to Achieve Health for All", em Harrington e Stuttaford (eds), Global Health and Human Rights: Legal and Philosophical Perspectives, New York: Routledge, 2010, 168-189; Gruskin et al., "History, Principles, and Practice of Health and Human Rights", 370 Lancet (2007), 449-455; Gostin and Taylor, "Global Health Law: A Definition e Grand Challenges", 1 Public Health Ethics (2008), 53-63; Szlezák et al., "The Global Health System: Actors, Norms, and Expectations in Transition", 7 PLOS Medicine (2010); Lee, Globalization and health: an introduction, Palgrave: Macmillan, 2003.

363 Alguns destes padrões têm sido convertidos em direito convencional pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), por exemplo, nas suas Convenções n. 155 sobre Segurança Ocupacional e Saúde, 1981; n. 161 sobre Serviços de Saúde Ocupacionais, 1985; n. 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, 1989; e n. 182 sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil, 1999.

364 Adotada e aberta a assinatura e ratificação pela Resolução da Assembleia Geral 2106 (XX) de 21 de dezembro de 1965; entrada em vigor em 4 de janeiro de 1969, nos termos do art. 19.

2. Os instrumentos internacionais gerais (§§ 5-10)

5. Foi apenas em 1966 que a comunidade internacional enunciou o conteúdo do direito a tratamentos de saúde[365]. De acordo com o art. 12 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 ("PIDESC")[366], "os Estados signatários desse Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa gozar das melhores condições possíveis de saúde física e mental". Isso requer, como medidas "necessárias", a redução da taxa de mortinatalidade e de mortalidade infantil e a provisão de um desenvolvimento saudável da criança; a melhoria de todos os aspectos da higiene ambiental e industrial; a prevenção, o tratamento e o controle de doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais ou outras doenças; e a criação de condições que possam assegurar, a todos, serviços médicos e acompanhamento médico em caso de doença[367]. Foi assim rejeitada uma concepção biomédica restrita de saúde.

6. O Comitê para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC), no Comentário Geral n. 14 sobre o direito ao mais elevado nível possível de saúde, afirmou que "a saúde é um direito humano fundamental indispensável ao exercício de outros direitos humanos"[368]. Em relação ao seu âmbito, o CDESC

365 Esta opinião não leva em conta os instrumentos internacionais para a proteção da saúde em conflitos armados.

366 Adotada e aberta a assinatura, ratificação e adesão pela Resolução da Assembleia Geral 2200A (XXI) de 16 de dezembro de 1966; entrada em vigor em 3 de janeiro de 1976, de acordo com o art. 27.

367 Sobre tratamentos de saúde como uma questão de direitos humanos, ver Tobin, The Right to Health in International Law, Oxford: Oxford University Press, 2012; San Giorgi, The Human Right to Equal Access to Health Care, Cambridge: Intersentia, 2012; Meier et al., "Conceptualizing a Human Right to Prevention in Global HIV/AIDS Policy", Public Health Ethics (2012) 263-282; Hessler e Buchanan, "Specifying the content of the Human Right to Health Care", em Buchanan (ed.), Justice and Health Care: Selected Essays, Oxford: Oxford University Press, 2009; Yamin, "Will We Take Suffering Seriously? Reflections on What Applying a Human Rights Framework to Health Means and Why We Should Care", 10 Health & Human Rights (2008), 45-63; Riedel, "The International Protection of the Right to Health", em Rüdiger Wolfrum et al. (eds.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford: Oxford University Press, 2008, vol. IV, 764-776; London, "What Is a Human-Rights Based Approach to Health and Does It Matter?", em 10 Health & Human Rights (2008) (1), 65-80; Meier e Mori, "The Highest Attainable Standard: Advancing a Collective Human Right to Public Health", 37 Columbia Human Rights Law Revue, 101 (2005), 101-147; Yamin, "The Right to Health Under International Law and Its Relevance to the United States", 95 American Journal of Public Health (2005), 1156–1161; Gruskin e Tarantola, "Health and Human Rights", em Detels et al. (eds), Oxford Textbook of Public Health 311 (2015); Oppenheimer et al., "Health and Human Rights: Old Wine in New Bottles", 30 Journal of Law Medicine & Ethics (2002), 522-532; Kinney, "The International Human Right to Health: What Does This Mean for Our Nation and World?", 34 Indiana Law Revue (2001), 1457-1475; Farmer, "Pathologies of Power: Rethinking Health and Human Rights", 89 American Journal of Public Health (1999), 1486–1496; Mann et al. (eds), Health and Human Rights: A Reader, London: Routledge, 1999; Toebes, The Right to Health as a Human Right in International Law, Antwerp: Intersentia, 1999; e Mann, "Health and Human Rights: If Not Now, When?", 2 Health & Human Rights (1997), 113-120.

368 CDESC, Comentário Geral n. 14: O direito ao mais alto padrão de saúde (art. 12), 11 de agosto de 2000, § 1. Sobre o labor normativo do CDESC no domínio do direito à saúde, ver Saul et al., The International

considerou que "o direito à saúde deve ser entendido como o direito a usufruir de uma variedade de instalações, bens, serviços e condições necessárias para a efetivação do mais alto nível de saúde possível"[369]. Neste contexto, o CDESC, exigiu que as necessárias instalações de saúde pública e de tratamentos de saúde possuíssem as chamadas características DAAQ: Disponibilidade[370], Acessibilidade[371], Aceitabilidade[372] e Qualidade[373]. Uma vez que as obrigações do Estado decorrentes do PIDESC estavam limitadas a uma realização progressiva até ao máximo dos recursos disponíveis, e o art. 12 não especificava que nível mínimo de tratamentos de saúde satisfazia este requisito, o CDESC definiu "uma obrigação essencial no âmbito do PIDESC de assegurar a satisfação, pelo menos, de níveis mínimos essenciais, de cada um dos direitos enunciados na Convenção, incluindo tratamentos de saúde primários"[374]. Essas obrigações mínimas não estão sujeitas nem à realização progressiva nem à limitação de recursos e a fortiori não variam de país para país de acordo com os recursos disponíveis[375]. Não é aplicável nenhuma cláusula de derrogação aos direitos consagrados no Pacto[376], mas apenas uma cláusula constante do art. 4 sobre limitações que devem "ser compatíveis com a natureza desses direitos". Logo, o cumprimento dos níveis mínimos do direito assegura um "piso" universalmente aplicável de tratamentos de

Covenant on Economic, Social and Cultural Rights Commentary, Cases and Materials, Oxford: Oxford University Press, 2012, 1025-1029; e Riedel, "New Bearings to the State Reporting Procedure: Practical Ways to Operationalize Economic, Social and Cultural Rights – the Example of the Right to Health", em von Schorlemer (ed.), Praxishandbuch UNO, Berlin: Springer, 2003, 345-358.

369 CESCR, Comentário Geral n. 14, citado acima, § 9.

370 O CESCR requer que os estabelecimentos, serviços e bens, e também os elementos subjacentes à saúde como água potável de boa qualidade, instalações sanitárias adequadas, hospitais, clínicas e outros edifícios relacionados com a saúde, pessoal médico profissional e qualificado, medicamentos essenciais, estejam disponíveis em quantidade suficiente. Ver exemplos da prática do CESCR em Tobin, citado acima, p. 161.

371 Acessibilidade significa que as instalações, serviços e bens e informação relacionada com saúde seja física e economicamente acessível sem discriminação, especialmente a populações vulneráveis ou marginalizadas. Ver exemplos da prática do CESCR em Tobin, citado acima, 168-172.

372 CESCR é de opinião que as instalações, serviços e bens devem respeitar a ética médica, a confidencialidade e melhorar o estado de saúde das pessoas em causa.

373 Qualidade requer que as instalações, serviços e bens sejam científica e medicamente apropriados e de boa qualidade o que, de acordo com o Comitê, requer, inter alia, pessoal de tratamentos de saúde qualificado, medicamentos e equipamentos cientificamente aprovados e dentro da validade, água potável de boa qualidade e saneamento adequado.

374 CESCR, Comentário Geral n. 14, citado acima, § 43. Ver também na literatura, Young, "The minimum core of economic and social rights: a concept in search of content", em 33 Yale Journal of International Law (2008), 113-175; Riedel, "The Human Right to Health: Conceptual Foundations", em Clapham et al. (eds), Realizing the Right to Health, Zürich: Rüffer e Rub, 2009, 21-39; Forman et al. "Conceptualizing minimum core obligations under the right to health: How should we define and implement the 'morality of the depths'?", 20 International Journal of Human Rights (2016), 531–548; Forman et al., "What do core obligations under the right to health bring to universal health coverage?", 18 Health and Human Rights Journal (2016), 23-34; e Forman, "Can Minimum Core Obligations Survive a Reasonableness Standard of Review Under the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights?", Ottawa Law Review, Vol. 47, No. 2, 2016, 557-573. Nesses textos as palavras "core", "essence" e "substance" são utilizadas indistintamente.

375 Ver Orientações de Maastricht sobre Violações dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 22-26 de janeiro de 1997, § 9.

376 Comentário Geral n. 14, citado acima, § 47.

saúde essenciais[377]. Isso envolve, pelo menos, o acesso a instalações de saúde, bens e serviços de maneira não discriminatória, especialmente para grupos vulneráveis ou marginalizados, e acesso a medicamentos essenciais (aplicáveis à maioria das doenças crônicas e agudas), tal como definido ocasionalmente no âmbito do Programa de Ação sobre Medicamentos Essenciais da OMS[378]. Dito de outro modo, isso significa que o foco das obrigações principais no âmbito do direito à saúde não está exclusivamente nos procedimentos (como planos de ação), mas também nos resultados. O CDESC indicou ainda que essa interpretação do PIDESC tinha sido extraída da Declaração de Alma-Ata[379], lida em conjunto com o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento.

7. Para além disso, o CDESC enfatizou que a obrigação de respeitar o direito à saúde exige que o Estado se abstenha de negar ou limitar o acesso igualitário a todas as pessoas, incluindo presos ou detidos, minorias, requerentes de asilo ou refúgio e imigrantes ilegais, a serviços de saúde preventivos, curativos e paliativos. A obrigação de proteger inclui as obrigações dos Estados de adotarem legislação ou tomarem outras medidas que assegurem o acesso igualitário a tratamentos de saúde e a serviços de saúde prestados por terceiros bem como de assegurar que os profissionais médicos e outros profissionais de saúde preencham os requisitos próprios de formação técnica e sigam códigos éticos de conduta. A obrigação de cumprir inclui a provisão de um número suficiente de hospitais, clínicas e outras instalações de saúde, a promoção e o apoio à criação de instituições que providenciem aconselhamento e serviços de saúde mental, tendo devidamente em conta a distribuição equitativa pelo país, bem como a obrigação de cumprir um direito específico consagrado no PIDESC quando indivíduos ou grupos são incapazes, por razões que estão fora de seu controle, de exercer por si esse direito

377 Comentário Geral n. 14, citado acima, §§ 9 e 12.

378 Ver "The Use of Essential Drugs: Ninth Report of the WHO Expert Committee", 2000. Apesar de a OMS salientar que definir quais medicamentos são tidos como essenciais continua a ser uma responsabilidade nacional, define uma lista modelo de medicamentos essenciais. Ver também as Observações Conclusivas do CDESC sobre Angola E/C.12/AGO/CO/3, § 37, Quênia, E/C.12/KEN/CO/1, § 32, e Tajiquistão, E/C.12/TJK/CO/1, § 70; Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, "Access to medicines in the context of the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health", 11 de junho de 2013, A/HRC/23/L.10/Rec. l; e Comissão de Direitos Humanos, Resolução 2003/29, "Access to medications in the context of pandemics such as HIV/AIDS, tuberculosis and malaria", 22 de abril de 2003. Na literatura, ver também Yamin, "Not Just a Tragedy: Access to Medications as a Right Under International Law", 21 Boston University International Law Journal (2003), 302-371; Joseph, "Pharmaceutical Corporations and Access to Drugs: The 'Fourth Wave' of Corporate Human Rights Scrutiny", 25 (2) Human Rights Quarterly (2003), 425-452; Rubenstein, "Human Rights and Fair Access to Medication", 17 Emory International Law Review (2003) 525; Marks, "Access to essential medicines as a component of the right to health", in Clapham et al. (eds), Realizing the Right to Health, citado acima, 82-101; Perehudoff, Health, Essential Medicines, Human Rights & National Constitutions, Vrije Universiteit Amsterdam, 2008; Hogerzeil e Mirza, The World Medicines Situation 2011: Access to Essential Medicines as Part of the Right to Health, WHO/EMP/MIE/2011.2.10; e Saul et al., The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases and Materials, citado acima, p. 1018.

379 Declaração adotada na Conferência Internacional sobre Tratamentos de Saúde Primários, Alma-Ata, 1978, salientou a função central dos tratamentos de saúde primários no sistema de saúde de um país (Artigo VI). Ao incluir a disponibilização de medicamentos essenciais como um dos oito componentes de uma lista em matéria de tratamentos de saúde primários (art. VII.3), a Declaração estabeleceu o nexo entre o objetivo do nível mais elevado possível de saúde e o acesso a medicamentos essenciais.

através dos meios que têm à sua disposição. Para além do mais, o setor privado também tem responsabilidades na realização do direito à saúde[380]. Por último, o CDESC considerou que qualquer pessoa ou grupo que tenha sido vítima de uma violação do direito à saúde deve ter acesso a recursos efetivos, judiciais ou outros, a nível tanto nacional como internacional.

8. Apesar de o direito à saúde não estar diretamente protegido pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos ("PIDCP") de 1966, o art. 6 protege o direito à vida, ao abrigo do qual o direito à saúde tem sido afirmado. No que diz respeito ao cumprimento do dever do Estado de assegurar o direito à vida, ao abrigo do art. 6 § 1, o Comitê de Direitos Humanos (CDH) afirmou que "a proteção deste direito requer que os Estados adotem medidas positivas"[381]. No campo da saúde pública, o Comitê incluiu a subnutrição e doenças mortais no escopo de proteção do direito à vida. O Comitê considerou que seria desejável que os Estados Partes tomassem todas as medidas possíveis para reduzir a mortalidade infantil e para aumentar a expectativa de vida, notadamente com atenção ao acesso a tratamento do HIV[382].

9. De acordo com o Alto Comissário para os Direitos Humanos e a OMS, o direito à saúde confere determinadas prerrogativas, incluindo o direito a um nível mínimo de acesso a tratamentos de saúde e a medicamentos essenciais. Como o Alto Comissário explicou:

"Não obstante as limitações de recursos, algumas obrigações têm um efeito imediato, tal como a de garantir o direito à saúde de forma não discriminatória, a de adotar legislação específica e planos de ação, ou outras medidas semelhantes com vistas à plena realização desse direito, tal como acontece com qualquer outro direito humano. Os Estados também devem assegurar um nível mínimo de acesso aos elementos materiais essenciais do direito à saúde, como a provisão dos medicamentos essenciais e os serviços de saúde materna e infantil"[383].

10. Na mesma linha, o Relator Especial sobre o Direito de todos a desfrutar do mais elevado nível possível de saúde física e mental salientou o seguinte:

"Apesar de sujeito a uma realização progressiva e a limitações de recursos, o direito à saúde impõe várias obrigações de efeito imediato. Essas obrigações imediatas incluem garantias de não discriminação e tratamento igual, bem como a obrigação de adotar medidas deliberadas, concretas e direcionadas à plena realização do direito à saúde, tal como a preparação de uma estratégia nacional de saúde pública e um plano de ação. A realização progressiva significa que os Estados têm uma obrigação contínua e específica de progredir o mais expedita e eficazmente possível para a realização plena do direito à saúde"[384].

380 Comentário Geral n. 14, citado acima, § 42.

381 Comitê de Direitos Humanos, Comentário Geral 6, art. 6 (16ª sessão, 1982), HRI/GEN/1/Rec.1 em 6 (1994), § 5. Ver também Resoluções da Comissão de Direitos Humanos 2002/31 e 2003/28 sobre o direito de todos ao gozo do maior nível de saúde física e mental possível.

382 Por exemplo, sobre a falta de acesso a medicamentos antirretroviral, ver Observações Conclusivas sobre Uganda (2004), CCPR/CO/80/UGA, § 14; e sobre o Quênia (2005), CCPR/CO/83/KEN, § 15.

383 Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, O Direito à Saúde, Folha Informativa n. 31, 2008, p.5.

3. Instrumentos internacionais dirigidos a grupos específicos (§§ 11-15)

11. O inovador art. 12 da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979 ("CEDAW"), estabelece uma obrigação de resultado ("deve assegurar") em relação a certos serviços de saúde relacionados com a gravidez, o parto e o período pós-natal[385], para além de uma obrigação de meios ("deve adotar todas as medidas adequadas") para eliminar a discriminação contra as mulheres no campo dos tratamentos de saúde e para assegurar, com base na igualdade entre homens e mulheres, o acesso a tratamentos de saúde. O Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres requereu aos Estados Partes que assegurem que as mulheres tenham serviços adequados no que respeita à gravidez, parto e período pós-natal, incluindo tratamento obstétrico de emergência[386]. O Comitê também notou que "o Estado é diretamente responsável pelos atos das instituições privadas quando terceiriza os seus serviços médicos e que, ademais, o Estado mantém sempre o dever de regular e de monitorar instituições de tratamentos de saúde privadas"[387].

12. O art. 24 da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989[388] reconhece à criança o direito a gozar do "melhor estado de saúde possível" e a dispor de instalações para o tratamento da doença e reabilitação da saúde, mas impõe aos Estados Partes uma obrigação de meios ("devem zelar para garantir") para que nenhuma criança seja privada do acesso a esses serviços de tratamentos de saúde. Essa obrigação geral materializa-se em certas obrigações específicas, mais concre-

384 Ver o site do Relator Especial (consultado em 30 de outubro de 2017) e o Relatório do Relator Especial sobre o direito de todos ao gozo do maior nível de saúde física e mental possível, A/HRC/4/28, 17 de janeiro de 2007, § 63. No mesmo espírito, ver outros Relatórios mais recentes, como A/72/137, 14 de julho de 2017, § 24, e A/71/304, 5 de agosto de 2016, § 27. Em relação ao acesso a medicamentos essenciais ver, em particular, os relatórios sobre acesso a medicamentos, 1 de maio de 2013, A/HRC/23/42; orientações para as empresas farmacêuticas, 11 de agosto de 2008, A/63/263; as responsabilidades das empresas farmacêuticas, 13 de setembro de 2006, A/61/338; e propriedade intelectual e acesso a medicamentos, E/CN.4/2004/49/Add.1.

385 Adotada e aberta a assinatura, ratificação e adesão pela resolução da Assembleia Geral 34/180 de 18 de dezembro de 1979; entrada em vigor a 3 de dezembro de 1981, de acordo com o art. 27 §1 Ver também os arts. 11 § 1 (f), e 14 § 2 (b) da CEDAW.

386 Ver, em particular, a Recomendação n. 24 do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres sobre mulheres e saúde, 1999, A/54/38/Rec.1, §§ 14 e 17; e Freeman et al., The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, A Commentary, Oxford: Oxford University Press, 2012, 329-332.

387 CEDAW, Alyne da Silva Pimentel v. Brasil, 10 de agosto de 2011, CEDAW/C/49/D/17/2008, § 7.5.

388 Adotada e aberta a assinatura, ratificação e adesão pela resolução 44/25 da Assembleia Geral de 20 de novembro de 1989; entrada em vigor em 2 de setembro de 1990, de acordo com o art. 49.

tas, de resultados, como a obrigação de assegurar a provisão da assistência médica necessária e cuidados médicos a todas as crianças, com ênfase no desenvolvimento de tratamentos de saúde primários e a obrigação de assegurar às mães cuidados pré e pós-natal[389]. O Comitê sobre os Direitos da Criança considerou que os Estados têm obrigações fundamentais de assegurar a cobertura universal de serviços de saúde primários de elevada qualidade, incluindo a prevenção, promoção da saúde, cuidados e tratamento, e medicamentos essenciais[390]. Tais obrigações fundamentais não devem estar dependentes da disponibilidade de recursos[391].

13. O art. 4 da Convenção sobre o Controle dos Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e a seu Depósito[392] impõe uma obrigação de meios ("adotar as medidas adequadas") para prevenir a poluição causada por resíduos perigosos e outros resíduos e, se tal poluição ocorrer, para minimizar as consequências para a saúde humana e o meio ambiente.

14. O art. 28 da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das Suas Famílias, de 1990[393], estabelece o direito ao acesso equitativo dos trabalhadores migrantes e dos membros da sua família a qualquer cuidado médico que seja urgentemente necessário para a preservação da vida ou para a prevenção de qualquer dano irreparável à saúde, independentemente de qualquer irregularidade relativa à sua estadia ou emprego.

15. Mais recentemente, o art. 25 da Convenção de 2006 sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ("CDPD")[394] dirige sua atenção ao acesso não discriminatório a tratamentos de saúde. Estabelece, ainda, uma obrigação de resultado ("deve prestar") para prestação dos serviços de saúde de que necessitem pessoas com deficiência especificamente por causa das suas deficiências, incluindo a identificação precoce e a intervenção adequada, assim como serviços destinados a minimizar e prevenir outras deficiências, incluindo entre crianças e pessoas mais velhas[395]. Em um caso, o Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência considerou que a recusa da Suécia em permitir a construção de uma piscina interior de hidroterapia em casa para a reabilitação de uma pessoa com deficiência violava o supramencionado art. 25[396].

389 Os arts. 3 §3, 17, 23, 25, 32 e 28 consagram proteções para grupos especialmente vulneráveis de crianças.

390 Comitê sobre os Direitos da Criança, Comentário Geral n. 15, O Direito da Criança a gozar do mais alto nível de saúde possível (art. 24), 17 de abril de 2013, CRC/C/GC/15, § 73. Ver também o Comentário Geral n. 4 (2003) sobre saúde e desenvolvimento dos adolescentes no contexto da Convenção dos Direitos da Criança, 1 de julho de 2003, CRC/CG/2003/4.

391 Relatório do Comitê dos Direitos da Criança, na 46ª Sessão, CRC/C/46/3, 22 de abril de 2008, capítulo VII, § 89.

392 Adotada em 22 de março de 1989 pela Conferência de Plenipotenciários em Basileia, Suíça; entrada em vigor em 1992.

393 Adotada pela Resolução da Assembleia Geral 45/158 de 18 de dezembro de 1990; entrada em vigor em 1 de julho de 2003. Ver também os Artigos 43 (e) e 45 (c).

394 Adotado em 13 de dezembro de 2006; entrou em vigor em 3 de maio de 2008. Ver também a Declaração sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências (1975); Princípios para a Proteção das Pessoas com Doenças Mentais e Melhoria dos Tratamentos de Saúde Mental (1991); Regras sobre a Igualdade de Oportunidades para Pessoas com Deficiência (1993); e o Comentário Geral n. 5 do CDESC sobre Pessoas com Deficiências, 9 de dezembro de 1994, E/1995/22.

395 Sobre o direito aos tratamentos de saúde deste grupo, ver Perlin, "International Human Rights Law and Comparative Mental Disability Law: The Universal Fators", 34 Syracuse Journal of International Law & Commerce (2006-2007), 333-357; Gable e Gostin, "Mental Health as a Human Right", em Clapham et al. (eds), Realizing the right to health, citada acima , III, 249-261; Mégret, "The Disabilities Convention: Human Rights of Persons With Disabilities or Disability Rights?", 30 Human Rights Quarterly (2008), 494-516; Gostin e Gable, "The Human Rights of Persons with Mental Disabilities: A Global Perspective on the Application of Human Rights Principles to Mental Health", 63 Maryland Law Revue (2004), 20-121.

B. Normas regionais (§§ 16-26)

1. Fora da Europa (§§ 16-19)

16. Vários instrumentos regionais protegem o direito à saúde, tanto direta como indiretamente. O art. 4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 protege o direito à vida. O art. 5 protege o direito à integridade física, no § 1, e o direito a não ser sujeito a tortura nem a outros tratamentos degradantes, no § 2[397]. Com base nos direitos enumerados nesses arts., a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem prestado, de forma bem-sucedida, auxílio imediato a indivíduos portadores de HIV/AIDS[398].

17. A jurisprudência da Corte Interamericana evoluiu significativamente. No caso Albán-Cornejo e outros v. Equador[399], a Corte Interamericana não considerou existir prova suficiente para atribuir responsabilidade internacional ao Estado pela morte de Laura Albán sob o art. 4 da Convenção Americana. Contudo, o Estado foi considerado responsável pela violação do direito a um tratamento humano, com base na falta de supervisão e de regulação da prestação de serviços de interesse público, como a saúde, por entidades públicas ou privadas[400]. No caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek v. Paraguai[401], a Corte atribuiu a morte de certas pessoas à falta de tratamentos de saúde adequados, incluindo assistência por pessoal adequadamente treinado para lidar com partos, cuidado pré-natal e pós-natal adequado[402]. No caso Suarez Peralta v. Equador[403],

396 Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência, Comunicação n. 3/2011, CRPD/C/7/D/3/2011, 21 de maio de 2012, § 8.8.

397 Adotado na Conferência Interamericana Especializada sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969.

398 Comissão Interamericana, Jorge Odir Miranda Cortez et al. v. El Salvador, Relatório n. 29/11, Caso 12.249, decisão de admissibilidade, 7 de março de 2001.

399 Corte Interamericana, Caso Albán Cornejo et al v. Equador (Mérito, Reparações e Custas), Acórdão de 22 de novembro de 2007, Série C n. 171.

400 Ibid., § 119.

401 Corte Interamericana, Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek v. Paraguai (Mérito, Reparações e Custas), Acórdão de 24 de agosto de 2010.

402 Ibid., §§ 231-234.

403 Corte Interamericana, Caso Suarez Peralta v. Equador (Objeções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), Acórdão 21 de março de 2013.

a Corte também considerou ter existido uma violação da obrigação de monitorar e supervisionar a prestação de serviços de tratamentos de saúde, em razão dos cuidados médicos prestados por um profissional não autorizado e em uma clínica que não era supervisionada pelo Estado[404]. No caso Gonzales Lluy e outros v. Equador[405], a Corte Interamericana reconheceu explicitamente o direito de acesso a medicamentos essenciais[406] e considerou ter existido uma violação do direito à vida e do direito à integridade pessoal devido ao descumprimento da obrigação de monitorar e supervisionar as transfusões de sangue, depois de o sangue ter sido entregue sem que tivessem sido feitos os testes mais básicos, como para o HIV[407].

18. O art. 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988[408] consagra o direito à saúde, entendido como o gozo do "nível mais elevado de bem-estar físico, mental e social", e estabelece várias obrigações de resultado ("para assegurar"), incluindo cuidados primários de saúde, ou seja, tratamentos de saúde essenciais disponibilizados a todos os indivíduos e famílias na comunidade. No caso Jorge Odir Miranda Cortez v. El Salvador, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos considerou que, apesar de não ser competente para determinar se El Salvador tinha violado o art. 10 do Protocolo de San Salvador, teria "em consideração as disposições relacionadas com o direito à saúde na análise do mérito do caso"[409].

19. O art. 16 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981[410], é menos exigente do que o seu equivalente americano. Reconhece o direito ao gozo do "melhor estado de saúde física e mental possível", mas apenas estabelece uma obrigação geral de meios ("deve adotar todas as medidas necessárias") para o implementar e uma obrigação concreta de resultado "para assegurar" que as pessoas recebem acompanhamento médico "quando estão doentes". O art. 18 § 4 estabelece o direito dos idosos e deficientes a terem medidas especiais de proteção consentâneas com as suas necessidades físicas ou morais. O art. 14 § 1 da Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança[411] protege o direito ao gozo do "nível mais elevado de saúde física, mental e espiritual" e estabelece uma obrigação geral de meios ("deve adotar medidas para"), incluindo "para assegurar a prestação de acompanhamento médico necessário e tratamentos de saúde

404 Ibid., §§ 152 and 153.

405 Corte Interamericana, Caso Gonzales Lluy e Outros v. Equador (Objeções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), Acórdão de 1 de setembro de 2015.

406 Ibid., §§ 194 e 197.

407 Ibid., § 189.

408 Adotado em San Salvador em 17 de novembro de 1988; entrada em vigor em 16 de novembro de 1999.

409 Jorge Odir Miranda Cortez v. El Salvador, citado acima, § 47.

410 Concluído em Nairobi em 27 de junho de 1981. Ver também o art. 14 da Carta Africana sobre direitos e bem-estar da criança.

411 Adotado pela Organização da Unidade Africana em 1990; entrou em vigor em 1999.

a todas as crianças, em especial no desenvolvimento de cuidados primários de saúde". A Comissão Africana para os Direitos Humanos e dos Povos considerou ter existido violação do direito ao gozo do melhor nível de saúde física e mental possível em diferentes ocasiões, incluindo devido à omissão de fornecer medicamentos adequados[412].

2. Na União Europeia (§§ 20-22)

20. O âmbito de ação da União Europeia ("UE") sobre política de saúde está definido no art. 168 do Tratado de Funcionamento da União Europeia ("TFUE"). A saúde é uma matéria de competência "complementar", no âmbito da qual a União pode "desenvolver ações para apoiar, coordenar ou complementar as ações dos Estados membros", de acordo com o art. 2 § 5 do TFUE. Cabe aos governos nacionais organizar os tratamentos de saúde e assegurar que são fornecidos, enquanto o papel da UE é o de complementar as políticas nacionais através da promoção da cooperação entre os Estados membros, adotando medidas de incentivos, providenciando fundos, e assim por diante.

21. A questão da saúde também é abordada no art. 35 da Carta de Direitos Fundamentais, que garante o direito de acesso a tratamentos de saúde preventivos e o direito a beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais[413]. A disposição estabelece um objetivo ambicioso estabelecendo que "na definição e execução de todas as políticas e ações da União, será assegurado um elevado nível de proteção da saúde humana". Por exemplo, de acordo com o art. 15 da Diretiva do Conselho n. 2003/9/CE[414], os Estados membros devem assegurar que os requerentes de asilo recebam os tratamentos de saúde necessários, incluindo cuidados de emergência e tratamento essencial de doenças, e prestem assistência médica ou outra forma de assistência necessárias aos requerentes que tenham necessidades especiais.

22. A UE tem alcançado um grau elevado de uniformidade normativa em matéria de tratamentos de saúde, em particular na área da segurança de pacientes. O principal texto legislativo é a Recomendação do Conselho, de 9 de junho de 2009, sobre a segurança do paciente, incluindo a prevenção e o controle de infecções associadas aos tratamentos de saúde ("IACS")[415]. O Parlamento Europeu

412 Free legal assistance Group e outros v. Zaire, Comunicação n. 25/89, 47/90, 56/91, 100/93. Ver também SERAC e CESR v. Nigéria, Comunicação n. 155/96, 15º Relatório Anual de Atividades 2001-2002, anexo V, e Purohit e Moore v. a Gâmbia, Comunicação n. 241/2001, 16º Relatório de Atividades 2002-2003, anexo VII.

413 McHale, "Fundamental rights and health care", em Mossialos et al. Health Systems Governance in Europe – The Role of European Union Law and Policy, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, 282-314.

414 Diretiva 2003/9/EC do Conselho, de 27 de janeiro de 2003, que estabelece normas mínimas em matéria de acolhimento dos requerentes de asilo.

415 Recomendação do Conselho (2009/C 151/01) de 9 de junho de 2009 sobre a segurança dos pacientes, incluindo a prevenção e o controle de infecções associadas aos tratamentos de saúde.

também adotou uma Resolução, em outubro de 2013[416], requerendo uma maior priorização da segurança de pacientes a nível europeu e nacional. Vários documentos de orientação e relatórios para apoiar os Estados membros também foram produzidos pelo Centro Europeu de Prevenção e Controle de Doenças. Para além destas orientações e relatórios, que se relacionam diretamente com questões da segurança de pacientes e IACS, a UE também tem legislado em áreas indiretamente relacionadas com a segurança de pacientes. De acordo com o art. 168 § 5 TFEU, a UE pode adotar legislação no campo das graves ameaças transfronteiriças para a saúde, excluindo a harmonização da legislação e regulamentação dos Estados membros. Neste âmbito, vale a pena chamar a atenção para a adoção, pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, da Decisão 1082/2013/UE relativa às ameaças sanitárias transfronteiriças graves[417]. No âmbito da mobilidade do paciente dentro da UE, a Diretiva 2011/24/EU relativa ao exercício dos direitos dos pacientes em matéria de cuidados transfronteiriços[418] estabelece o "princípio geral" de que o Estado membro de origem deve reembolsar as despesas dos pacientes que recebem tratamentos de saúde prestados de modo transfronteiriço.

3. No Conselho da Europa (§§ 23-26)

23. O art. 11 da Carta Social Europeia ("CSE") reconhece explicitamente o direito à proteção da saúde. Os Estados devem tomar as medidas adequadas pare eliminar as causas dos problemas de saúde e providenciar instalações para prevenir doenças. A CSE também reconhece o direito a acompanhamento médico e social (art. 13).

24. O Comitê Europeu dos Direitos Sociais ("CEDS") tem enfatizado que o art. 11 da CSE completa os arts. 2 e 3 da Convenção e que os direitos relacionados com a saúde incorporados nessas disposições estão inextricavelmente ligados, uma vez que "a dignidade humana é o valor fundamental e, de fato, o núcleo do direito europeu positivo em matéria de direitos humanos – seja no âmbito da Carta Social Europeia ou ao abrigo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos – e os tratamentos de saúde são um pré-requisito para a preservação da dignidade humana"[419]. O CEDS considerou ainda que os Estados devem assegurar o melhor estado de saúde possível à população de acordo com o conhecimento existente, e que os

416 Resolução do Parlamento Europeu, de 22 de outubro de 2013, sobre o relatório da Comissão ao Conselho com base nos relatórios dos Estados membros relativos à aplicação da Recomendação do Conselho (2009/C 151/01) sobre a segurança dos pacientes, incluindo a prevenção e o controlo de infeções associadas aos tratamentos de saúde (2013/2022(INI)).

417 Decisão n. 1082/2013/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de outubro de 2013 relativa às ameaças sanitárias transfronteiriças graves e que revoga a Decisão n. 2119/98/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de setembro de 1998 que instituiu uma rede de vigilância epidemiológica e de controlo das doenças transmissíveis na Comunidade.

418 Diretiva 2011/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de março de 2011 relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados prestados transfronteiras.

419 Digesto de jurisprudência do Comitê Europeu de Direitos Sociais, 2008, pp. 81-89.

sistemas de tratamentos de saúde devem responder de modo apropriado aos riscos de saúde evitáveis, ou seja, aqueles que podem ser controlados por ação humana, e devem estar acessíveis a todos. Para além disso, restrições à aplicação do art. 11 não podem ser interpretadas de modo a impedir que grupos desfavorecidos exerçam o seu direito à saúde. O CEDS considerou as condições que regem o acesso a cuidados, tendo em consideração a Recomendação da Assembleia Parlamentar 1626 (2003) sobre "a reforma dos sistemas de tratamentos de saúde na Europa: reconciliar a igualdade, a qualidade e a eficácia", que convidava os Estados membros a adotar como critério principal do sucesso das suas reformas de sistemas de saúde o acesso eficaz a tratamentos de saúde para todos, sem discriminação, como um direito humano básico. O direito a acesso a tratamentos de saúde requer que o custo do cuidado de saúde seja suportado, pelo menos em parte, pela comunidade e não deve representar um fardo excessivo para o indivíduo. Devem, por isso, ser adotadas medidas para reduzir a carga financeira para os doentes pertencentes aos sectores mais desfavorecidos da comunidade. O acesso ao tratamento deve ser baseado em critérios transparentes, estabelecidos a nível nacional, tendo em consideração o risco de deterioração quer do estado clínico ou da qualidade de vida. Uma cláusula de derrogação pode aplicar-se nos termos do art. F. O CEDS já considerou que vários Estados violavam estas obrigações[420], inclusive por não providenciarem cuidados primários e medicamentos[421].

25. O art. 3 da Convenção de Oviedo garante o acesso equitativo a tratamentos de saúde de qualidade apropriada. Esta é uma obrigação de meios ("deve adotar as medidas adequadas com vista a"), que tem em conta as necessidades de saúde e os recursos disponíveis. O objetivo desta disposição, de acordo com o Relatório explicativo, não é o de criar um direito individual que cada pessoa possa invocar em processos judiciais contra o Estado, mas antes o de provocar o Estado a adotar as medidas necessárias como parte de sua política social de forma a assegurar o acesso equitativo a tratamentos de saúde.

26. Por último, a "Declaração sobre a Promoção dos Direitos dos Pacientes na Europa" foi o resultado de uma consulta de peritos que teve lugar em Amsterdã em 1994 sob os auspícios do Bureau Regional da OMS para a Europa. É o primeiro instrumento legal internacional a tratar direitos dos pacientes de forma global. A

420 Ver, por exemplo, European Roma and Travelers Forum (ERTF) v. República Tcheca, queixa coletiva n. 104/2014, sobre acesso inadequado a tratamentos de saúde pelos Roma; Conference of European Churches (CEC) v. Países Baixos, queixa coletiva n. 90/2013, 10 de novembro de 2014, sobre a necessidade de providenciar tratamento médico necessário a todas as pessoas que se encontrem nos Países Baixos de forma irregular; Defence for Children International (DCI) v. Bélgica, queixa coletiva n. 69/2011, 23 de outubro de 2012, sobre maus tratos a menores estrangeiros não acompanhados; European Roma Rights Centre (ERRC) v. Bulgária, queixa coletiva n. 46/2007, 3 de dezembro de 2008, sobre problemas enfrentados por muitos Roma no acesso a serviços de tratamentos de saúde; e International Federation of Human Rights League (FIDH) v. França, queixa coletiva n. 14/2003, 3 de novembro de 2004, sobre a negação de assistência médica imediata a filhos de imigrantes ilegais.

421 European Roma Rights Centre (ERRC), citado acima, § 44.

Declaração fornece um quadro dos direitos dos pacientes, nomeadamente o direito à informação, ao consentimento, à confidencialidade e à privacidade, a cuidados e tratamento, a apresentar queixas e a obter compensação, ou seja, a possibilidade de ser compensado pelos danos causados pelo tratamento. Constatando que os grupos vulneráveis e marginalizados nas sociedades tendem a ser mais atingidos por problemas de saúde, a OMS alargou os princípios DAAQ para incluir o princípio da responsabilização, de acordo com o qual os Estados e outras entidades com obrigações respondem pela observância dos direitos humanos, e o princípio da universalidade, de acordo com o qual os direitos humanos, incluindo o direito a tratamentos de saúde, são universais e inalienáveis[422].

C. Conclusão preliminar (§§ 27-28)

27. Em vista da ratificação ampla e, em alguns casos, universal dos instrumentos internacionais acima mencionados, bem como a consolidação de uma imensa gama de instrumentos de soft law tanto de apoio como de desenvolvimento nos últimos sessenta anos, que destacam a existência de opinio iuris consistente, pode-se dizer que o direito à saúde ganhou o estatuto de norma internacional consuetudinária[423]. Essa norma também corresponde a um corpo crescente de direito constitucional[424]. Como emerge do direito internacional e constitucional, o direito a tratamentos de saúde tem um núcleo que abrange o direito de acesso a instalações, bens e serviços de saúde adequados de forma não discriminatória, especialmente em relação a grupos vulneráveis ou marginalizados, e a serviços médicos urgentes e primários, tratamento e medicamentos essenciais. Essa foi também a perspectiva inicial do Comitê dos direitos econômicos, sociais e culturais em 1993, que confinou o conceito de obrigações fundamentais aos cuidados primários de saúde.[425]. O art. 24 da CDC, relativo aos direitos das crianças, ratificado universalmente, confirmou essa orientação, na medida em que exige a proteção dos cuidados primários de saúde para crianças[426].

422 OMS, Saúde e direitos humanos, Folha Informativa n. 323, dezembro de 2015. Ver também Potts, Accountability and the Right to the Highest Attainable Standard of Health, Open Society Institute, Public Health Programme, University of Essex, Human Rights Centre, 2008.

423 Riedel, "The Human Right to Health", citado acima, 32.

424 Entre aqueles que defendem que existe um reconhecimento crescente do direito à saúde no direito constitucional, ver den Exter, "The right to health care under European law", Diametros 51 (2017): 173-195; Saul et al., The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases and Materials, citado acima, 1061-1070; Tobin, citado acima, 202-208; Perehudoff, Health, Essential Medicines, Human Rights & National Constitutions, citado acima; e Kinney e Clark, "Provisions for Health and Health Care in the Constitutions of the Countries of the World", 37 Cornell International Law Journal (2004), 285-305.

425 CESCR, Comentário Geral n. 3, A Natureza das obrigações dos Estados-membros (art. 2 § 1 do Pacto) UN Doc. E/1991/23, 1990, § 10, e CESCR, "An evaluation of the Obligation to Take Steps to the "Maximum of Available Resources under an Optional Protocol to the Covenant", 10 de maio de 2007, UN Doc. E/C.12/2007/1, § 6. Mas não partilho a visão de que esta obrigação nuclear deve estar confinada a uma fraca presunção ilidível, dependente da discrição dos Estados em relação a recursos escassos.

426 Ver, por exemplo, o Relatório do Comitê sobre os Direitos da Criança sobre a Bielorrússia, CRC/C/15/Add.17, § 14.

Não há razão para, neste domínio, distinguir adultos de crianças, uma vez que "os direitos à vida e ao tratamento humano estão direta e imediatamente ligados aos tratamentos de saúde"[427].

28. O núcleo do direito não está sujeito à cláusula de realização progressiva nem às limitações de recursos. Constitui, portanto, uma obrigação estatal de resultado vinculante e universal. Isso significa três coisas. Em primeiro lugar, qualquer violação de obrigações essenciais pode ser verificada e censurada pelos tribunais. Em segundo lugar, todos os Estados devem fornecer tratamentos de saúde, independentemente de terem ou não ratificado os instrumentos internacionais e de serem os destinatários dos instrumentos de soft law acima mencionados. Em terceiro lugar, os Estados devem providenciar tratamentos de saúde a todos, independentemente da nacionalidade da pessoa necessitada. Neste contexto, é pertinente recordar a interdependência e indivisibilidade existentes entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, uma vez que devem ser entendidos como um todo em termos de direitos humanos, sem qualquer ordem de precedência, e exigíveis, em ambos os casos, em face das autoridades competentes[428].

III. O direito a tratamentos de saúde sob a Convenção (§§ 29-59)

A. O direito de grupos específicos (§§ 29-43)

1. Presos e militares (§§ 29-38)

29. O direito a tratamentos de saúde não faz parte, como tal, dos direitos garantidos pela Convenção ou seus Protocolos[429]. É, contudo, um direito implícito que emerge de diferentes arts.. A primeira frase do art. 2 insta os Estados a absterem-se de tirar a vida de forma intencional e ilegal e a tomar as medidas apropriadas para proteger as vidas daqueles que se encontram sob sua jurisdição[430]. Não obstante, a Corte considerou que a obrigação positiva de "adotar as medidas apropriadas" para proteger a vida deve ser interpretada como sendo aplicável no contexto de qualquer atividade, pública ou não, na qual o direito à

427 Caso Albán Cornejo e Outros v. Equador, citado acima, § 117; Caso Suárez Peralta v. Equador, citado acima, § 130; e Caso Lluy e Outros v. Equador, citado acima, § 171.

428 Airey v. Irlanda, 9 de outubro de 1979, § 26, Série A n. 32; Caso Acevedo Buendía e Outros ("Discharged and Retired Employees of the Comptroller's Office") v. Perú (Objeções preliminares, Mérito, Reparações e Custas), Acórdão de 1 de julho de 2009, Série C n. 198, § 101; Caso Suárez Peralta v. Equador, citado acima, § 131; Caso Llyu e Outros v. Equador, citado acima, § 172; e CESCR, Comentário Geral n. 9: A aplicação nacional do Pacto, E/C.12/1998/24, 3 de dezembro de 1998, § 10.

429 Vasileva v. Bulgária, n. 23796/10, § 63, 17 de março de 2016 e os casos aí referidos.

430 L.C.B. c. Reino Unido, 9 de junho de 1998, § 36, Relatórios de Acórdãos e de Decisões 1998-III, e Jasińska v. Polônia, n. 28326/05, § 57, 1 de junho de 2010.

vida possa estar em jogo, inclusive na esfera de saúde pública[431]. Nesse contexto, a Corte foi confrontada com uma ampla variedade de questões relacionadas com a saúde no âmbito dos arts. 2, 3 e 8 da Convenção. Os primeiros casos dizem respeito à saúde dos prisioneiros.

30. A Corte considerou, inequivocamente, que as autoridades nacionais têm a obrigação de proteger a saúde e o bem-estar das pessoas que foram privadas da sua liberdade[432]. A obrigação de proteger a vida dos indivíduos sob custódia também implica a obrigação de as autoridades lhes fornecerem os cuidados médicos necessários para a proteger[433]. Ao estabelecer essas obrigações, e em um espírito de coerência com as normas estabelecidas por outros órgãos do Conselho da Europa, a Corte frequentemente faz referência a instrumentos de soft law que consagram o direito a tratamentos de saúde na prisão[434], bem como aos trabalhos do Relator Especial sobre o Direito de todos a desfrutar do mais elevado nível possível de saúde física e mental [435] e às Orientações da OMS sobre saúde pública[436].

31. À luz destas fontes de soft law, a Corte considerou que a falta de cuidados médicos adequados pode, assim, constituir um tratamento contrário ao art. 3 da Convenção[437]. A Corte considera que a "adequação" da assistência médica permanece como o elemento mais difícil de determinar. Ao apreciá-lo, a Corte considera que a assistência médica não se mostra automaticamente adequada só porque um detido é visto por um médico e lhe é prescrita uma certa forma de tratamento[438]. As autoridades também devem manter um registro completo do estado de saúde do detido e do tratamento durante a detenção[439], garantir que o diagnóstico e os cuidados sejam prestados com rapidez e precisão[440] e que a supervisão seja regular, sistemática e envolva uma estratégia de tratamento abran-

431 Vo v. França [GC], n. 53924/00, § 89, CtEDH 2004-VIII, e Centre for Legal Resources em nome de Valentin Câmpeanu v. Romênia [GC], n. 47848/08, § 130 CtEDH 2014.

432 Kalashnikov v. Rússia, n. 47095/99, §§ 95 e 100, CtEDH 2002-VI; Khudobin v. Rússia, n. 59696/00, § 96, CtEDH 2006-XII (extratos); Naumenko v. Ucrânia, n. 42023/98, § 112, 10 de fevereiro de 2004; Dzieciak v. Polônia, n. 77766/01, § 91, 9 de dezembro de 2008; e Karpylenko v. Ucrânia, n. 15509/12, § 79, 11 de fevereiro de 2016.

433 Taïs v. França, n. 39922/03, § 98, 1 de junho de 2006; Huylu v. Turquia, n. 52955/99, § 58, 16 de novembro de 2006; e Jasinskis v. Letônia, n. 45744/08, § 60, 21 de dezembro de 2010.

434 Por exemplo, Recomendação n. R (98) 7 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa aos Estados membros sobre aspectos éticos e organizacionais dos tratamentos de saúde na prisão e a Recomendação Rec(2006)2 do Comitê de Ministros aos Estados membros sobre as Normas Prisionais Europeias. Sobre a "importância" destas recomendações, ver por exemplo, Murray v. Países Baixos [GC], n. 10511/10, § 66, CtEDH 2016, e Sławomir Musiał v. Polônia, n. 28300/06, §§ 62, 63 e 96, 20 de janeiro de 2009.

435 Hiller v. Áustria, n. 1967/14, § 37, 22 de novembro de 2016.

436 Kozhokar v. Rússia, n. 33099/08, §§ 77-79 e 108, 16 de dezembro de 2010, e Fedosejevs v. Letônia (dec.), n. 37546/06, §§ 60-61 e 73-75, 19 de novembro de 2013.

437 Hummatov v. Azerbaijão, n. 9852/03 e 13413/04, 29 de novembro de 2007; Ukhan v. Ucrânia, n. 30628/02, 18 de dezembro de 2008; Petukhov v. Ucrânia, n. 43374/02, 21 de outubro de 2010; e Sergey Antonov v. Ucrânia, n. 40512/13, §§ 72-74, 22 de outubro de 2015.

438 Hummatov, citado acima, § 116.

439 Khudobin, citado acima, § 83.

440 Melnik v. Ucrânia, n. 72286/01, §§ 104-106, 28 de março de 2006, e Hummatov, citado acima, § 115.

gente, sempre que necessário pela condição clínica[441]. As autoridades também devem mostrar que foram criadas condições necessárias para que o tratamento prescrito seja realmente seguido[442]. Ao mesmo tempo, a obrigação do Estado de curar um detido gravemente doente é uma questão de meios e não de resultado (teste da diligência devida)[443]. Por exemplo, no caso Mustafayev[444], a Corte criticou o atraso no tratamento de um detido em estado grave. Em relação à afirmação do Governo de que não havia nexo entre a morte do filho do requerente e a sua transferência para o hospital, a Corte respondeu que o objeto da sua análise se limitava a aferir "se as autoridades nacionais cumpriram ou não o seu dever de proteger a vida do filho do requerente, proporcionando-lhe tratamento médico adequado em tempo útil"[445].

Embora a Corte tenha afirmado que o tratamento médico prestado nas instalações prisionais deva ser adequado, isto é, em um nível comparável àquele que as autoridades estatais se comprometeram a proporcionar à população em geral, isso não significa, porém, que deva ser garantido a todos os detidos o mesmo nível de tratamento médico que está disponível nos melhores estabelecimentos de saúde fora das instalações prisionais[446]. A Corte está "preparada para aceitar que, a princípio, os recursos das instalações médicas dentro do sistema prisional são limitados em comparação com os dos hospitais civis"[447].

32. A qualidade da assistência médica é posta em causa quando os medicamentos necessários não estão disponíveis, especialmente se essa falta tiver um impacto direto e prejudicial no estado de saúde do requerente[448]. Por exemplo, no caso Makharadze e Sikharulidze[449], a Corte considerou que "o Estado não garantiu o acesso oportuno aos testes laboratoriais relevantes, que eram indispensáveis para o diagnóstico precoce e preciso e para o planejamento de um regime medicamentoso necessário para o tratamento eficaz do tipo de microbactéria do requerente".

33. Neste contexto, é importante notar que, nos termos do art. 39 do seu Regulamento, a Corte já ordenou que um requerente que se encontrasse no novo hospital da prisão fosse colocado num estabelecimento médico especiali-

441 Popov v. Rússia, n. 26853/04, § 211, 13 de julho de 2006, e Hummatov, citado acima, §§ 109 e 114.

442 Holomiov v. Moldávia, n. 30649/05, § 117, 7 de novembro de 2006, e Hummatov, citado acima, § 116.

443 Goginashvili v. Geórgia, n. 47729/08, § 71, 4 de outubro de 2011, e Jashi v. Geórgia, n. 10799/06, 8 de janeiro de 2013.

444 Mustafayev v. Azerbaijão, n. 47095/09, 4 de maio de 2017. A situação foi comparada à do caso Anguelova v. Bulgária, n. 38361/97, §§ 127-130, CtEDH 2002-IV; Taïs, citado acima, §§ 99-102; Huylu, citado acima, §§ 61-68; e Jasinskis, citado acima, §§ 62-67.

445 Ibid., § 65.

446 Mirilashivili v. Rússia (dec.), n. 6293/04, 10 de julho de 2007, e Blokhin v. Rússia [GC], n. 47152/06, § 137, CtEDH 2016.

447 Grishin v. Rússia, n. 30983/02, § 76, 15 de novembro de 2007.

448 Makharadze e Sikharulidze v. Geórgia, n. 35254/07, § 80, 22 de novembro de 2011; Pitalev v. Rússia, n. 34393/03, § 57, 30 de julho de 2009; e Mirilashvili, citado acima.

449 Makharadze e Sikharulidze, citado acima, § 90.

zado capaz de dispensar o tratamento adequado contra a tuberculose. A Corte considerou que, quando a condição de saúde de um preso é considerada crítica, pode haver uma exigência direta decorrente da Convenção de recorrer a uma instituição médica especializada no setor civil, se nenhuma assistência médica comparável estiver disponível no setor penitenciário[450]. Notadamente, a Corte já considerou que, de acordo com o art. 46 da Convenção, o Estado tinha a obrigação de admitir um paciente num estabelecimento médico especializado, onde permanecesse sob supervisão médica constante e recebesse serviços médicos adequados correspondentes às suas necessidades[451], de fornecer assistência médica gratuita e completa a um requerente durante o seu tempo de vida[452], e de tomar com urgência as medidas necessárias para garantir condições adequadas de detenção e tratamento médico, em particular para os reclusos, como o requerente, que necessitam de cuidados especiais devido ao seu estado de saúde[453].

34. Além disso, a Corte decidiu que as autoridades nacionais devem prestar contas sobre o tratamento das pessoas privadas de liberdade. Uma deterioração acentuada do estado de saúde de uma pessoa em centros de detenção levanta, inevitavelmente, sérias dúvidas quanto à adequação do tratamento médico[454]. Assim, "quando um detido morre em resultado de um problema de saúde, o Estado deve dar uma explicação sobre a causa da morte e sobre o tratamento administrado à pessoa em questão antes da sua morte"[455]. Se o processo clínico do requerente não contiver registros do período de tempo relevante, será considerado que o Governo não cumpriu com o ônus da prova acerca da disponibilidade de supervisão médica e tratamento adequados ao requerente na prisão[456].

35. Por outro lado, a Corte considerou que "o art. 3 não deve ser interpretado no sentido de exigir que todos os desejos e preferências de um preso sobre o tratamento médico sejam acomodados"[457]. Consequentemente, o Estado não pode ser responsabilizado por atrasos causados pelas próprias recusas do requerente a submeter-se a exames médicos ou a aceitar tratamento, quando os elementos disponíveis demonstrarem que foi proposta assistência médica qualificada ao requerente, mas que este a recusou voluntariamente[458].

450 Aleksanyan v. Rússia, n. 46468/06, §§ 155-157, 22 de dezembro de 2008, e Akhmetov v. Rússia, n. 37463/04, § 81, 1 de abril de 2010.
451 Amirov v. Rússia, n. 51857/13, § 118, 27 de novembro de 2014.
452 Oyal v. Turquia, n. 4864/05, 23 de março de 2010.
453 Dybeku v. Albânia, n. 41153/06, § 64, 18 de dezembro de 2007.
454 Farbtuhs v. Letônia n. 4672/02, § 57, 2 de dezembro de 2004, e Khudobin, citado acima, § 84.
455 Kats e Outros v. Ucrânia, n. 29971/04, § 104, 18 de dezembro de 2008.
456 Malenko v. Ucrânia, n. 18660/03, §§ 55-58, 19 de fevereiro de 2009; Ashot Harutyunyan v. Armênia n. 34334/04, § 112, 15 de junho de 2010; Irakli Mindadze v. Geórgia, n. 17012/09, § 47, 11 de dezembro de 2012; e, a contrario, Goginashvili, citado acima, § 72.
457 Mathew v. Países Baixos, n. 24919/03, § 186, CtEDH 2005-IX.
458 Knyazev v. Rússia, n. 25948/05, § 103, 8 de novembro de 2007.

36. Finalmente, o art. 3 da Convenção não pode ser interpretado no sentido de estabelecer uma obrigação geral de libertar os presos por razões de saúde. Pelo contrário, a compatibilidade do estado de saúde de um detido com a continuação da sua detenção, mesmo se ele estiver gravemente doente, depende da capacidade do Estado para fornecer tratamento relevante e com a qualidade requerida na prisão[459]. Quando a autoridade prisional é capaz de lidar com os problemas de saúde da pessoa detida, tratando-a num hospital da prisão, fornecendo supervisão médica regular e sistemática, e tendo uma estratégia terapêutica verdadeiramente abrangente, a questão da libertação não se coloca[460]. Não foi isso que aconteceu no caso Kats e Outros[461], em que as autoridades prisionais recusaram tratamento médico "básico" a um detido que sofria de várias doenças crônicas e atrasaram a sua libertação.

37. As autoridades estatais que decidem deter uma pessoa com deficiência devem demonstrar cuidado especial em garantir condições que atendam às necessidades especiais resultantes da deficiência do detido[462]. O mesmo se aplica a pessoas que são colocadas involuntariamente em instituições psiquiátricas. No caso de pessoas com deficiência mental, deve-se considerar a sua vulnerabilidade específica[463]. Por exemplo, no caso Sławomir Musiał, a Corte considerou que "a falha das autoridades em manter o requerente num hospital psiquiátrico adequado ou num centro de detenção com uma enfermaria psiquiátrica especializada o expôs desnecessariamente a um risco para sua saúde"[464].

38. Constatando os paralelismos relevantes entre a situação das pessoas sob custódia e aqueles que cumprem o seu serviço militar obrigatório, a Corte decidiu que estes também estão inteiramente nas mãos do Estado e que as Partes Contratantes têm ônus de fornecer uma explicação plausível acerca dos danos corporais e das mortes que possam ocorrer nas forças armadas[465], mostrando que cumpriram a sua obrigação positiva de fornecer ao recruta tratamento médico imediato e adequado para o seu problema de saúde[466]. No caso Metin Gültekin e Outros[467], a Corte concluiu que o Governo requerido não cumpriu satisfatoriamente essa obrigação. Uma vez que as autoridades militares receberam amplas indicações de que o recruta poderia ter contraído hepatite, sabiam ou deveriam

459 Rozhkov v. Rússia, n. 64140/00, § 104, 19 de julho de 2007.
460 Comparar com Sarban v. Moldávia, n. 3456/05, § 79, 4 de outubro de 2005, e Popov, citado acima, § 211.
461 Kats e Outros, citado acima, § 104.
462 Jasinskis, citado acima, § 59; Price v. Reino Unido, n. 33394/96, § 30, CtEDH 2001-VII; Farbtuhs, citado acima, § 56; e as fontes de direito internacional, mencionadas nos §§ 39 a 41 supra.
463 Ver, mutatis mutandis, Keenan v. Reino Unido, n. 27229/95, § 111, CtEDH 2001-III; Rivière v. França, n. 33834/03, § 63, 11 de julho de 2006; e Centre for Legal Resources em nome de Valentin Câmpeanu, citado acima, § 131.
464 Sławomir Musiał, citado acima, § 96.
465 Beker v. Turquia n. 27866/03, §§ 41-43, 24 de março de 2009.
466 Metin Gültekin e Outros v. Turquia, n. 17081/06, § 48, 6 de outubro de 2015.
467 Ibid.

saber dos riscos reais para sua vida. Quando sua situação piorou e seus sintomas se tornaram impossíveis de ignorar, um médico militar da enfermaria do regimento encaminhou-o para o hospital com suspeita de hepatite. No entanto, essa decisão também não foi executada até ao dia seguinte. A Corte considerou ter existido uma violação do art. 2 em razão do descumprimento pelo Estado da sua obrigação positiva de proteger o direito à vida de Toğay Gültekin.

2. Crianças e pessoas com deficiência (§§ 39-41)

39. De acordo com o acórdão em İlbeyi Kemaloğlu e Meriye Kemaloğlu[468], incumbe aos professores proteger a saúde e o bem-estar dos alunos, em particular das crianças que são especialmente vulneráveis e estão sob o seu controle exclusivo. Assim, o Estado foi considerado responsável pela morte de uma criança de sete anos, que tentava voltar para casa sozinho depois de as aulas terem acabado mais cedo devido a más condições meteorológicas. Esse dever não é menos obrigatório se a conduta da criança for altamente imprudente, como no caso Iliya Petrov[469]. Apesar da conduta aventureira da criança, que brincava com um transformador elétrico, a Corte criticou o Estado por não ter adotado um sistema para monitorar a correta aplicação das normas de segurança no funcionamento de uma estação elétrica instalada debaixo de um parque infantil nas proximidades de um bairro residencial, que causou a eletrocussão da criança[470]. No caso Oruk[471], a Corte realçou a vulnerabilidade particular das seis crianças que morreram devido a uma explosão de munições perto de um campo de tiro militar, que as crianças haviam pensado serem brinquedos inofensivos. Consequentemente, a Corte considerou que existiu uma violação material do art. 2 da Convenção, uma vez que não foi tomada nenhuma medida para proteger os residentes e, especialmente, as crianças que viviam próximas do campo de tiro do risco real representado pelas munições não explodidas, das quais as autoridades militares tinham "conhecimento preciso"[472].

40. No caso Cevrioğlu[473], o filho de dez anos do requerente morreu em consequência de uma queda num grande buraco cheio de água que se encontrava do lado de fora de um prédio em construção, numa área residencial. Apesar da ausência de um risco iminente, o Estado requerido, nas circunstâncias do caso, tinha uma responsabilidade acrescida para com o público que tinha que viver com os perigos reais causados pelos trabalhos de construção a sua porta. A Corte reiterou que o seu papel não era o de estabelecer responsabilidades individuais,

468 İlbeyi Kemaloğlu e Meriye Kemaloğlu v. Turquia, n. 19986/06, § 35, 10 de abril de 2012.
469 Iliya Petrov v. Bulgária, n. 19202/03, §§ 62 e 63, 24 de abril de 2012.
470 Mas, de forma diferente, Fedina v. Ucrânia, n. 17185/02, § 54, 2 de setembro de 2010.
471 Oruk v. Turquia, n. 33647/04, § 64, 4 de fevereiro de 2014.
472 Ibid., § 65 ("conhecimento preciso dos riscos reais").
473 Cevrioğlu v. Turquia, n. 69546/12, 4 de outubro de 2016.

mas sim determinar se o Estado tinha cumprido com sua obrigação de proteger o direito à vida por meio da adoção e implementação efetiva de um quadro regulatório adequado, incluindo um mecanismo de inspeção. No caso Nencheva e Outros[474], a Corte levou em consideração o fato de a morte das crianças nesse lar de assistência social não ter constituído um evento inesperado, na medida em que as autoridades já tinham conhecimento das péssimas condições de vida no lar de assistência social e do aumento da taxa de mortalidade nos meses anteriores à data relevante. Da mesma forma, no caso Câmpeanu[475], a resposta das autoridades nacionais à difícil situação vivida no Hospital Neuropsiquiátrico de Poiana Mare ("HPM") no momento relevante foi considerada inadequada, visto que as autoridades estavam plenamente conscientes do fato de que a falta de aquecimento e de alimentação apropriada, bem como a escassez de pessoal médico e de recursos médicos, incluindo medicamentos, tinham levado a um aumento no número de mortes durante o inverno de 2003. Ao decidir colocar o Sr. Câmpeanu no HPM, apesar das suas deficiências e de seu estado já elevado de vulnerabilidade, as autoridades nacionais colocaram a sua vida em risco de forma injustificável. As contínuas faltas da equipe médica em fornecer os cuidados e o tratamento apropriados a Câmpeanu havia sido outro fator decisivo que levou a sua morte prematura. Ao não prestar o nível necessário de proteção para a vida de Câmpeanu, o Estado havia violado a vertente material do art. 2.

41. Os exemplos anteriores destacam o tratamento incerto dado ao art. 2 pela Corte. Enquanto em alguns casos a Corte exige a presença de causalidade e um nexo subjetivo entre a ação ou omissão dos agentes do Estado e os danos causados, num outro conjunto de casos a Corte não exige tal conexão. Em algumas circunstâncias, a Corte adotou uma visão muito mais ampla e abstrata das responsabilidades do Estado e centrou-se primordialmente nas regras e obrigações gerais de segurança.

3. Migrantes (§§ 42-43)

42. As necessidades de tratamentos de saúde foram invocadas como um escudo contra a remoção ou expulsão de estrangeiros e migrantes, e a Corte raramente acolheu tais pretensões[476]. Em casos extremos, a Corte admitiu que esses casos podem cair no âmbito do art. 3 da Convenção[477].

474 Nencheva e Outros v. Bulgária, n. 48609/06, 18 de junho de 2013.
475 Centre for Legal Resources em nome de Valentin Câmpeanu, citado acima.
476 Arcila Henao v. Países Baixos (dec.), n. 13669/03, 24 de junho de 2003; Karagoz v. França (dec.), n. 47531/99, 15 de novembro de 2001; Ndangoya v. Suécia (dec.), n. 17868/03, 22 de junho de 2004; e Salkic e Outros v. Suécia (dec.), n. 7702/04, 29 de junho de 2004.
477 D. v. Reino Unido, 2 de maio de 1997, Relatórios 1997-III.

43. A Corte, infelizmente, colocou um limite demasiado baixo no caso N. v. Reino Unido[478], um caso sobre a expulsão de um paciente com HIV para Uganda, onde o acesso a tratamento médico apropriado era improvável. Nesse caso, a Corte considerou que a expulsão do requerente não constituiria uma violação do art. 3. A razão era bastante clara: impor aos Estados a obrigação de prestar tratamentos de saúde a estrangeiros sem direito a residência implicaria um encargo orçamentário alto demais e promoveria a Europa à condição da enfermaria do mundo. Em outras palavras, a Corte foi motivada pela preocupação de não abrir as portas à imigração médica. O mesmo nível baixo de proteção levou o Tribunal, no caso Bensaid[479], a sustentar que a expulsão de uma pessoa que sofria de esquizofrenia não constituía uma violação do art. 3 nem do art. 8, apesar do alegado risco de deterioração devido à falta de cuidados adequados no país de destino.

B. A emergência de um direito da população geral (§§ 44-53)

1. Incidentes relacionados à saúde no ambiente externo (§§ 44-46)

44. As violações do direito ao respeito pelo domicílio não se limitam a ofensas concretas ou físicas, como a entrada não autorizada na casa de uma pessoa, mas também incluem outras, como o ruído, as emissões, os cheiros ou outras formas de interferência[480]. No leading case López Ostra[481], sobre a poluição causada pelo ruído e odores gerados por uma estação de tratamento de resíduos, a Corte considerou que "a poluição ambiental grave pode afetar o bem-estar dos indivíduos e impedi-los de desfrutar das suas casas afetando de forma adversa a sua vida privada e familiar, sem, no entanto, comprometer seriamente a sua saúde". Esta posição foi subsequentemente confirmada no caso Guerra e Outros[482], onde a Corte observou que "o efeito direto das emissões tóxicas sobre o direito dos requerentes ao respeito pela sua vida privada e familiar permite concluir pela aplicabilidade do art. 8". No caso Tătar[483], os requerentes – pai e filho – alegaram que a asma do filho se havia deteriorado devido à exposição a cianeto de sódio proveniente de uma mina de ouro situada perto de sua casa. Embora os requerentes não pudessem provar um nexo de causalidade entre a exposição a cianeto de sódio e a asma do seu filho, a Corte considerou que as autoridades nacionais não haviam conseguido avaliar os riscos relacionados com a atividade da empresa e tomar as medidas necessárias para proteger o direito das pessoas a um ambiente

478 N. v. Reino Unido [GC], n. 26565/05, CtEDH 2008. Ver a minha opinião separada sobre esta jurisprudência, anexada ao caso S.J. v. Bélgica [GC], n. 70055/10, 19 de março de 2015.
479 Bensaid v. Reino Unido, n. 44599/98, Relatórios 2001-1.
480 Hatton e Outros v. Reino Unido [GC], n. 36022/97, § 96, CtEDH 2003-VIII.
481 López Ostra v. Espanha, 9 de dezembro de 1994, § 51, Série A n. 303-C.
482 Guerra e Outros v. Itália, 19 de fevereiro de 1998, § 57, Relatórios 1998-I.
483 Tătar v. Romênia, n. 67021/01, 27 de janeiro de 2009.

seguro. No caso Öneryıldız[484], a Grande Câmara consolidou a jurisprudência anterior, concluindo que a obrigação positiva de tomar todas as medidas adequadas para proteger a vida para efeitos do art. 2 era aplicável a atividades perigosas, que deviam reger-se por regras sobre licenciamento, montagem, funcionamento, segurança e supervisão da atividade. Nesse caso, a falta de tais regras de segurança em relação ao risco imediato e conhecido representado por acumulação de lixo doméstico resultou numa explosão fatal. Além disso, a Corte deu detalhes sobre opções gerais de políticas adequadas ao caso em apreço[485]. Por último, o Tribunal reconheceu que, no contexto de atividades perigosas, o âmbito das obrigações positivas ao abrigo do art. 2 coincidia em larga medida com as do art. 8[486]. Por conseguinte, os princípios desenvolvidos na jurisprudência da Corte em matéria de ordenamento do território e questões ambientais que afetam a vida privada, o lar e a saúde podem igualmente ser invocados para a proteção do direito à vida.

45. Depois de analisar casos de atividades perigosas de natureza humana[487], a Corte voltou-se para os perigos naturais. O acórdão Budayeva e Outros[488] marcou um ponto de viragem na jurisprudência do Tribunal. No primeiro caso desse tipo, a Corte foi chamada a analisar um deslizamento de terra que matou oito pessoas, incluindo o marido da primeira requerente, e a falta de ação do Estado em face de um perigo natural iminente claramente identificável, que dizia respeito a uma calamidade recorrente que afetava uma área de habitação ou uso humano. A Corte concluiu que havia um nexo causal entre as graves falhas administrativas que impediram a implementação das políticas de planejamento territorial e de socorro e a morte de Vladimir Budayev e os ferimentos sofridos pela primeira e a segunda requerentes e pelos membros das suas famílias. De forma semelhante, no caso Kolyadenko e Outros[489], os requerentes queixaram-se de que as autoridades haviam posto as suas vidas em risco ao despejarem uma grande quantidade de água, sem qualquer aviso prévio, do reservatório de Pionerskoye em um rio que durante anos não conseguiram manter em bom estado de conservação, causando uma inundação repentina na área ao redor do reservatório, onde os requerentes viviam. A Corte entendeu que as autoridades haviam desconsiderado os requisitos técnicos e de segurança e, portanto, os riscos potenciais, incluindo os riscos para a vida humana, não os refletindo em atos e regulamentos jurídicos e permitindo o desenvolvimento urbano na área em redor do reservatório de Pionerskoye. Uma vez que se poderia razoavelmente esperar

484 Öneryıldız v. Turquia [GC], n. 48939/99, § 93, CtEDH 2004-XII.
485 Ibid., § 107.
486 Ibid., §§ 90 e 160. Ver também Giacomelli v. Itália, n. 59909/00, CtEDH 2006-XII.
487 Ver também Flamenbaum e Outros v. França, n. 3675/04 e 23264/04, 13 de dezembro de 2012; Deés v. Hungria, n. 2345/06, 9 de novembro de 2010; Grimovskaya v. Ucrânia, n. 38182/03, 21 de julho de 2011; e Bor v. Hungria, n. 50474/08, 18 de junho de 2013.
488 . Budayeva e Outros v. Rússia, n. 15339/02 e 4 outros, § 146, CtEDH 2008 (extratos).
489 Kolyadenko e Outros v. Rússia, n. 17423/05 e 5 outros, 28 de fevereiro de 2012.

que as autoridades conhecessem o risco acrescido de graves consequências no caso de inundações, a Corte considerou que os direitos das requerentes tinham sido violados. No caso Georgel e Georgeta Stoicescu[490], a Corte fez uma crítica direta à falta de medidas gerais e preventivas para proteger a saúde pública contra os ataques de cães vadios nas ruas de Bucareste, independentemente do fato de as autoridades não terem tido conhecimento de um risco real, imediato e individual para o requerente.

46. Tal como esses exemplos anteriores sugerem, a Corte concluiu que foram violados os arts. 2 e 8 da Convenção quando a ação ou a omissão de uma autoridade criou, ou permitiu criar, um ambiente inseguro que posteriormente causou danos à vida ou à saúde de um indivíduo, mesmo quando tal ligação causal não podia ser estabelecida. A situação objetiva de risco para a vida e para a saúde pode ser iminente ou não. A exigência da Corte no que diz respeito ao conhecimento da autoridade sobre o perigo também varia amplamente, desde o conhecimento direto do risco até uma mera presunção desse mesmo conhecimento.

2. Incidentes relacionados à saúde no ambiente de trabalho (§§ 47-48)

47. A Corte já afirmou que as Partes Contratantes têm uma obrigação de devida diligência para garantir que a saúde dos indivíduos não seja colocada em risco pelo Estado no âmbito do trabalho. Considerou ainda que um Estado tem a obrigação positiva de proteger a vida e a saúde dos seus cidadãos, e também de fornecer informações adequadas e alertar sobre os perigos associados ao trabalho. A Corte, no entanto, não adotou uma abordagem coerente acerca da causalidade e do nexo subjetivo entre a conduta das autoridades e os danos para a vida e para a saúde, por vezes avaliando ambos os requisitos, ou pelo menos um deles e, outras vezes, nenhum deles.

No caso L.C.B.[491], em que o requerente sofria de leucemia alegadamente resultante da exposição do pai a radiação perigosa durante o período em que esteve colocado como militar na Ilha de Natal, a Corte considerou que, a princípio, os Estados têm a obrigação não apenas de abster-se de tirar vidas de forma intencional, mas também a obrigação de tomar todas as medidas apropriadas para proteger as vidas daqueles que se encontrem sob sua jurisdição. No entanto, rejeitou que no caso existisse qualquer ligação causal entre a possível radiação do pai e a doença do requerente. No caso Roche[492], a Corte deu um passo adiante e impôs ao Estado requerido a obrigação de fornecer todas as informações relevantes que permitissem ao requerente avaliar os riscos para a saúde associados ao seu trabalho. Uma vez que o Estado requerido não tinha estabelecido um mecanismo que permitisse ao requerente avaliar o risco para a saúde causado pela exposição a gás mostarda e gás neurotóxico durante os testes com ele realizados na década de 1960, enquanto servia no exército britânico, a Corte considerou ter existido uma violação do art. 8. No caso Binişan[493], o requerente alegou que o seu acidente tinha resultado do fato de a Companhia Nacional de Caminhos de Ferro não ter adotado medidas para garantir condições de trabalho seguras. A Corte concluiu, depois de avaliar as provas disponíveis, que "as autoridades nacionais não demonstraram a devida diligência na proteção do direito à vida do requerente"[494]. No caso Brincat e Outros[495], a Corte criticou a falta de legislação e outras medidas práticas (para além da distribuição de máscaras) para evitar o risco da exposição ao amianto no local de trabalho, embora os atestados médicos apresentados pelos requerentes não estabelecessem uma relação direta entre as suas queixas médicas e o fato de trabalharem na indústria de construção naval ou reparação de navios. No entanto, a Corte considerou estabelecido, com base na sua própria avaliação das provas científicas disponíveis, que o Governo maltês conhecia ou devia conhecer os perigos decorrentes da exposição ao amianto, pelo menos a partir do início da década de 1970, e que não tinha sido realizado nenhum teste nos locais de trabalho (nem em outro lugar) onde os requerentes, e os outros funcionários, tinham sido expostos ao amianto. Em outras palavras, a Corte presumiu a existência de causalidade com base num conhecimento putativo do perigo pelo Estado.

48. No entanto, o art. 2 da Convenção não pode ser interpretado no sentido de garantir a qualquer pessoa um nível absoluto de segurança em qualquer atividade em que o direito à vida possa estar em causa, em particular quando o interessado tem responsabilidade pelo acidente, expondo-se a um perigo injustificado[496]. Assim, a conduta negligente das vítimas é um fator importante na avaliação que a Corte faz da responsabilidade do Estado, especialmente quando a vítima se expôs a um risco óbvio que uma pessoa comum deveria avaliar e evitar. Por exemplo, no caso Prilutskiy v. Ucrânia[497], a Corte rejeitou uma interpretação "paternalista" das

490 Georgel e Georgeta Stoicescu v. Romênia, n. 9718/03, 26 de julho de 2011.
491 L.C.B. v. Reino Unido, citado acima, § 36, e Keenan, citado acima, § 89.
492 Roche v. Reino Unido [GC], n. 32555/96, CtEDH 2005-X.
493 Binişan v. Romênia, n. 39438/05, 20 de maio de 2014.
494 Ibid., § 90.
495 Brincat e Outros v. Malta, n. 60908/11 e 4 outros, 24 de julho de 2014.
496 Bone v. França (dec.), n.69869/01, 1 de março de 2005; Kalender v. Turquia, n. 4314/02, § 49, 15 de dezembro de 2009; Fedina, citado acima, § 65; e Gökdemir v. Turquia (dec.), n. 66309/09, 19 de maio de 2015.
497 Prilutskiy v. Ucrânia, n. 40429/08, § 32-35, 26 de fevereiro de 2015. O Tribunal é muito relutante em criticar os Estados no âmbito do aspecto material do art. 2 em casos que envolvam as vítimas de acidentes desportivos (Furdík v. Eslováquia (dec.), n. 42994/05, 2 de dezembro de 2008; Molie v. Romênia (dec.), n. 13754/02, 1 de setembro de 2009; Vrábel v. Eslováquia (dec.), n. 77928/01, 19 de janeiro de 2010; Koceski v. Antiga República da Macedônia (dec.), n. 41107/07, 22 de outubro de 2013; e Cavit Tınarlıoğlu v. Turquia, n. 3648/04, §§ 104-06, 2 de fevereiro de 2016), de acidentes a bordo de navios (Leray e Outros v. França (dec.), n. 44617/98, 16 de janeiro de 2001) ou de trens (Bone, citado acima), ou de acidentes de

obrigações positivas do Estado decorrentes de atividades perigosas invocando a noção de autonomia pessoal. O filho do requerente participou de uma competição de direção automotiva, no curso do qual ele morreu. Uma vez que o perigo que emanava dessa competição não era diferente do perigo inerente ao tráfego rodoviário, não era necessária nenhuma regulação especial. Portanto, a Corte considerou que não tinha havido violação do art. 2. Pelo contrário, no caso Kalender v. Turquia[498] a conduta negligente das vítimas, que tinham sido atropeladas por um trem, não foi considerada como um "fator decisivo", tendo em conta várias deficiências graves na observância das regras de segurança pelas autoridades nacionais.

3. Incidentes relacionados à saúde em hospitais ou outras instituições de saúde (§§ 49-53)

49. Apesar de a Corte ter, por vezes, estabelecido uma obrigação de devida diligência dos Estados em relação a incidentes relacionados à saúde em hospitais, teve por base, principalmente, a vertente procedimental do art. 2 da Convenção, tendo-se raramente afastado das conclusões dos tribunais nacionais e das opiniões dos peritos. No caso Erikson[499], a Corte considerou que o art. 2 impunha a exigência que "os hospitais aplicassem as regras de proteção da vida de seus pacientes e que os Estados estabelecessem um sistema judicial efetivo para determinar a causa de uma morte que ocorresse em hospital e a responsabilidade dos médicos envolvidos"[500]. Enquanto no caso Calvelli e Ciglio estavam em causa erros dos médicos, no caso Dodov o ato negligente que colocou em perigo a vida da Sra. Stoyanova tinha sido aparentemente cometido por um auxiliar médico. A Corte afirmou que as exigências de regulamentação das atividades das instituições de saúde pública e de existência de recursos internos nos casos de negligência devem abranger esses funcionários, cujos atos também podem colocar em risco a vida dos doentes[501]. No entanto, quando um Estado Contratante tenha tomado medidas suficientes para assegurar que essas exigências estejam satisfeitas, questões como um erro de julgamento por parte de um profissional de saúde ou a coordenação negligente entre profissionais de saúde são insuficientes, em si mesmas, para concluir que um Estado violou o art. 2 da Convenção[502]. Estes princípios são também válidos para lesões corporais graves que se enquadrem no âmbito de aplicação do art. 8[503].

estrada (Zavoloka v. Letônia, n. 58447/00, § 39, 7 de julho de 2009).

498 Kalender, citado acima, §§ 41 e 47.

499 Erikson v. Itália (dec.), n. 37900/97, 26 de outubro de 1999.

500 A jurisprudência Erikson foi primeiro confirmada pelo caso Powell v. Reino Unido (dec.), n. 45305/99, CtEDH 2000-V, e posteriormente pelo caso Calvelli e Ciglio v. Itália [GC], n. 32967/96, § 48, CtEDH 2002-I.

501 Dodov v. Bulgária, n. 59548/00, §§ 70, 79-83 e 87, 17 de janeiro de 2008.

502 Ver, em particular, Calvelli e Ciglio, citado acima, § 49, e Powell, citado acima.

503 Spyra e Kranczkowski v. Polônia, n. 19764/07, § 82, 25 de setembro de 2012.

50. Vários requerentes invocaram que, nos termos do art. 2 ou do art. 8 da Convenção, o Estado deveria financiar uma forma específica de tratamento ou de medicamento nas situações em que eles não podiam suportar os custos associados. Até agora, tais alegações mereceram, quase invariavelmente, uma firme oposição da Corte. No caso Nitecki[504], a Corte não criticou o Estado demandado por não reembolsar o preço total de um medicamento que salvava as vidas, mas apenas 70% do seu custo, apesar de o requerente não poder arcar com os restantes 30% e, consequentemente, não poder continuar o tratamento farmacológico prescrito; a sua situação clínica (esclerose lateral amiotrófica) deteriorou-se e a sua invalidez foi avaliada no grau mais elevado. No caso Sentges[505], uma pessoa gravemente incapacitada que sofria de distrofia muscular de Duchenne, uma doença que leva à degeneração muscular progressiva, perda de capacidade de trabalho e eventualmente perda de funções pulmonares e cardíacas, viu ser-lhe negado um braço robótico por um fundo de seguro de saúde porque não estava coberto por nenhum regime de segurança social. Embora tenha reconhecido o nexo de causalidade, a Corte rejeitou a queixa por alegada violação do art. 8, com base na margem de apreciação que deve ser concedida aos Estados no contexto da atribuição de recursos estatais limitados e no precedente que uma decisão nesse caso poderia estabelecer para todas as partes contratantes da Convenção. A Corte salientou que o requerente tinha acesso aos cuidados básicos de saúde e que tudo o que fosse para além desse nível básico se enquadrava na margem de apreciação do Estado. No caso Pentiacova e 48 Outros[506], a Corte rejeitou a demanda de vários requerentes com deficiência, portadores de insuficiência renal crônica, que não podiam custear a necessária hemodiálise e não receberam a medicação necessária a expensas do Estado devido a restrições orçamentárias, uma vez que não tinham apresentado qualquer prova de que as suas vidas tivessem sido colocadas em risco, independentemente do fato de um dos requerentes ter, entrementes, morrido dessa doença. No caso Gheorghe[507], o requerente sofria de hemofilia e só podia receber um coagulante especial, o Fator VIII, gratuitamente, em caso de episódio hemorrágico e num hospital. Embora a Corte tivesse conhecimento da grave e irreversível situação de saúde do requerente e "deplorasse" a ausência de tratamento médico continuado, concluiu a favor do Estado demandado, uma vez que o requerente tinha tido acesso ao mesmo tratamento que o Governo prestava às pessoas que se encontravam em circunstâncias semelhantes. Por último, no caso Hristozov e Outros[508], os requerentes, que sofriam de diferentes tipos de câncer terminal, alegaram que, uma vez que os tratamentos convencionais não funcionavam nos seus casos, o direito nacional deveria permitir o acesso a um produto experimental, mas não testado, que seria fornecido gratuita-

504 Nitecki v. Polônia (dec.), n. 65653/01, 21 de março de 2002.

505 Sentges v. Países Baixos (dec.), n. 27677/02, 8 de julho de 2003.

506 Pentiacova e 48 Outros v. Moldávia (dec.), n. 14462/03, 4 de janeiro de 2005.

507 Gheorghe v. Romênia (dec.), n. 19215/04, 22 de setembro de 2005.

508 Hristozov e Outros v. Bulgária, n.. 47039/11 e 358/12, CtEDH 2012 (extratos).

mente pela empresa que o desenvolvia. A Corte concedeu uma ampla margem de apreciação aos Estados Contratantes, argumentando que as condições e a maneira como o acesso a medicamentos não autorizados se verificavam era diferente de Estado para Estado. A laudável exceção a esta tendência é o caso Oyal v. Turquia[509], que reconheceu o direito de acesso a medicação contínua e vital durante toda a vida a um paciente soropositivo, como sendo "o remédio mais apropriado nas circunstâncias".

51. Para além disso, no caso Chipre v. Turquia[510], a Corte considerou que uma questão no âmbito do art. 2 pode surgir quando as autoridades de um Estado Contratante colocam em risco a vida de um indivíduo através da denegação de tratamentos de saúde que se comprometeram a pôr à disposição da população em geral. A negativa de tratamento médico urgente também foi objeto de análise no caso Mehmet Şentürk e Bekir Şentürk[511], no qual os médicos haviam causado a morte de uma doente ao transferi-la sem tratamento e no qual haviam falhado com seus deveres, pois estavam preocupados com o pagamento das taxas do tratamento médico. A Corte considerou que a decisão da paciente em recusar o tratamento médico de emergência, subordinada a uma obrigação financeira prévia, não poderia de forma alguma considerar-se como feita de maneira informada ou de modo a exonerar os órgãos nacionais da sua responsabilidade no que diz respeito ao tratamento que deveria ter sido prestado. A Corte notou que a equipe médica estava "perfeitamente ciente" do risco para a saúde da paciente caso fosse transferida para outro hospital[512]. Além disso, a lei nacional nada continha que impedisse a falta de prestação do tratamento médico exigido pela condição da paciente, que acabou por morrer.

52. No caso Asiye Genç v. Turquia[513], a Corte chegou ao ponto de avaliar a política geral de saúde do Estado demandado, censurando a quantidade e as condições insatisfatórias dos equipamentos de cuidados intensivos neonatais, ou seja, das incubadoras, nos hospitais da região, que mostravam que "o Estado não tinha tomado os cuidados suficientes para assegurar a boa organização nem o correto funcionamento do serviço hospitalar público e, de modo mais geral, do seu sistema de proteção de saúde, e que a falta de lugares não estava unicamente ligada a uma escassez imprevisível resultante da súbita chegada dos pacientes". A Corte constatou, assim, que, devido à falta de acesso a incubadoras em funcionamento, um recém-nascido prematuro com uma doença potencialmente fatal teve de realizar várias viagens inúteis de ida e volta numa ambulância, aguardando tratamento adequado ou um exame, tendo, consequentemente, sido privado de acesso a atendimento de urgência adequado. Em outras palavras, a Corte considerou que essa situação era "análoga a uma denegação de cuidados médicos tal que colocava a vida da pessoa em risco"[514], aceitando que o art. 2 impõe obrigações em matéria de disponibilidade de um determinado tipo de equipamento de cuidados neonatais intensivos, nomeadamente incubadoras.

509 Oyal, citado acima.
510 Chipre v. Turquia [GC], n. 25781/94, CtEDH 2001-IC.
511 Mehmet Şentürk e Bekir Şentürk v. Turquia, n. 13423/09, CtEDH 2013.
512 Ibid., § 96.
513 Asiye Genç v. Turquia, n. 24109/07, 27 de janeiro de 2015.

53. No caso Aydoğdu[515], a Corte estabeleceu uma analogia entre as circunstâncias da estadia do bebê da requerente no Hospital Ataturk e as circunstâncias em que a vida de um indivíduo está em risco devido a atos criminosos praticados por outro indivíduo[516], aplicando o teste Osman[517]. Para além da negligência e da falta de coordenação dos médicos responsáveis, a Corte concluiu que haviam existido falhas estruturais, a saber, a falta crônica e conhecida de serviços e de recursos técnicos neonatais apropriados, e um nexo causal entre essas falhas e a morte do bebê. Adaptando a formulação do teste Osman ao caso, a Corte declarou que era necessário determinar se as autoridades nacionais tinham feito o que se poderia razoavelmente esperar delas para proteger a vida do bebê de um risco "real" ("ameaçado de maneira real"), que o Estado não poderia desconhecer[518], em vez de demonstrar que o bebê em questão não teria morrido se o tratamento médico tivesse sido prestado[519]. Com base num argumento retirado, mutatis mutandis, do caso Nencheva e Outros (já referido, § 108), o Tribunal considerou ainda que o Estado não demonstrara que a adoção de medidas para evitar esse risco representaria um encargo insuportável ou excessivo a respeito das escolhas operacionais a serem tomadas em termos de prioridades e de recursos, assumindo assim um poder de revisão sobre as medidas econômicas e de gestão. De forma linguisticamente tortuosa, a Corte concluiu que o efeito conjugado da conduta negligente dos médicos responsáveis e as falhas sistêmicas levaram à exclusão do bebê do acesso a cuidados urgentes adequados, situação que se assemelhava a uma recusa de tratamento suscetível de colocar a vida do bebê em risco[520]. Ao fazê-lo, a Corte assimilou, juridicamente, negligência médica (tratamento inadequado) e recusa de tratamento.

Por último, no caso Elena Cojocaru[521], a Corte concluiu que a aparente falta de coordenação dos serviços médicos e o atraso na administração do tratamento de urgência "adequado" tinham atestado uma disfuncionalidade dos serviços hospitalares públicos, embora não houvessem sido detectadas falhas sistêmicas ou

514 Ibid., § 82. Por isso, o § 181 do presente acórdão não está correto porque a Corte nunca disse que havia "existido uma recusa".
515 Aydoğdu v. Turquia, n. 40448/06, 30 de agosto de 2016.
516 Aydoğdu, citado acima, § 87.
517 Osman v. Reino Unido, 28 de outubro de 1998, § 115, Relatórios 1998-VIII.
518 Mehmet Şentürk e Bekir Şentürk, citado acima, § 89; Asiye Genç, citado acima, § 75; e Aydoğdu, citado acima, § 77. Note-se que esses casos estendem a noção de risco de vida à integridade física.
519 Mehmet Şentürk e Bekir Şentürk, citado acima, § 96, e Aydoğdu, citado acima, § 83.
520 Aydoğdu, citado acima, § 88.
521 Elena Cojocaru v. Romênia, n. 74114/12, 22 de março de 2016.

estruturais reais[522]. A grave violação da leges artis pelo profissional, que causou a morte da filha grávida da requerente e da sua neta, motivou a conclusão pela responsabilidade internacional do Estado requerido.

C. Conclusão preliminar (§§ 54-59)

54. Na sua jurisprudência, a Corte estabelece padrões de tratamentos de saúde muito diferentes para diferentes grupos da população. Os presos e militares possuem um estatuto privilegiado perante a Corte, frequentemente gozando de um padrão de proteção mais elevado do que a população em geral. A justificação dada é a de que os membros desses grupos estão numa "posição vulnerável"[523]. Os tratamentos e serviços necessários para as pessoas detidas incluem a prestação de medicamentos essenciais e de cuidados primários de saúde[524], de dentaduras[525], de calçados ortopédicos[526], de óculos[527], de medicamentos para dores crônicas nas costas[528], de atendimento por pessoal qualificado[529], de exames feitos por especialistas e de acompanhamento independentemente da iniciativa do doente[530], pelo que se pode concluir que os tratamentos de saúde de subsistência mínima proporcionado aos presos são muito superiores ao que é proporcionado ao cidadão comum[531]. Além disso, os atrasos no diagnóstico[532] ou no tratamento necessário[533], bem como a interrupção abrupta do tratamento[534] foram já considerados violações da Convenção.

Fora das prisões e dos quartéis, apenas dois grupos gozam da proteção reforçada da Corte: as crianças e as pessoas com deficiências. Esses dois grupos, no entanto, beneficiam de um grau menor de proteção do que os presos e os militares, uma vez que o acesso a medicamentos essenciais e a cuidados primários de saúde não lhes é garantido. As necessidades de tratamentos de saúde dos migrantes foram ainda mais negligenciadas pela Corte, como é evidente na lamentável decisão em N. v. Reino Unido, uma vez que este grupo recebeu um nível de proteção pior e abaixo do padrão adequado.

522 Ibid., § 111.
523 Salman v. Turquia [GC], n. 21986/93, § 99, CtEDH 2000-VII, e Metin Gültekin e Outros, citado acima, §§ 32 e 34.
524 . Tarariyeva v. Rússia, n. 4353/03, § 87, CtEDH 2006-XV (extratos); Dzieciak, citado acima, § 101; Pitalev, citado acima, § 57; e Mirilashvili v. Rússia (dec.), n. 6293/04, 10 de julho de 2007.
525 V.D. v. Romênia, n. 7078/02, §§ 97 e 98, 16 de fevereiro de 2010.
526 Vladimir Vasilyev v. Rússia, n. 28370/05, §§ 68-70, 10 de janeiro de 2012.
527 Slyusarev v. Rússia, n. 60333/00, §§ 43 e 44, 20 de abril de 2010.
528 Kupczak v. Polônia, n. 2627/09, § 68, 25 de janeiro de 2011.
529 Farbtuhs, citado acima, § 60, e Semikhvostov v. Rússia, n. 2689/12, 6 de fevereiro de 2014.
530 . Tarariyeva, citado acima, § 80.
531 Mas não inclui o acesso a programas de troca de seringas, de acordo com o caso Shelley v. Reino Unido, n. 23800/06, 4 de janeiro de 2008.
532 Vasyukov v. Rússia, n. 2974/05, §§ 75 e 76, 5 de abril de 2011.
533 Dzieciak, citado acima, §§ 94 e 101, e Tarariyeva, citado acima, §§ 88 e 89.
534 Paladi v. Moldávia [GC], n. 39806/05, § 68, 10 de março de 2009.

55. A avaliação dos elementos probatórios em casos que envolvem tratamentos de saúde também varia muito. Normalmente, em casos de negligência médica ou em casos relativos a incidentes relacionados à saúde em hospitais e outras instituições de saúde, a Corte não contesta as conclusões dos tribunais nacionais sobre a cadeia de eventos, o nexo causal entre a conduta da autoridade médica competente e a morte ou ferimentos graves sofridos pela vítima, nem o grau de conhecimento das autoridades médicas competentes, considerando os meios de recurso internos suficientes[535]. Apenas em raras situações a Corte se afastou das conclusões dos peritos nacionais, como no caso Elena Cojocaru, ou concluiu que os meios internos não eram suficientes, como no caso Oyal[536]. No entanto, em outros tipos de incidentes relacionados à saúde, a Corte não se abstém de contestar e de reexaminar os fatos estabelecidos pelos tribunais nacionais. Em alguns casos, a Corte chegou ao ponto de avaliar os elementos de prova disponíveis, incluindo provas científicas e médicas, e de substituir os pontos de vista dos tribunais nacionais pelos seus próprios pontos de vista. De forma aparentemente paradoxal, a complexidade científica das provas é, por vezes, utilizada pela Corte como um argumento de contenção, sendo que, em outras ocasiões, debate os fatos científicos e nexos de causalidade, tal como nos casos Makharadze e Sikharulidze[537], Tătar[538], e Brincat e Outros[539]. Notavelmente, a Corte chegou a estender a sua competência em matéria de causalidade, por um lado, ao afirmar que a esfera de aplicação do art. 2 não pode ser interpretada como estando limitada ao momento e à causa direta da morte do indivíduo, já que a cadeia anterior de eventos também pode desencadear responsabilidade internacional[540] e, por outro, ao determinar o que constituiu ou não um "fator decisivo" na cadeia de eventos[541].

56. A extensão da análise da Corte em casos de negligência médica ou em casos relativos a incidentes relacionados à saúde em hospitais e outras instituições de saúde é limitada, uma vez que a Corte restringe as suas conclusões à vertente procedimental dos arts. 2 ou 3 e raramente trata da vertente material. Quando o faz, a Corte apenas analisa a existência de falhas estruturais no sistema de saúde, como a falta de legislação adequada ou de recursos técnicos. No entanto, em outros tipos de incidentes relacionados à saúde, a Corte avalia sempre as duas ver-

535 Ver, entre outros, Eugenia Lazăr v. Romênia, n. 32146/05, 16 de fevereiro de 2010; G.N. e Outros v. Itália, n. 43134/05, 1 de dezembro de 2009; De Santis e Olanda v. Itália (dec.), n. 35887/11, 9 de julho de 2013; Balci v. Turquia (dec.), n. 58194/10, 20 de outubro de 2015; e Sayan v. Turquia, n. 81277/12, § 112, 11 de outubro de 2016.
536 Ambos citado acimas.
537 Makharadze e Sikharulidze, citado acimas, §§ 78-81.
538 Tătar, citado acima, §§ 104-107.
539 Brincat e Outros, citado acima, § 106. Ver, por exemplo, Metin Gültekin e Outros, citado acima, §§ 43-45; Cevrioğlu, citado acima, § 65; Binişan, citado acima, §§ 80, 81, 88 e 89; e İlbeyi Kemaloğlu e Meriye Kemaloğlu, citado acima, §§ 20, 21 e 41.
540 Dodov, citado acima, § 70.
541 Kalender, citado acima, §§ 43-47.

tentes da norma em questão e apenas raramente conclui pela existência de falhas estruturais, como a falta de um quadro regulamentar adequado[542]. Por princípio, a Corte chegou mesmo a afirmar, tanto nos casos relativos a incidentes relacionados à saúde em ambiente externo, por exemplo os casos Öneryıldız[543] e Budayeva e outros[544], como nos relativos a incidentes no local de trabalho, por exemplo o caso Brincat e outros[545], que "o alcance das obrigações positivas previstas no art. 2 da Convenção cobre, em grande medida, as do art. 8". Isso também deve ser válido para obrigações materiais positivas, como a obrigação de proteger a saúde dos pacientes em hospitais e outras instituições de saúde.

57. Os pressupostos da responsabilidade internacional do Estado em casos de tratamentos de saúde não poderiam ser mais incertos. Situações que não apresentam diferenças são decididas de forma diferente. A negligência, a imprudência, a ignorância intencional, o erro de julgamento por parte de um profissional de saúde ou a coordenação deficiente entre profissionais de saúde no tratamento de um preso, como no caso Tarariyeva[546], ou de um militar, como no caso Metin Gültekin e Outros[547], são suficientes para responsabilizar um Estado Contratante do ponto de vista das suas obrigações positivas, nos termos do art. 2 da Convenção, para proteger a vida[548]. Esse não é o caso, contudo, no que respeita ao tratamento de outros indivíduos. A negligência, a imprudência, a ignorância intencional, o erro de julgamento ou a coordenação deficiente na forma como lidam com situações de risco para o público em geral, ou para uma categoria específica de pessoas, são também suficientes para suscitar um problema no âmbito do art. 2 quando estão em causa agentes públicos, como no caso Budayeva e outro[549], mas não no caso de profissionais de saúde ou de outro pessoal médico.

58. Pior ainda, em casos de negligência médica ou em casos relativos a incidentes relacionados à saúde em hospitais e em outras instituições de saúde, a Corte oscila entre a exigência de que os profissionais estejam "perfeitamente conscientes" das consequências negativas da sua conduta, como no caso Mehmet Şentürk e Bekir Şentürk, e o clássico teste Osman, como no caso Aydoğdu, onde a Corte considerou que é suficiente estabelecer um nexo de causalidade e o conhecimento ou o conhecimento putativo ("sabia ou deveria saber") da autoridade médica competente[550]. À hesitação do Tribunal em relação à ligação

542 Brincat e Outros, citado acima, e Lovyginy v. Ucrânia, n. 22323/08, 23 de junho de 2016.
543 Citado acima, §§ 90 e 160.
544 Citado acima, § 133.
545 Citado acima, § 85.
546 Citado acima.
547 Citado acima.
548 Para outros exemplos, ver Karsakova v. Rússia, n. 1157/10, 27 de novembro de 2014; Mustafayev, citado acima; e Kats e Outros, citado acima.
549 Citado acima.
550 Todos citado acimas.

subjetiva junta-se uma simplificação excessiva dos vários graus do dolo. A negligência inconsciente, a imprudência ou a ignorância intencional podem ser tão graves quanto a plena consciência, dependendo das circunstâncias. No entanto, com outro tipo de incidentes relacionados à saúde, a Corte é muito menos exigente. Muitas vezes desconsidera explicitamente o nexo causal entre a conduta do agente do Estado e o dano[551]. Por vezes, não presta atenção à ausência de um risco iminente, como no caso Cevrioğlu ou no caso Georgel e Georgeta Stoicescu[552]. Em muitos casos, simplesmente, não leva em consideração o conhecimento das autoridades responsáveis, omitindo qualquer consideração explícita ou implícita do teste Osman. Apesar de ser menos exigente em relação a esse tipo de incidentes relacionados à saúde, a Corte está, no entanto, disposta a considerar o Estado internacionalmente responsável.

59. Um argumento fácil seria o de que essa variedade de abordagens metodológicas resulta da ampla margem de apreciação num campo tão complexo do direito, que está na intersecção entre o conhecimento científico e as difíceis questões jurídicas de negligência, e que pode envolver grandes incidências orçamentárias. O argumento deve ser rejeitado porque aqui, de novo, a jurisprudência tem-se revelado muito desigual. Ao avaliar a margem de apreciação, a Corte atribui um peso determinante às limitações e aos compromissos financeiros do Estado, bem como às possíveis consequências orçamentárias decorrentes das obrigações convencionais, quando se trata de casos relativos a migrantes, mas não em casos relativos a presos[553]. Em situações de negligência médica, como nos casos Aydoğdu e Asiye Genç, a Corte aceitou a sua competência para rever as escolhas operacionais tomadas em matéria de prioridades e recursos, tal como nos casos relativos a incidentes relacionados à saúde em ambiente exterior, por exemplo nos casos Öneryıldız, Budayeva e Outros e Kolyadenko e Outros[554]. A Corte também aceitou a sua competência para rever a política do Governo relativamente às condições de segurança no local de trabalho, por exemplo no caso Brincat e Outros[555]. Mas quando a questão é a prestação de medicamentos essenciais a doentes específicos, como no caso Sentges[556], a Corte não está ainda pronta para exercer a mesma competência, invocando uma ampla margem de apreciação do Estado. O princípio da eficácia (effet utile) da proteção dos direitos humanos, que limitou a margem de apreciação nos casos Georgel e Georgeta Stoicescu[557],

551 Por exemplo, Arskaya v. Ucrânia, n. 45076/05, § 90, 5 de dezembro de 2013; Metin Gültekin e Outros, citado acima, § 36; Mustafayev, citado acima, § 65; Salakhov e Islyamova v. Ucrânia, n. 28005/08, §§ 167 e 181, 14 de março de 2013; Tătar, citado acima, §§ 96 e 97, e Brincat e Outros, citado acima, §§ 109-117.
552 Ambos citado acimas.
553 Poltoratskiy v. Ucrânia, n. 38812/97, § 148, 29 de abril de 2003.
554 Todos citado acimas.
555 Citado acima.
556 Citado acima.
557 Citado acima.

e em tantos outros casos relativos a incidentes relacionados à saúde em ambiente exterior e no local de trabalho, é repentinamente esquecido. Como pode a Corte criticar as autoridades nacionais por não terem incubadoras dispendiosas, política antipoluição, política de ordenamento do território, política de proteção contra inundações, política de segurança do trabalho ou mesmo uma política de controle de cães de rua e, ao mesmo tempo, tolerar a recusa de medicamentos que salvam vidas? A fim de evitar a impressão de que resolve alguns problemas enquanto evita outros, a Corte deve estar preparada para resolver coerentemente os dilemas jurídicos, quer ao nível macro, no que diz respeito à afetação de recursos limitados à saúde e em outros setores legítimos do Estado, quer a nível micro, no que diz respeito à realização das necessidades concorrentes de saúde dos indivíduos, com base numa abordagem pro persona do direito a tratamentos de saúde. Assim, é necessário interpretar a Convenção de modo a privilegiar seus propósitos (effet utile) e seus princípios. As próximas considerações serão dedicadas a esta interpretação.

Segunda parte – Levando o direito a tratamentos de saúde a sério (§§ 60-91)

IV. Conceituando uma abordagem pro persona ao direito a tratamentos de saúde sob a Convenção (§§ 60-72)

A. As obrigações materiais (§§ 60-66)

1. A obrigação de respeitar (§§ 60-61)

60. Os tratamentos de saúde são, em primeiro lugar e acima de tudo, uma questão de autonomia pessoal[558]. A princípio, a nenhuma pessoa deve ser imposto qualquer tipo de cuidado de saúde imposto. O Estado tem, portanto, a obrigação de respeitar e de não interferir nas escolhas de tratamentos de saúde dos indivíduos. Consequentemente, o Estado deve procurar o consentimento livre e informado sempre que for necessário interferir na integridade física de um paciente, e exigir e garantir esse consentimento quando a interferência ocorrer no setor privado[559]. Assim, a falta de regras apropriadas para determinar a capacidade de decisão dos pacientes, incluindo o seu consentimento informado sobre o

558 . Testemunhas de Jeová de Moscou e Outros v. Rússia, n. 302/02, § 136, 10 de junho de 2010, e os casos citados no § 48 desta opinião.

559 . Ver o art. 5 da Convenção de Oviedo e o relatório explicativo, bem como o Relatório do Relator Especial sobre o direito de todos a desfrutar do nível mais elevado possível de saúde física e mental, A/64/272, 10 de agosto de 2009, sobre a garantia do consentimento informado como sendo fundamental para alcançar o gozo do direito à saúde.

tratamento, constitui uma violação do art. 2 da Convenção[560].

61. O consentimento informado e, na sua ausência, a necessidade médica, são as pedras basilares de qualquer interferência na integridade física de um paciente[561]. Isso, a princípio, proíbe a administração forçada de medicamentos[562], a alimentação forçada[563], a administração forçada de indutores de vômito[564], a cirurgia forçada[565], os exames de sangue forçados e fotografias[566], a esterilização forçada[567], a presença forçada de estudantes de medicina durante os atos médicos[568] e o armazenamento contínuo ou a implantação de embriões contra a vontade de um dos doadores[569]. Neste contexto, vale a pena referir a tensão existente entre o reconhecimento pela Corte do "princípio do caráter sagrado da vida", por um lado, e a sua crescente abertura às exigências da "qualidade de vida", por outro[570]. Esta tensão levou a Corte a declarar que um "fim indigno e penoso da vida" constitui uma interferência no direito ao respeito pela vida privada, garantido pelo art. 8 § 1 da Convenção[571], e a consagrar, no âmbito desta norma, o chamado "direito de decidir de que maneira e em que momento deveria terminar a sua vida, desde que ele ou ela estivesse numa posição livre para formar a sua própria vontade e agir em conformidade"[572]. Em Lambert e Outros, a Corte reviu a formulação, considerando que era verdadeira "mesmo quando o doente seja incapaz de expressar os seus desejos"[573]. Apesar da falta de consenso entre os Estados membros do Conselho da Europa sobre a permissão da suspensão do tratamento artificial de manutenção da vida, a Corte considerou, com base em materiais de direito comparado não publicados, que existia consenso quanto à importância primordial dos desejos do paciente no processo de tomada de decisão, independentemente da forma em esses desejos fossem expressos. Assim, a Corte aceitou que, na ausência de diretivas antecipadas ou de um "testamento vital", os supos-

560 Arskaya, citado acima, § 90.

561 Trocellier v. França (dec.), n. 75725/01, 5 de outubro de 2006; Codarcea v. Romênia, n. 31675/04, 2 de junho de 2009; e Csoma v. Romênia, n. 8759/05, 15 de janeiro de 2013.

562 Glass v. Reino Unido, n. 61827/00, CtEDH 2004-II.

563 Nevmerzhitsky v. Ucrânia, n. 54825/00, CtEDH 2005-II (extratos); Ciorap v. Moldávia, n. 12066/02, 19 de junho de 2007; e Rappaz v. Suíça (dec.), n. 73175/10, 26 de março de 2013.

564 Jalloh v. Alemanha [GC], n. 54810/00, CtEDH2006-IX.

565 Bugomil v. Portugal, n. 35228/03, 7 de outubro de 2008.

566 M.A.K. e R.K. v. Reino Unido, n. 45901/05 e 40146/06, 23 de março de 2010.

567 V.V. v. Eslováquia, n. 18968/07, CtEDH 2011 (extratos).

568 Konovalova v. Rússia, n. 37873/04, 9 de outubro de 2014.

569 Evans v. Reino Unido [GC], n. 6339/05, CtEDH 2007-I.

570 .Pretty v. Reino Unido, n. 2346/02, § 65, CtEDH 2002-III; Koch v. Alemanha, n. 497/09, § 51, 19 de julho de 2012; Arskaya, citado acima, § 69; e Lambert e Outros v. França [GC], n. 46043/14, § 142, CtEDH 2015 (extratos).

571 Pretty, citado acima, § 67; Haas v. Suíça, n. 31322/07, § 50, CtEDH 2011; e Lambert e Outros, citado acima, § 180. Note-se a evolução da linguagem: no caso Pretty, a Corte não estava "preparada para excluir", mas no caso Haas estava preparada para incluir esse direito sob a égide do art. 8.

572 Haas, citado acima, § 51, e Koch, citado acima, § 52.

573 Lambert e Outros, citado acima, § 178.

tos desejos do paciente poderiam ser determinados por uma variedade de meios, incluindo um ou mais testemunhos[574].

2. A obrigação de proteger (§§ 62-66)

62. O dever do Estado de tomar as medidas apropriadas para proteger a vida das pessoas que se encontrem sob a sua jurisdição também abrange, em circunstâncias apropriadas, uma obrigação positiva de adotar medidas operacionais preventivas que protejam um indivíduo cuja vida ou saúde estejam em risco devido a atos criminosos de outro indivíduo ou a auto lesão[575]. Nesses casos, o papel da Corte é o de determinar se as autoridades conheciam ou deviam conhecer a existência de um risco real e imediato e, em caso afirmativo, se fizeram tudo o que podiam para impedir que a vida do indivíduo em causa fosse colocada em risco[576]. O mesmo se aplica, a fortiori, à obrigação de adotar medidas específicas para proteger pessoas vulneráveis de maus-tratos de que as autoridades tiveram ou deveriam ter tido conhecimento[577]. É evidente que as pessoas que necessitam de tratamento médico primário urgente e medicamentos essenciais estão numa condição vulnerável. De modo mais amplo, as pessoas que estejam em hospitais ou em outras instituições de saúde estão numa situação de vulnerabilidade semelhante à das pessoas que se encontrem em outras "instituições totais"[578].

Assim, de acordo com a Convenção, a responsabilidade internacional do Estado pela proteção no contexto de incidentes relacionados à saúde depende de três condições cumulativas, das quais duas são objetivas e uma é subjetiva. Estas são (1) a existência de uma situação de risco real e imediato, (2) um nexo de causalidade entre a conduta das autoridades e os danos causados e (3) o conhecimento das autoridades ou conhecimento putativo ("sabia ou deveria saber") das possíveis consequências danosas das suas ações e omissões. De qualquer modo,

574 Também é altamente discutível se existe um direito convencional de acesso a rastreio pré-natal (ver Costa e Pavan v. Itália, n. 54270/10, 28 de Agosto de 2012, e R.R. v. Polônia, n. 27617/04, CtEDH 2011 (extratos); ver também a minha opinião anexa ao acórdão Parrillo v. Itália ([GC], n. 46470/11, CtEDH 2015)). Contudo, parece claro que não existe um direito à inseminação artificial protegido pela Convenção (Dickson v. Reino Unido [GC], n. 44362/04, CtEDH2007-V), aborto (Tysiąc v. Polônia, n. 5410/03, CtEDH 2007-I; A, B e C v. Irlanda [GC], n. 25579/05, CtEDH 2010; e P. e S. v. Polônia, n. 57375/08, 30 de outubro de 2012), fertilização in vitro com recurso a doação de gametas (S.H. v. Áustria [GC], n. 57813/00, CtEDH 2011), suicídio assistido (Pretty, citado acima) ou medicação necessária para o suicídio (Haas, citado acima), e acordos de maternidade de substituição (Mennesson v. França, n. 65192/11, CtEDH 2014 (extratos)). A Corte até se mostrou disposta, em alguns desses casos, a aceitar proibições absolutas.

575 Osman, citado acima, § 115, e Keenan, citado acima, §§ 89 e 90.

576 Uçar v. Turquia, n. 52392/99, §§ 85 e 86, 11 de abril de 2006, e Renolde v. França, n. 5608/05, §§ 80 e 81, CtEDH 2008 (extratos).

577 Z e Outros v. Reino Unido [GC], n. 29392/95, § 73, CtEDH 2001-C.

578 Apesar de não poder aprofundar o conceito de "instituição total" no espaço limitado desta opinião, é importante notar que a vulnerabilidade das pessoas em hospitais ou outros serviços de saúde, como lares de idosos, leprosários e sanatórios, tem sido bem conhecida dos sociólogos, desde Erving Goffman ("On the Characteristics of Total Institutions") a Michel Foucault ("Discipline and Punish"), desde, pelo menos, o início dos anos 50 no século passado. A sua situação tem sido equiparada à de pessoas que se encontrem noutras "instituições totais", como cadeias, quartéis do exército, orfanatos e escolas.

essa responsabilidade pode ser afastada quando nenhuma outra conduta das autoridades podia ser razoavelmente esperada.

63. A primeira condição para a responsabilidade internacional do Estado deve ser qualificada quando as necessidades de saúde de um determinado grupo da população se confrontam com falhas estruturais ou sistêmicas. Se as autoridades sabem ou devem saber que um segmento da população, tal como um determinado grupo de pacientes (por exemplo, os cidadãos de uma cidade ou os pacientes de um determinado hospital) é confrontado com falhas estruturais ou sistêmicas nos tratamentos de saúde que recebe, e não impedem a ocorrência dos danos a que esses pacientes estão expostos, o Estado pode ser responsabilizado por omissão quanto a violações de direitos humanos decorrentes dessa situação, mesmo que as pessoas em causa não estejam em risco iminente[579]. A natureza estrutural ou sistêmica das falhas cria per se um risco atual de dano que pode concretizar-se a qualquer momento[580].

64. Para que a responsabilidade internacional do Estado no âmbito da Convenção seja afastada, não é suficiente que as atividades de saúde estejam sujeitas a um quadro legislativo, administrativo e regulamentar adequado, e que um mecanismo de acompanhamento permita a aplicação desse quadro, como a Corte declarou na decisão Powell[581]. A obrigação de adotar medidas legislativas ou outras medidas gerais adequadas não pode ser considerada a única obrigação dos Estados Partes a este respeito[582]. O direito aos tratamentos de saúde protegidos pela Convenção também implica obrigações concretas de devida diligência. Ao se evadir da questão da proteção concreta do direito individual de cada paciente e, em vez disso, proteger os profissionais de saúde em uma bolha legal intocável, a decisão em Powell torna a proteção da Convenção ilusória para os pacientes[583]. O caso Powell promove uma Convenção para poucos, os profissionais de saúde e as companhias de seguros, não para muitos, os pacientes. Essa ideia deve ser imediatamente rejeitada. Afinal de contas, a própria Corte aceita que "o conhecimento dos fatos e de possíveis erros cometidos no decurso de cuidados médicos é essencial para permitir que as instituições e o pessoal médico em causa remedeiem as deficiências potenciais e previnam erros semelhantes"[584].

579 Na minha opinião anexa ao acórdão Valiulienė v. Lituânia, n. 33234/07, 26 de março de 2013, já tinha apelado à revisão do teste Osman nos casos de violência doméstica quando a natureza generalizada deste problema é conhecida das autoridades, como no caso da Lituânia.

580 Para exemplos deste risco atual, ver Cevrioğlu, citado acima, ou Georgel e Georgeta Stoicescu, citado acima.

581 Powell, citado acima.

582 Para uma linha de fundamentação semelhante, ver CESCR, Comentário Geral n. 3, citado acima, § 4.

583 Tal como referido no § 69 do acórdão Arskaya, citado acima. Até ao momento, este é o único caso de negligência médica em que a Corte constatou deficiências no quadro regulatório de um Estado membro.

584 Oyal, citado acima, § 76, e outra vez no caso Genç, citado acima, § 85.

65. A obrigação do Estado de proteger os direitos à vida e à integridade física deve incluir a adoção de medidas razoáveis para assegurar a saúde das pessoas[585]. As interferências com o direito à vida são submetidas a um rigoroso teste de proporcionalidade ("absolutamente necessário", art. 2 § 2 da Convenção) e ainda a uma norma absoluta, não derrogável (art. 15 § 2 da Convenção), que pressupõe que exista respeito em relação a um núcleo inviolável que transcende as circunstâncias de cada caso específico. A mesma norma não derrogável aplica-se à proibição de tortura e de maus-tratos (arts. 3 e 15 § 2 da Convenção). Nem guerra nem qualquer outra situação de perigo público, nem tradições culturais nem a diversidade religiosa, limitam a aplicabilidade do núcleo do direito, pois dá origem a um direito fundamental e irredutível, na ausência do qual o direito perde seu valor[586]. Um núcleo duro subordinado às circunstâncias de cada caso não permitiria uma aplicação uniforme da lei pelos tribunais, uma vez que seria indeterminado. Mas isso não significa que o núcleo do direito seja algo imutável, independente do contexto e excessivamente rígida. A definição do núcleo do direito pode evoluir à luz de melhores informações e desenvolvimentos científicos.

66. Os direitos à vida e à integridade física impõem obrigações fundamentais para proteger a vida e a saúde de qualquer pessoa sob jurisdição dos Estados Partes da Convenção. Por força da Convenção, lida à luz da norma internacional consuetudinária acima mencionada, essas obrigações básicas incluem o acesso a serviços de urgência e a tratamento médico primário[587], bem como o acesso a medicamentos essenciais[588]. Esse núcleo orientado para resultados é um "chão", o nível fundamental da proteção à saúde da Convenção, mas não um "teto". Além da proteção desse núcleo, o direito à saúde é submetido, na sua "periferia", a um teste de proporcionalidade, na medida em que podem existir casos em que a obrigação de proteger o núcleo é respeitada, mas os Estados ainda não adotaram medidas de saúde "razoáveis" (proporcionais)[589]. Esse teste de proporcionalidade exclui, por um lado, o risco de proteção insuficiente da "periferia" do direito e, por outro lado, o risco inverso de um efeito excessivamente expansivo de colonização da "periferia" do direito aos tratamentos de saúde que incluiria o conteúdo

585 Centre for Legal Resources em nome de Valentin Câmpeanu, citado acima, § 132.

586 Ver a minha opinião anexa ao acórdão Konstantin Markin v. Rússia ([GC], n. 30078/06, CtEDH 2012 (extratos)) e a discussão da jurisprudência constitucional alemã e suíça sobre menschenwürdiges Existenzminimum.

587 . Ver, para o mesmo efeito, Mehmet Şentürk e Bekir Şentürk, citado acima, e Furdík, citado acima.

588 . Ver, para o mesmo efeito, o notável caso Oyal, citado acima.

589 . Ver o caso de direito constitucional sul-africano Ministro da Saúde e outros v. Treatment Action Campaign e outros, Caso CCT 8/02, 5 de julho de 2002, que rejeitou a aplicação direta de um núcleo mínimo, mas que, de qualquer forma, considerou que as restrições sobre a nevirapina excluíam aqueles que poderiam ser razoavelmente incluídos no programa, e ordenou ao Governo que alargasse a disponibilização do medicamento. Tal como o Juiz Goldstone argumentou extra curia, essa jurisprudência deveria ser considerada como um desafio para que fosse providenciada mais informação sobre o conceito de núcleo mínimo e não como uma decisão definitiva para o abandonar (Prefácio do livro Courting Social justice, Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World, ed. Gauri w Brinks, Cambridge: CUP, 2008, p. xii).

de outros direitos independentes relacionados com fatores subjacentes à saúde, tais como habitação decente, saneamento e acesso à água. Ainda mais importante, mesmo que a proteção judicial do direito à saúde possa ter impacto nos orçamentos e na política social, isso certamente não viola o princípio da separação democrática de poderes, uma vez que o escrutínio judicial das medidas de saúde é limitado pela informação científica disponível e pelo teste de proporcionalidade (ou razoabilidade)[590].

B. As obrigações procedimentais (§§ 67-70)

1. As obrigações de prestar contas e fornecer explicações (§§ 67-68)

67. O Estado tem obrigações especiais para cuidar da vida dos indivíduos que se encontrem sob seu controle. Como regra geral, a morte de um indivíduo privado de liberdade, ou a sua sujeição a maus-tratos, levanta uma questão quanto ao cumprimento pelo Estado da obrigação de proteger o direito dessa pessoa à vida[591]. Subsequentemente, isso faz com o Estado seja responsável por prestar contas acerca de quaisquer danos sofridos em situações de detenção, obrigação que é particularmente rigorosa quando um indivíduo morre[592]. Essa obrigação foi estendida a outros casos em que os indivíduos estão sob o controle do Estado, como os militares durante o serviço militar[593], bem como outros casos envolvendo a população em geral[594]. A mesma obrigação do Estado deve ser aplicada àqueles indivíduos que estejam em hospitais públicos ou nas mãos de médicos e outros profissionais de saúde e que são agentes públicos, especialmente quando a capacidade dos doentes em cuidar de si mesmos é limitada[595].

68. Quando nenhuma explicação convincente é fornecida para a morte ou para lesões ocorridas nas circunstâncias acima mencionadas, deve-se estabelecer que existe uma violação material do direito aos tratamentos de saúde. Com efeito, a Corte já aceitou essa obrigação em um caso recente de negligência médica na Turquia. Em Aydoğdu, a Corte baseou a constatação de uma violação mate-

590 Isto também responde ao argumento de que os juízes não são competentes na esfera de micro gestão dos tratamentos médicos. Essa crítica simplesmente ignora o fato de que os juízes civis, administrativos e criminais são frequentemente confrontados com dilemas concretos que envolvem queixas sobre tratamentos de saúde de diferentes pacientes, em situações em que existem recursos limitados. Eles determinam-nos precisamente com base no teste de proporcionalidade.

591 Slimani v. França, n. 57671/00, § 27, CtEDH 2004-IX (extratos).

592 Salman, citado acima, § 99, e Makharadze and Sikharulidze, citado acima, §§ 71-72, e os casos aí referidos.

593 Metin Gültekin e Outros, citado acima, §§ 32 e 33; Beker, citado acima, §§ 41-43; e Muradyan v. Armênia, n. 11275/07, § 133, 24 de novembro de 2016.

594 Oruk, citado acima, § 67.

595 Dodov, citado acima, § 81; Câmpeanu, citado acima, § 130; Kats e Outros, citado acima, § 104; Aleksanyan, citado acima, § 147; Khudobin, citado acima, § 84; e Z.H. v. Hungria, n. 28973/11, §§ 31-32, 8 de novembro de 2012.

rial, entre outros argumentos, na falta de explicação suficiente para os eventos e para o resultado fatal[596].

2. As obrigações de investigar e de processar (§§ 69-70)

69. Como acima demonstrado, a prestação de contas é uma dimensão crucial da garantia do direito à vida e do direito à integridade física no direito internacional e europeu. Isso inclui, evidentemente, a obrigação de investigar, processar e eventualmente punir violações desses direitos, o que, em termos práticos, significa que as autoridades estatais têm o dever de identificar, de ofício, as causas da morte ou de lesões graves, bem como as pessoas responsáveis[597]. A exigência é ainda mais premente no contexto de negligência médica, tendo em vista a complexidade das questões de fato e técnicas normalmente envolvidas nesses casos e o fato de as circunstâncias reais da morte ou da lesão grave estarem, ou poderem estar, em grande parte, confinadas ao conhecimento dos agentes ou autoridades do Estado[598].

70. Assim, não é suficiente, na esfera específica da negligência médica, que as vítimas tenham recurso aos tribunais civis, isoladamente ou em conjunto com um recurso nos tribunais penais, permitindo que a responsabilidade dos médicos em questão seja estabelecida, assim como a obtenção da reparação civil apropriada. Ainda menos suficientes são as medidas disciplinares. A Corte declarou que devem estar disponíveis soluções de direito penal quando se constata que a negligência imputável aos funcionários ou organismos do Estado vai além de um erro de julgamento ou de imprudência, na medida em que as autoridades em questão conheciam plenamente as prováveis consequências e, desconsiderando os poderes que lhes foram atribuídos, não adotaram as medidas necessárias para evitar os riscos inerentes a uma atividade perigosa[599]. Como acima mencionado, essa visão simplifica em excesso a questão do dolo e estabelece padrões diferentes para situações igualmente perigosas. Por exemplo, em Sinim v. Turquia[600], a Corte criticou o "desrespeito imprudente" das regras relevantes relativas ao transporte de mercadorias perigosas, a saber, o fato de nenhuma licença ter sido obtida para o transporte de tais mercadorias e o fato de a remessa ter sido incorretamente descrita. Para a Corte, esse desrespeito exigia uma investigação criminal[601]. É difícil

596 Aydoğdu, citado acima, § 77.

597 Öneryıldız, citado acima, § 93, bem como Al Fayed v. França (dec.), n. 38501/02, §§ 73-78, 27 de setembro de 2007, e Railean v. Moldávia, n. 23401/04, § 28, 5 de janeiro de 2010.

598 Este argumento é frequentemente avançado em relação a outras atividades perigosas semelhantes, como no caso Oruk, citado acima, § 49; Öneryıldız, citado acima, § 93; Stoyanovi v. Bulgária, n. 42980/04, §§ 61 e 63, 9 de novembro de 2010; e também no caso McCann e Outros v. Reino Unido, 27 de setembro de 1995, §§ 157-64, Série A, n. 324.

599 Öneryıldız, citado acima, § 93; Oruk, citado acima, §§ 50 e 65; e Mehmet Şentürk e Bekir Şentürk, citado acima, § 104.

600 Sinim v. Turquia, n. 9441/10, § 63, 6 de junho de 2017.

601 Esse caso é notável porque a Corte atuou como um tribunal de primeira instância, ao estabelecer a causalidade e a mens rea por parte das pessoas responsáveis ("neste caso, a morte resultou do desrespeito

entender por que o desrespeito imprudente das regras de segurança no setor de transporte requer uma investigação penal, mas não a negligência a respeito de regras médicas com consequências sérias ou fatais. Para além disso, a obrigação das autoridades de iniciarem uma investigação criminal por iniciativa própria também se aplica em caso de lesões potencialmente fatais, causadas por negligência e sofridas pela vítima em circunstâncias suspeitas, mesmo quando o Estado não tem responsabilidade direta pela morte[602]. Contudo, do que precede, não deve de modo algum inferir-se que o art. 2 pode implicar uma obrigação absoluta de que todos os processos judiciais resultem em condenação ou, de fato, em uma determinada pena[603].

C. Conclusão Preliminar (§§ 71-72)

71. O direito aos tratamentos de saúde está consagrado na Convenção. Como qualquer outro direito, impõe obrigações negativas e positivas ao Estado. O conteúdo nuclear do direito inclui a prestação de tratamentos de saúde primários e urgentes e de medicamentos essenciais para as pessoas necessitadas. Em relação a esse núcleo, tanto um imperativo de dignidade humana[604] como uma interpretação da Convenção de acordo com o direito consuetudinário internacional impõem uma abordagem padronizada. O cerne do direito não pode ser objeto da cláusula derrogatória do art. 15 da Convenção, nem da cláusula de limitação do art. 8[605]. Medidas regressivas não devem colocar esse núcleo em questão. Não deve existir uma abordagem dupla, tripla nem múltipla para uma necessidade humana básica, como a assistência médica fundamental, já que isso equivaleria a valorizar a vida de maneira diferente em diferentes partes da Europa. Uma abordagem desse tipo certamente não cumpriria o "princípio do caráter sagrado da vida", que, nas próprias palavras da Corte, "é especialmente evidente no caso de um médico, que exerce suas habilidades para salvar vidas e deve agir no melhor interesse dos seus pacientes[606]".

72. Para além dos limites do núcleo do direito à saúde, os Estados têm uma obrigação de realização progressiva e as limitações de recursos devem ser tidas em conta. A avaliação dos recursos deve ser feita de acordo com um teste de

voluntário e imprudente das partes responsáveis quanto às suas obrigações legais emergentes da legislação pertinente, em oposição a uma simples omissão ou erro humano") em vez de rejeitar os casos criminal e civil que estavam pendentes.

602 Pereira Henriques v. Luxemburgo, n. 60255/00, § 56, 9 de maio de 2006.

603 Ver, mutatis mutandis, Tanlı v. Turquia, n. 26129/95, § 111, CtEDH 2001-III.

604 . Uso estas palavras no mesmo sentido que o CDESC (ver Digesto, citado acima). Revestir uma afirmação sobre o conteúdo de um direito humano concreto com os trajes da dignidade humana não satisfaz apenas um impulso ético, mas também está de acordo com a natureza da obrigação central realmente assumida pelos Estados no âmbito da Convenção, que consiste em proteger essa mesma dignidade.

605 Ver as Orientações de Maastricht sobre Violações de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, citado acima, §§ 6 e 8.

606 Arskaya, citado acima, § 69.

proporcionalidade. O Estado deve fornecer uma explicação razoável para a recusa ou para a prestação inadequada de tratamentos de saúde num hospital público ou por um médico ou outro profissional de saúde que seja agente público e, quando essa explicação não é apresentada, o Estado é internacionalmente responsável. A falta de um recurso penal para as supostas vítimas ou para os seus familiares em um caso que tenha consequências fatais ou outras consequências graves, decorrentes da violação do direito à saúde da Convenção, também desencadeia a responsabilidade internacional do Estado.

V. A aplicação de uma abordagem pro persona ao presente caso (§§ 73-91)

A. Crítica à abordagem ideológica da maioria (§§ 73-81)

1. Restringindo a jurisprudência da Corte (§§ 73-78)

73. Se o caso Powell é o rei de uma linha jurisprudencial, o caso Lopes de Sousa Fernandes é mais real do que o rei. Desde o início, o teor ideológico do presente acórdão é evidente na afirmação direta da maioria de que, no presente caso, a via legal apropriada era a via civil[607]. Não é dada nenhuma justificativa para essa afirmação, seja do ponto de vista do direito nacional ou da perspectiva da Convenção. Ora, de acordo com a lei portuguesa, essa afirmação é simplesmente errada. Na legislação portuguesa, não é concedida nenhuma preferência à solução civil em relação à solução penal ou a outras vias legais disponíveis para litigar em caso de negligência médica. No direito da Convenção, a questão até então não estava clara[608], mas a Corte normalmente considerava as vias criminais, administrativas e civis como alternativas.

O que a declaração da maioria mostra é uma escolha ideológica em favor da privatização dos recursos contra a negligência médica[609], que deixa os pacientes comuns e os seus familiares, e especialmente as famílias de classe média e pobres, por conta própria quando têm que litigar nos casos de negligência médica contra profissionais de saúde e companhias de seguros. Pacientes comuns e os seus familiares, bem como os seus advogados (muitas vezes prestando assistência jurídica), pouco podem fazer contra esses poderosos magnatas. Libertar o Estado da obrigação de investigar e de processar nos casos de violações do direito à vida e de graves violações do direito à integridade física reduz esses direitos a tal ponto

607 Ver § 138 do acórdão.

608 Em Vo, citado acima§ 93, a Corte favoreceu a via do direito administrativo em geral, mas no caso Calvelli e Ciglio, citado acima, § 55, considerou que "os melhores meios" para elucidar a responsabilidade do médico pela morte dos filhos dos requerentes era a via civil.

609 Ver a crítica do requerente em Dodov, supra ciado, § 76.

que desaparecem. Uma vez que na grande maioria dos casos os pacientes comuns e os seus familiares não possuem meios (incluindo os meios financeiros, logísticos, científicos e outros) para investigar e processar em caso de morte ou de ferimentos graves causados por negligência médica, o que acontece é que simplesmente não é possível estabelecer a ligação causal entre a conduta dos profissionais e os danos causados, nem determinar o grau de conhecimento do médico sobre a situação médica do paciente. Em última análise, não é dada nenhuma explicação em relação à morte ou às lesões graves, por vezes com consequências que mudam a vida. Como um avestruz, o Estado enterra sua cabeça na areia.

74. Embora grave, a maior falha do caso Lopes de Sousa Fernandes não é esse impulso para a privatização de casos de negligência médica. Em realidade, é o esforço hercúleo da maioria para restringir a maior parte da jurisprudência anterior com vista a limitar a jurisdição da Corte. As consequências diretas dessa escolha ideológica não são neutras em relação às vítimas, pois permitem que o Estado se esquive da responsabilidade por morte negligente ou por lesões graves no âmbito da Convenção e, ao fazê-lo, abandona as vítimas e seus familiares ao esquecimento e à vitimização secundária, também conhecida como vitimização pós-crime. Para além disso, a deferência excessiva a alguns interesses governamentais de privatização e redução dos direitos humanos ergue à volta da Corte os muros de uma prisão de irrelevância[610]. Quando considerações políticas e econômicas mercantilizam os serviços de saúde e põem fim aos tratamentos de saúde, o direito à vida dos pacientes comuns é esquecido. Quando a margem de apreciação reduz a Convenção a uma carta ignóbil de privilégios de poucos, ignorando o destino triste de muitos, mesmo à custa da vida, os ideais dos pais fundadores foram abandonados. Uma abordagem excessivamente restritiva da subsidiariedade, focada no apaziguamento de certos Estados com uma política de bem-estar social mínima, semelhante ao papel de um guarda noturno, põe em risco a efetiva implementação do direito aos tratamentos de saúde em todos os Estados membros. Para substanciar a minha opinião, abordarei primeiro a linguagem usada pela maioria e depois o conteúdo da sua argumentação.

A base do esforço da maioria reside numa distinção linguística artificial entre a "negação do acesso ao tratamento de urgência vital" e a "mera negligência médica", cuja artificialidade é reconhecida pela própria maioria no § 193 do acórdão. Além disso, nos §§ 183 e 184, a maioria coloca na mesma posição casos de denegação de tratamento de emergência com total consciência do risco das consequências fatais e casos de disfunção em que as autoridades médicas "tinham ou deviam ter tido conhecimento" (o teste Osman). Ao fazê-lo, a maioria trata de

610 Uma crítica semelhante foi feita pelo CESCR e pelo CDC, que salientaram, respetivamente, que as Partes Contratantes mantêm as suas obrigações internacionais apesar da privatização do setor da saúde (Tobin, citado acima, 222-223).

modo semelhante situações nas quais o dolo é totalmente diferente, combinando modos muito distintos de infração. Para complicar ainda mais as coisas, no § 191, o primeiro grupo de casos (negação de acesso ao tratamento de urgência vital) está associado a um grau de consciência diferente e menor ("conscientemente"). A falta de rigor na linguagem da maioria é incompreensível. A maioria admite que a obrigação de regular inclui "num sentido mais amplo" o dever de assegurar o "funcionamento eficaz" do quadro regulador e, até mesmo, o dever de o implementar. Surpreendentemente, isso equivale a equiparar as questões de prestação concreta de tratamento médico e da sua regulamentação geral, excluindo qualquer linha de separação entre as duas. Mas a amplitude desse raciocínio no § 189 é imediatamente limitada às "circunstâncias excecionais" mencionadas no § 190. A linguagem usada não só carece de rigor, como também não tem consistência.

75. O núcleo do acórdão são os §§ 194 a 196. Aqui, a maioria refere-se à "última categoria [de casos]", ou seja, aos casos de disfunção estrutural e sistêmica que as autoridades conheciam ou deveriam conhecer (o segundo grupo de casos). A maioria definiu quatro condições cumulativas para a responsabilidade internacional do Estado[611].

A primeira condição é o grau de consciência mais elevado ("sabia plenamente"). Isso significa que a principal característica subjetiva do segundo grupo de casos (o teste Osman) é abandonada. A partir de agora, a condição Mehmet Şentürk e Bekir Şentürk da "plena consciência" também é exigida para casos em que, anteriormente, a Corte havia aceitado uma forma de conhecimento putativo ("deveria ter sabido"). Em outras palavras, uma vez que o requisito subjetivo mais exigente do primeiro grupo de casos também deve ser aplicado ao segundo grupo de casos, a maioria elimina a razão para a distinção entre eles e, de fato, funde-os.

76. A segunda condição é a exigência de que o problema seja sistêmico ou estrutural e não envolvendo meramente casos individuais. A maioria esclarece o que quer dizer com essa condição citando o § 87 do caso Aydoğdu, que se refere a dados estatísticos. Implicitamente, a maioria visa estabelecer um nível muito elevado da prova de falha "sistêmica ou estrutural".

77. A terceira e a quarta condições referem-se à exigência de causalidade como condição para a responsabilidade internacional do Estado em casos de negligência médica. No § 187 do acórdão, a maioria refere-se ao nexo de causalidade, exigindo o estabelecimento em concreto de uma ligação entre o quadro regulamentar e o dano sofrido pelo paciente, uma vez que o primeiro "deve ter funcionado em detrimento do paciente". Nenhuma das fontes citadas pela maioria, principalmente Z v. Polônia e Arskaya, apoia este raciocínio. Mas no § 196 a maioria é ainda mais exigente, na medida em que menciona um "vínculo" entre a disfunção e o dano e, além disso, um vínculo ("deve ter resultado") entre a disfunção e o quadro regulatório. Isso significa que é necessário um duplo nexo causal. As referências citadas pela maioria não apoiam esse raciocínio. O § 96 de Mehmet Şentürk e Bekir Şentürk não se refere a nenhum nexo de causalidade e os §§ 87 e 88 do acórdão Aydoğdu referem apenas a causalidade entre a disfunção e o dano.

611 A linguagem utilizada nos §§ 194 a 196 do acórdão ("em primeiro lugar", "em segundo lugar", "em terceiro lugar") tem por objetivo referir-se a condições cumulativas.

78. Por último, a maioria não fez qualquer esforço para colocar o caso em perspectiva, procurando uma abordagem consistente com a jurisprudência anterior da Corte sobre o direito à saúde, ao menos aquela relativa a incidentes relacionados com tratamentos de saúde de grupos específicos da população. Tendo em conta essa omissão, não é de surpreender que os padrões cruciais de acesso aos tratamentos de saúde das Nações Unidas, interamericanos, africanos e europeus, bem como o avanço da judicialização do direito à saúde em todo o mundo e especialmente no Conselho da Europa, tenham sido ignorados.

2. Reescrevendo a história (§§ 79-81)

79. Dois anos após a morte do Sr. Fernandes, o colégio de especialistas em doenças infecciosas da Ordem dos Médicos de Portugal publicou um relatório segundo o qual o caso do marido da requerente refletia as condições de trabalho "estruturais e operacionais deploráveis" dos hospitais públicos do mesmo tipo que o Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia ("CHVNG") no momento relevante. Mesmo assim, a maioria põe em causa a conclusão dos mais importantes especialistas médicos em doenças infecciosas em Portugal, dezessete anos após a sua emissão. A argumentação da maioria carece de credibilidade.

80. Em primeiro lugar, a maioria se vê no direito de decidir sobre um assunto que não é da sua competência. Apesar da repetição piedosa da jurisprudência no § 199 do acórdão, o fato é que o § 201 reescreve a história, pondo em dúvida a conclusão do colégio de doenças infecciosas[612]. Em segundo lugar, a maioria argumenta que essa conclusão não foi confirmada por provas adicionais apresentadas pelo colégio nem por relatórios subsequentes, mas esquecem-se de que ninguém, nem mesmo o Governo, contestou a conclusão sobre as condições de trabalho "estruturais e operacionais deploráveis" do CHVNG no momento dos fatos nem a necessidade de "análise urgente e mudança". Em terceiro lugar, a maioria ignora as provas adicionais do processo que reforçaram a existência de uma falha estrutural.

612 Não cabe à Corte decidir matérias que relevam exclusivamente do campo da especialidade dos médicos especialistas (ver Metin Gültekin e Outros, citado acima, § 36, e Kozhokar, citado acima, § 108).

81. De acordo com as provas adicionais contidas no processo, desde a sua criação, em 1979, o Sistema Nacional de Saúde ("SNS") português tem registrado grandes desenvolvimentos em termos de eficiência e qualidade[613]. No entanto, o SNS também enfrentou problemas recorrentes, como o uso excessivo de departamentos de urgência; listas de espera muito longas; distribuição desigual dos recursos de saúde; dificuldade de acesso aos tratamentos de saúde primários; falta de coordenação entre os centros de cuidados primários, médicos hospitalares, hospitais e médicos particulares; acesso limitado a serviços de saúde para pessoas mais pobres e geograficamente isoladas; e falta de motivação por parte dos médicos generalistas que trabalham isoladamente e por salários fixos. Em 1995/96 foi adotada uma série de reformas na área da saúde para enfrentar esses problemas e que visou aumentar a acessibilidade, melhorar a qualidade, aumentar a motivação dos médicos de clínica geral com um novo sistema de pagamento e melhorar a continuidade dos cuidados. Um relatório do Governo de 1996 intitulado "Recomendações para a prevenção e controle de infecções nosocomiais adquiridas em estabelecimentos de saúde", anexado pelo próprio Governo ao processo perante a Grande Câmara, refere-se a dois estudos sobre a situação em hospitais portugueses que "mostram que, em determinado momento, aproximadamente 30% dos pacientes internados no hospital tinham uma infecção e um terço deles adquiriu a infecção hospitalar"[614]. Em 1998, foi desenvolvida pela primeira vez uma estratégia nacional de saúde e de política de saúde com objetivos e metas quantificadas. Ainda mais importante, em dezembro de 1998, alguns meses após a morte do Sr. Fernandes, foi adotada a Resolução n. 140/98 do Conselho de Ministros[615] para abordar a "necessidade de um salto qualitativo no desenvolvimento de recursos humanos no domínio da saúde", com o objetivo de resolver o problema da falta de médicos e enfermeiros especializados e das listas de espera excessivamente longas para cirurgia, particularmente em algumas partes do país, através de uma nova estrutura de universidade pública no domínio das ciências da saúde e criando uma nova universidade no interior. Este é um claro reconhecimento por parte do Estado de quão sério era o problema sistêmico da falta de médicos especializados naquele momento.

613 Sobre as minhas considerações subsequentes ver, entre outros, o documento de trabalho da Direção-Geral de Investigação do Parlamento Europeu, "Sistemas de Saúde na UE, um estudo comparativo", Série Saúde Pública e Proteção dos Consumidores, SACO 101 EN, 1998, pp. 105-110; e Pereira et al., "Health Care Reform and Cost Containment in Portugal", em Mossailos e Le Grand, Health Care and Cost Containment in the European Union, Aldershot: Ashgate, 1999, pp. 635-660.

614 Ver § 104 do acórdão.

615 Resolução n. 140/98 do Conselho de Ministros, de 4 de dezembro de 1998.

B. Uma abordagem ao presente caso baseada nos direitos humanos (§§ 82-89)

1. As "condições estruturais e operacionais deploráveis" de tratamento (§§ 82-85)

82. No presente caso, a requerente queixou-se do atraso no diagnóstico e na cirurgia e do tratamento deficiente a que o marido tinha sido submetido, relacionando tais deficiências com a falta de pessoal médico[616].

83. Apesar do primeiro[617] e do segundo relatório médico[618] apontarem para possíveis deficiências no procedimento médico, elas não foram totalmente confirmadas pelo relatório subsequente do conselho disciplinar regional de 28 de dezembro de 2001, que deixou em aberto a questão de saber se um diagnóstico anterior teria sido possível caso um especialista em doenças infecciosas estivesse disponível ("poderia ter feito um diagnóstico mais cedo") e considerou "justificado" o lapso de tempo entre o diagnóstico da perfuração da úlcera duodenal e a cirurgia[619]. No entanto, o relatório subsequente da Inspeção Geral de Saúde ("IGS"), de 25 de julho de 2006, concluiu claramente que tinha havido "conduta negligente na assistência médica prestada" pelo Dr. J.V., mas suspendeu o processo disciplinar enquanto aguardava o resultado do processo penal[620]. Embora esses últimos procedimentos não tenham estabelecido a responsabilidade do médico assistente J.V., isso ocorreu porque não houve autópsia, o que era obrigatório neste caso, como admitido pelo próprio colégio de doenças infecciosas. A inexistência de uma autópsia "diminuiu numa extensão incalculável" o esclarecimento dos fatos, situação que o colégio denunciou[621]. Essa omissão é a melhor evidência de que não houve, desde o início, nenhuma vontade de esclarecer os fatos, de investigar minuciosamente os responsáveis, nem de, eventualmente, os levar à justiça[622]. O fato de terem sido necessários dois anos para a IGS abrir uma investigação e mais um ano para nomear um inspetor como chefe da investigação também é eloquente.

616 Ver ponto 14.40 da queixa inicial, páginas 12 e 48 das observações de 8 de junho de 2015 e § 99 do acórdão da Câmara.

617 § 52 do acórdão.

618 § 53 do acórdão.

619 § 57 do acórdão.

620 § 49 do acórdão. O relatório da IGS é final e portanto não é simplesmente verdade que "nenhum dos órgãos judiciais e disciplinares" que analisaram o caso não tenham encontrado qualquer falha no tratamento médico (§ 198 do acórdão).

621 Ver § 53 do acórdão. Apesar disso, a maioria argumenta incorretamente, no § 227, de que não era necessário autópsia.

622 Ver Pereira Henriques, citado acima, § 57 (que argumenta que uma autópsia pode ajudar a fornecer um registo completo e preciso das lesões e uma análise objetiva das conclusões clínicas).

84. Os fatos deste caso não foram um infeliz caso isolado, mas a consequência de uma falha estrutural que privou o paciente de acesso a tratamentos de saúde, ao mesmo tempo que colocou outras vidas em perigo. Existiu um problema sistêmico com a falta de pessoal médico especializado, como especialistas em infecções, em hospitais como o CHVNG. A prova no processo fala por si. As palavras do relatório do colégio sobre doenças infecciosas não poderiam ser mais claras:

> "As condições desumanas relatadas neste processo, da forma como o doente foi tratado, não são mais do que um exemplo do dia-a-dia dos nossos hospitais, reflexo das péssimas condições de estrutura e funcionamento que urge analisar e modificar. Esta Direção do Colégio de Doenças Infecciosas considera que a Ordem dos Médicos deve ter um papel fundamental, em defesa dos direitos dos pacientes e dos médicos, no sentido de que sejam criadas as melhores condições assistenciais para aqueles e de trabalho para estes. Vimos, de novo, alertar para a necessidade de se considerar a criação de serviços/unidades de infecciologia, naqueles hospitais com as características do Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia, melhorando deste modo a respetiva qualidade assistencial." [623].

85. Esse elemento fornecido pela Ordem dos Médicos mostra, por si, duas coisas. Primeiro, que a inadequação da regulamentação e da prestação de tratamentos de saúde em 1998 refletia um problema estrutural que dizia respeito não apenas ao CHVNG, mas a todos os hospitais semelhantes. Segundo, que a inadequação da regulamentação e da prestação de tratamentos de saúde era do conhecimento das autoridades de saúde, uma vez que o colégio teve o cuidado de "reiterar" as críticas feitas anteriormente. As autoridades nacionais sabiam dos riscos em questão e, portanto, não cumpriram o seu dever de proteger as vidas dos pacientes em questão.

2. Extraindo consequências da história (§§ 86-89)

86. Tal como a maioria, também considero que houve uma violação procedimental do art. 2 da Convenção, porque as autoridades nacionais não esclareceram as diferentes fases do tratamento hospitalar do Sr. Fernandes e as causas humanas da sua trágica morte. No presente caso, o Governo não forneceu uma explicação satisfatória para o que aconteceu, e isso, por si só, deve ser suficiente para constatar uma violação substancial, como explicado acima. Para além disso, no caso Aydoğdu[624], a Corte utilizou dados oficiais para determinar qual era a situação nos dois hospitais envolvidos. No presente caso, uma vez que o Governo não forneceu uma explicação satisfatória para o que aconteceu, a Corte deveria ter tomado nota dos dados oficiais disponíveis no processo, que revelam um problema estrutural no sistema de saúde pública no momento dos fatos, como descrito acima.

623 § 53 do acórdão.
624 Aydoğdu, citado acima, § 85.

87. A Grande Câmara ainda não se pronunciou sobre a questão de saber se é possível aplicar a jurisprudência Osman a uma falha na prestação de tratamento médico adequado a uma pessoa que se saiba estar em risco. O presente caso envolve precisamente essa situação. Na minha opinião, a jurisprudência Osman deve ser alargada não só aos casos que envolvam a recusa de tratamento médico a uma pessoa cuja vida se sabe estar em risco imediato, mas também a casos em que o tratamento médico tenha sido prestado de forma deficiente a essa pessoa. Isso inclui também situações de falhas estruturais ou sistêmicas dos tratamentos de saúde, como a falta de pessoal médico especializado, que cria um risco real para os pacientes[625].

88. À luz dos elementos constantes do processo, não podemos deixar de concluir que, quando o Sr. Fernandes foi internado no hospital do Porto, o médico alterou inteiramente o tratamento seguido pelo CHVNG[626]. Em 6 de março de 1998, o Sr. Fernandes enfrentava um risco imediato de morte, que se concretizou após um período agonizante de dois dias. Uma perfuração duodenal tinha ocorrido[627]. A cirurgia, urgente, foi atrasada até 7 de março às 20h00[628]. Morreu em 8 de março às 02h55.

89. Além disso, como o campo de aplicação do art. 2 não pode ser interpretado de modo a ficar limitado ao momento e à causa direta da morte do indivíduo, a cadeia de eventos anterior também pode desencadear a responsabilidade no âmbito do direito internacional[629]. Nas condições de trabalho "estruturais e de funcionamento deploráveis" do CHVNG, especialmente no campo da prevenção de doenças infecciosas, o Sr. Fernandes enfrentou um risco atual quando teve alta do CHVNG em 3 de fevereiro de 1998. O fato de a alta ter sido voluntária claramente não exonera o médico, Dr. J.V., de responsabilidade profissional, como a IGS também concluiu. Visto que as condições de trabalho acima mencionadas eram conhecidas pelas autoridades médicas, existe responsabilidade internacional do Estado. Essas circunstâncias foram ignoradas pela maioria. Em última análise, as críticas da maioria de que os tribunais nacionais "abordaram a cadeia de eventos como uma sucessão de problemas médicos, sem prestar atenção especial ao modo como se relacionam entre si"[630], servem como uma luva ao seu próprio raciocínio.

625 Comparar o importante § 81 do acórdão Aydoğdu e o relatório de abril de 2000 do colégio de doenças infecciosas da Ordem dos Médicos, citado no § 53 do acórdão.
626 Ver o fato NN da parte dos fatos do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 26 de fevereiro de 2013. O § 79 do presente acórdão cita o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo mas omite este fato.
627 Ver os fatos do acórdão de 23 de janeiro de 2012 do Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto ("A perfuração tinha ocorrido 24 horas antes da cirurgia"), confirmados pelo Supremo Tribunal Administrativo. Este fato foi citado no § 76 do presente acórdão, mas foi desconsiderado na parte sobre o mérito.
628 O § 24 do acórdão da Câmara estabeleceu que a primeira decisão para operar já tinha sido tomada em 6 de março de 1998. Sem qualquer explicação, o § 25 do presente acórdão omitiu este fato.
629 Ver a formulação de princípio no caso Dodov, citado acima, § 70.
630 § 237 do acórdão.

C. Conclusão preliminar (§§ 90-91)

90. O terrível sofrimento que o marido da requerente, um homem jovem e saudável, sofreu de novembro de 1997 a março de 1998 é indescritível. A forma detestável como foi tratado é equiparável ao desprezo com que a requerente, na sua busca dolorosa e persistente pela verdade, se deparou. Uma cultura de silêncio envolveu essa tragédia. Não foi dada nenhuma explicação pelas múltiplas autoridades que lidaram com o caso. Nenhuma responsabilidade foi efetivada pela conduta dos médicos que eram agentes públicos e trabalhavam em hospitais públicos.

91. A maioria está certa ao afirmar que as falhas sistêmicas ou estruturais que privam o paciente de acesso a tratamentos de saúde adequados, ao mesmo tempo que colocam outras vidas em perigo, implicam a responsabilidade do Estado por uma violação material do art. 2. Em situações de falha sistêmica ou estrutural que são conhecidas ou deviam ser conhecidas pelas autoridades, o teste Osman deve ser adaptado, na medida em que a exigência de "risco imediato" deve ser reduzida a um "risco atual". Isso deveria ter acontecido no caso em apreço. Os fatos do presente caso revelam uma falha sistêmica ou estrutural por parte do CHVNG, que representou um risco atual para o Sr. Fernandes em 3 de fevereiro de 1998, dia em que recebeu finalmente alta do CHVNG. Esse risco era conhecido das autoridades de saúde, que haviam sido advertidas repetidas vezes pela Ordem dos Médicos e particularmente pelo colégio de doenças infecciosas, e poderiam ter sido evitados pela criação oportuna de um departamento de doenças infecciosas no CHVNG, como proposto pelos mesmos especialistas. Dado que esse risco evitável, conhecido e presente se concretizou, primeiro como risco atual de morte em 6 de março de 1998 e, por último, na morte do Sr. Fernandes dois dias depois, a Grande Câmara deveria ter concluído por uma violação da parte material do art. 2.

VI. Conclusão (§§ 92-94)

92. A Convenção permanece, em muitos aspectos, uma promessa não cumprida. A Corte ainda não adotou medidas práticas para mover as questões de saúde da retórica inútil à implementação dos direitos humanos. Simplesmente lamentar a morte ou as lesões graves evitáveis causadas pelo afastamento do Estado das responsabilidades de saúde pública e pela conduta negligente por parte dos agentes do Estado, incluindo os médicos, é insuficiente. Desviar o olhar é ainda pior e mancha a reputação da Corte como firme defensor da dignidade humana. O progresso tem sido lento e mantém-se abaixo das expectativas, tendo em vista a natureza consuetudinária do direito à saúde no direito internacional e o estabelecido princípio Airey, segundo o qual todos os direitos humanos são interdependentes e inter-relacionados, o que significa que o direito civil à vida nada significa se o Estado não garante condições efetivas para a sua realização para os doentes em absoluta necessidade de tratamentos de saúde.

93. Na Europa, houve um tempo em que a lei não entrava nas prisões nem nos quartéis, em que guardas e oficiais eram deuses intocáveis enquanto os presos e soldados eram sujeitos insignificantes. Esse tempo vai longe para as prisões e instalações militares. Infelizmente, ainda não terminou para os hospitais. Tal como a maioria o vê, a Convenção deve ficar à porta do hospital.

94. Este caso poderia ser um momento de viragem. A Grande Câmara não quis que fosse dessa forma. Lamento que, rejeitando uma leitura baseada nos propósitos e princípios da Convenção, a Corte não tenha feito inteiramente justiça.

O Caso Lopes De Sousa Fernandes V. Portugal

Levando o Direito a Tratamentos de Saúde e o Caso Concreto a Sério

Luís Renato Vedovato[631]

Introdução

O Professor Paulo Pinto de Albuquerque, que foi juiz da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) de 1 de abril de 2011 a 31 de março de 2020, merece todas as homenagens que possam lhe ser prestadas. E, por isso, apesar das que aqui faço nessas linhas serem pequenas para sua importância no mundo do direito, gostaria de destacar, dentro de minhas limitações, sua relevante contribuição ao cenário jurídico mundial, em especial ao campo dos direitos humanos. Com seus votos minuciosos e sua constante preocupação com a proteção dos direitos. De fato, Professor Pinto de Albuquerque, como ele próprio aponta no seu voto do caso Lopes de Sousa Fernandes, que neste capítulo será resenhado, leva os direitos a sério.

Demonstra claramente que seu esforço foi incansável para conseguir afastar o sentimento de injustiça que recai sobre as pessoas que levam casos à Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) relatando situações em que seus direitos foram violados. Por toda sua trajetória ele tem lutado, tanto como juiz como professor, com sucesso trazendo a certeza para quem o acompanha de que ele não deseja que a pessoa passe pelo que enfrentou o amigo de Tsukuru Tazaki (Murakami, 2014), que é assim resumido pelo autor:

> "Mas é muito duro para a própria pessoa ter de se confrontar com esse fato em determinado momento da vida. É muito duro. Não adianta generalizar. Como posso dizer? A sensação que se tem é de ser jogado sozinho ao mar à noite, de repente, do convés de um navio em movimento." (Murakami, 2014, p. 186)

631 Pesquisador da FAPESP Projeto "Direito das migrações nos tribunais - a aplicação nova lei de migração brasileira Diante da mobilidade humana internacional"; Pesquisador Associado do Observatório das Migrações em São Paulo; Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP; Professor de Direito Internacional Público da PUC de Campinas; Professor Doutor da UNICAMP; Pesquisador do Projeto de pesquisa conjunto Cardiff University e UNICAMP - Examining poverty in a polarised and unequal society: the potential of the Consensual Approach to poverty research in Brazil - UK Global Challenges Research Fund (GCRF).

A grande ligação da nação portuguesa com o mar, certamente, levou o Professor Pinto de Albuquerque a não deixar ninguém fora do barco dos direitos. E foi exatamente assim que agiu nessa demanda levada à CEDH por uma mulher cujo marido faleceu depois de passar pelo sistema de saúde português.

Para mim, é, portanto, uma imensa honra poder escrever na presente obra e não consigo agradecer à altura o convite a mim feito pelo Professor André de Carvalho Ramos. Fazer o melhor possível para comentar o voto é a forma pela qual busco expressar minha gratidão tanto ao Professor Pinto de Albuquerque quanto ao Professor André de Carvalho Ramos.

Assim, além da introdução e conclusão, o presente comentário ao voto será dividido em quatro partes: (i) descrição dos fatos; (ii) análise do voto do Juiz Pinto de Albuquerque; (iii) a relevância do voto para a proteção dos direitos humanos; e (iv) a importância do voto para o direito brasileiro. Para tanto, a metodologia utilizada será a dedutiva, com base em artigos acadêmicos e levantamento jurisprudencial.

1. Uma sucessão de violências - os fatos

Maria Isabel Lopes de Sousa Fernandes (Requerente) nasceu em 1969 e residia, à época do julgamento, que se deu em 19 de dezembro de 2017, em Vila Nova de Gaia. O seu marido, António Rui Calisto Fernandes, nasceu em 1957, e morreu em 8 de Março de 1998, na sequência de uma série de problemas médicos ocorridos após ter sido submetido a uma pequena cirurgia para remoção de pólipos nasais.

O caminho, resumidamente, foi o seguinte. O marido da requerente foi submetido a uma cirurgia para remover pólipos nasais. Em seguida, ele passou a sofrer fortes dores de cabeça e voltou ao pronto-socorro. Assim, o médico de plantão prescreveu-lhe um calmante, afirmando que seria algum problema psicológico. Como as dores de cabeça não diminuíram, uma equipe médica o examinou no dia seguinte e descobriu que ele estava sofrendo de meningite bacteriana.

Posteriormente, foi transferido para a UTI. Depois de alguns dias, novamente foi transferido para a ala geral. Então, foi diagnosticado com duas úlceras duodenais, para as quais recebeu tratamento. Ele teve alta mais de duas semanas após sua primeira internação. Mesmo assim, como a dor persistia, António Rui visitava constantemente o pronto-socorro e foi hospitalizado em duas ocasiões, quando foi constatada a presença de infecção bacteriana, para o que foram prescritos medicamentos, recebendo orientação para fazer acompanhamento ambulatorial.

Após 3 meses, António Rui foi internado em outro hospital, onde veio a falecer. O atestado de óbito afirma que septicemia foi a causa da morte. Diante dessa tragédia, a requerente entrou em contato formalmente por carta com o Ministério da Saúde e com a Autoridade Regional de Saúde, afirmando que não foi dada uma explicação adequada para o estado de saúde do marido e a sua morte.

A partir dessa provocação, um relatório de investigação declarou que a decisão de tratar seu marido de forma ambulatorial não teria sido o curso de ação correto, devendo ele ter sido mantido sob supervisão médica.

Por conta do resultado da investigação, foi instaurado um processo disciplinar, que, todavia, ficou suspenso devido à existência de processo criminal, no qual o médico foi acusado de homicídio. Porém, após ter sido absolvido pelo Tribunal Distrital por falta de provas, o processo disciplinar também foi arquivado. Os recursos subsequentes da requerente também foram rejeitados.

Diante dos resultados negativos obtidos nos órgãos internos (tanto no campo administrativo quanto no Judiciário) de Portugal, a requerente levou o caso para ser analisado pela CEDH. No seu pedido, então, alegou ter havido violação do artigo 2.º (Direito à vida), do artigo 6.º, n.º 1 (Direito a uma defesa) e do artigo 13.º (Direito a um recurso efetivo). O processo LOPES DE SOUSA FERNANDES v. PORTUGAL foi recebido na CEDH, tendo recebido o número 56080/13.

Ao julgar o caso, uma das Câmaras da 4a Seção da CEDH, por maioria de votos, considerou que não houve violação do artigo 2.º da Convenção, asseverando que a violação do Artigo 2.º ocorreria apenas se o conjunto de normas internas fosse inadequado para proteger a vida do paciente. A Câmara afirmou ainda que a requerente não teria trazido qualquer prova que apontasse para o fato de a morte do seu marido ter sido causada intencionalmente.

Além disso, segundo a Câmara da 4a Seção, não houve alegação de negação de serviços de saúde ou tratamento médico. A alegação era de que o erro e o atraso no diagnóstico tinham conduzido à morte do marido da Requerente, porém, sobre isso, não foram apresentadas provas suficientes.

No que diz respeito à ineficácia processual e aos atrasos, a Câmara da CEDH afirmou que a recorrente não contestou a imparcialidade e a independência dos peritos ou das autoridades judiciais. No entanto, considerou haver violação do aspecto processual do artigo 2, uma vez que o sistema interno como um todo não ofereceu ao requerente um recurso rápido e eficaz. O processo, perante autoridades portuguesas, durou cerca de nove anos e também não conduziu o exame adequado da causa da morte.

Houve recurso para a Grande Câmara, que decidiu, resumidamente, manter a decisão da câmara inicial, ou seja, de que não houve violação da parte substantiva do artigo 2.º da Convenção. Mantendo o reconhecimento de existência de violação da parte processual do artigo 2.º da Convenção. Além de determinar o pagamento, a título de danos imateriais, o montante de 23 mil euros à requerente.

À luz do direito brasileiro, o resultado mais comum, em caso semelhante, seria a condenação do sistema de saúde, que, em seguida, deveria buscar a responsabilidade subjetiva dos envolvidos. Foi exatamente dessa forma que decidiu a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.621.375. Reafirmando a responsabilidade objetiva do hospital em caso semelhante.

Logo, um voto alternativo foi necessário. Dessa forma, a partir de tal decisão da CEDH, houve declaração de voto parcialmente concorrente e parcialmente divergente do Juiz Pinto de Albuquerque, o qual se analisa na sequência.

2. A Opinião do Juiz Pinto Albuquerque

Em um robusto voto, o Professor Pinto Albuquerque (Juiz) reconhece a violação do aspecto processual do artigo 2o, tendo em vista que o Estado demandado cometeu um erro por não trazer uma explicação razoável para a morte do marido da requerente, além de não garantir uma resposta adequada e em prazo razoável a um caso de suposta negligência médica.

Na sua dissidência, afirma que há implicações dessa falha do elemento processual sobre o aspecto material do art. 2. Além de reforçar sua dissonância quanto ao "critério estrito aplicado pela maioria em relação à responsabilidade internacional das Partes Contratantes em casos de má prática médica", pois, tal conduta estaria, segundo o Juiz, não está em conformidade com a jurisprudência da CEDH, nem mesmo estaria em conformidade com a regulação tanto do direito internacional quanto do Conselho da Europa.

Ressalta ainda o Juiz que teria havido uma análise incorreta, por parte da CEDH, das provas do processo, por não considerar prova de falha sistêmica ou estrutural nos tratamentos de saúde prestados no momento relevante.

O voto é composto por duas partes. A primeira trata das origens do direito a tratamentos de saúde, focando-se no direito internacional, com as especificidades da Convenção. Enquanto que a segunda busca fazer a chamada abordagem "*pro persona*" ao direito a tratamentos de saúde no âmbito da Convenção.

2.1. DIREITO A TRATAMENTO DE SAÚDE

Numa avaliação criteriosa de fontes ligadas ao tema o voto faz um retrato profundo do direito ao tratamento de saúde no direito internacional e no sistema europeu, chegando a avaliar o sistema interamericano.

O direito a tratamentos de saúde no direito internacional é o grande título em que se agregam os critérios universais, que são formados pelas declarações fundacionais; os instrumentos internacionais gerais; e os instrumentos internacionais relativos a grupos específicos. Em seguida, trata-se dos critérios regionais fora da Europa, na União Europeia e no Conselho da Europa, o que permite chegar a uma conclusão preliminar.

Nessa importante passagem, é feito um retrato claro do desenvolvimento do direito à saúde nos últimos sessenta anos, chegando-se à conclusão de que o

direito à saúde "ganhou o estatuto de norma internacional consuetudinária" (Pinto de Albuquerque, 2017), que traz reflexos na ampliação no direito constitucional.

Em seu voto, Pinto de Albuquerque (2017) afirma que:

> "o direito a tratamentos de saúde tem um núcleo que abrange o direito de acesso a instalações, bens e serviços de saúde adequados de forma não discriminatória, especialmente em relação a grupos vulneráveis ou marginalizados, e a serviços médicos urgentes e primários, tratamento e medicamentos essenciais."

Funda sua opinião em posição do Comitê dos direitos econômicos, sociais e culturais (ECOSOC), em 1993 (Pinto de Albuquerque, 2017), no tocante ao fato de se limitar o conceito de obrigações fundamentais aos cuidados primários de saúde.

Para Pinto de Albuquerque (2017):

> "O núcleo do direito não está sujeito à cláusula de realização progressiva nem às limitações de recursos. Constitui, portanto, uma obrigação estatal de resultado vinculante e universal. Isso significa três coisas. Em primeiro lugar, qualquer violação de obrigações essenciais pode ser verificada e censurada pelos tribunais."

Afirma ainda que é dever dos Estados fornecerem tratamento de saúde, mesmo que não tenham ratificado tratados relativos ao tema, ou abrangidos pelas normas de *soft law* trazidas nas decisões por exemplo do ECOSOC.

Defende ainda que os Estados são obrigados a garantir tratamentos de saúde a todos, independentemente da nacionalidade da pessoa necessitada, o que é um claro desafio nesse momento de aumento dos fluxos migratórios, que é chamado erroneamente de "crise migratória" (Vedovato & Batista Zampieri, 2020). Em seu voto, faz questão de ressaltar a interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos, o que não permite que se tornem exigíveis e sem ordem de precedência diante das autoridades competentes.

Os esforços, então, voltaram-se para o direito a tratamentos de saúde sob a Convenção, passando por grupos específicos, como presos e militares, crianças e pessoas com deficiência e migrantes. Tal caminho prepara a análise do direito emergente da população geral, avaliando incidentes relacionados à saúde nos seus vários aspectos e locais, o que leva a nova conclusão preliminar.

Fazendo uma detida análise da jurisprudência da CEDH, Pinto de Albuquerque (2017) para demonstra que há fixação de padrões de tratamentos de saúde que variam para os diferentes grupos da população. Haveria uma posição privilegiada quando o tema envolve presos e militares.

Além desses dois grupos, as crianças e as pessoas com deficiências, teriam também uma proteção que se destaca, porém, em um grau menor quando comparado com os presos e os militares, pois, não há garantia de acesso a medicamentos essenciais e a cuidados primários de saúde. Destaca ainda a negligência da CEDH com a saúde dos migrantes, sendo citado a decisão proferida no caso *N. v. Reino Unido*, chamada por Pinto de Albuquerque (2017) de lamentável, "uma vez que este grupo recebeu um nível de proteção pior e abaixo do padrão adequado".

No § 55, o voto aponta a temática relativa aos elementos probatórios em caso de saúde, afirmando que:

> "A avaliação dos elementos probatórios em casos que envolvem tratamentos de saúde também varia muito. Normalmente, em casos de negligência médica ou em casos relativos a incidentes relacionados à saúde em hospitais e outras instituições de saúde, a Corte não contesta as conclusões dos tribunais nacionais sobre a cadeia de eventos, o nexo causal entre a conduta da autoridade médica competente e a morte ou ferimentos graves sofridos pela vítima, nem o grau de conhecimento das autoridades médicas competentes, considerando os meios de recurso internos suficientes. Apenas em raras situações a Corte se afastou das conclusões dos peritos nacionais, como no caso Elena Cojocaru, ou concluiu que os meios internos não eram suficientes, como no caso Oya. No entanto, em outros tipos de incidentes relacionados à saúde, a Corte não se abstém de contestar e de reexaminar os fatos estabelecidos pelos tribunais nacionais. Em alguns casos, a Corte chegou ao ponto de avaliar os elementos de prova disponíveis, incluindo provas científicas e médicas, e de substituir os pontos de vista dos tribunais nacionais pelos seus próprios pontos de vista. De forma aparentemente paradoxal, a complexidade científica das provas é, por vezes, utilizada pela Corte como um argumento de contenção, sendo que, em outras ocasiões, debate os fatos científicos e nexos de causalidade, tal como nos casos Makharadze e Sikharulidze, Tătar, e Brincat e Outros. Notavelmente, a Corte chegou a estender a sua competência em matéria de causalidade, por um lado, ao afirmar que a esfera de aplicação do art. 2 não pode ser interpretada como estando limitada ao momento e à causa direta da morte do indivíduo, já que a cadeia anterior de eventos também pode desencadear responsabilidade internacional e, por outro, ao determinar o que constituiu ou não um "fator decisivo" na cadeia de eventos.

Nesse sentido, o voto indica uma falta de sintonia entre o atual julgamento e a jurisprudência do tribunal, reconhecendo que a "extensão da análise da Corte em casos de negligência médica ou em casos relativos a incidentes relacionados à saúde em hospitais e outras instituições de saúde é limitada, uma vez que a Corte restringe as suas conclusões à vertente procedimental dos arts. 2 ou 3 e raramente trata da vertente material".

Para sustentar seu ponto de vista, Pinto de Albuquerque (2017) afirma que a CEDH, frequentemente, somente analisa a existência de falhas estruturais no sistema de saúde, "como a falta de legislação adequada ou de recursos técnicos".

Todavia, nos demais casos relacionados à saúde, a CEDH analisa constantemente as duas possibilidades da norma em questão e muito dificilmente termina concluindo pela existência de falhas estruturais.

Para tanto, Pinto de Albuquerque cita casos julgados que poderiam ser levados em consideração:

1. *Caso Öneryıldız* e *Budayeva e outros* - sobre incidentes relacionados à saúde em ambiente externo;

2. Caso Brincat e outros - sobre incidentes no local de trabalho.

Em ambos, foi debatido o alcance das obrigações positivas previstas no art. 2 da Convenção, o que deve, segundo Pinto de Albuquerque, "ser válido para

obrigações materiais positivas, como a obrigação de proteger a saúde dos pacientes em hospitais e outras instituições de saúde".

Também traz à baila elementos da responsabilidade internacional do Estado no tocante a tratamentos de saúde, reconhecendo que se está num campo de incerteza, pois consegue apontar casos semelhantes que, no entanto, tiveram decisões diferentes:

57. Os pressupostos da responsabilidade internacional do Estado em casos de tratamentos de saúde não poderiam ser mais incertos. Situações que não apresentam diferenças são decididas de forma diferente:

1. Caso *Tarariyeva*, ou de um militar, como no

2. Caso *Metin Gültekin e Outros*,

Nesses, a "negligência, a imprudência, a ignorância intencional, o erro de julgamento por parte de um profissional de saúde ou a coordenação deficiente entre profissionais de saúde no tratamento de um preso" bastam para se levar à responsabilização do Estado Contratante, relativamente às suas obrigações positivas do art. 2 da Convenção Europeia.

Mesmo raciocínio é utilizado quando envolvem agentes públicos, como é o caso *Budayeva e outro*. Todavia, em outros casos, o resultado é diferente, pois quando o caso envolve profissionais de saúde ou de outro pessoal médico, a CEDH não reconhece a responsabilidade internacional do Estado, como acontece nos casos de negligência médica ou incidentes relacionados à saúde ocorridos em hospitais e em outras instituições de saúde.

Nesses julgados, a CEDH, aponta Pinto de Albuquerque, demonstra oscilação relativamente à exigência de que os membros da equipe de saúde estejam totalmente conscientes das consequências negativas da sua conduta, citando o caso *Mehmet Şentürk e Bekir Şentürk*. Além de citar o caso *Aydoğdu*, no qual a CEDH considerou que é suficiente estabelecer um nexo de causalidade e, até mesmo, a potencial consciência do profissional médico.

Dessa forma, Pinto de Albuquerque traz excelente contribuição ao destacar as incongruências jurisprudenciais. Pois, para ele, essa variedade de abordagens metodológicas surge da ampla margem de apreciação em "campo tão complexo do direito". A segunda parte do voto é destinada a analisar uma abordagem tendo a pessoa como centro da interpretação, que ele batiza de "levando o direito a tratamentos de saúde a sério".

É esse conjunto de argumentos que se passa a analisar a partir desse ponto.

2.2. LEVANDO O DIREITO A TRATAMENTOS DE SAÚDE A SÉRIO

Essa parte começa pela conceituação de uma abordagem *pro persona* ao direito a tratamentos de saúde sob a Convenção, terminando como o exercício de como seria a aplicação dessa abordagem ao caso em debate.

O direito ao tratamento à saúde é claramente uma necessidade humana básica. E esse é o principal condutor do voto de Pinto de Albuquerque (2017), que assevera que:

> "O conteúdo nuclear do direito inclui a prestação de tratamentos de saúde primários e urgentes e de medicamentos essenciais para as pessoas necessitadas. Em relação a esse núcleo, tanto um imperativo de dignidade humana como uma interpretação da Convenção de acordo com o direito consuetudinário internacional impõem uma abordagem padronizada. O cerne do direito não pode ser objeto da cláusula derrogatória do art. 15 da Convenção, nem da cláusula de limitação do art. 8."

Aponta com clareza que não concorda com a possibilidade de se colocar o núcleo desse direito em questão por meio de medidas regressivas.

Dessa forma, ele apresenta uma abordagem interpretativa que coloca o ser humano no centro do debate. Indicando ser o caminho para se protegerem direitos fundamentais como direito à vida, saúde, também destacando a necessidade dos Estados agirem de forma à realização progressiva dos direitos, sempre com base nas limitações de recursos. Asseverando que:

> "O Estado deve fornecer uma explicação razoável para a recusa ou para a prestação inadequada de tratamentos de saúde num hospital público ou por um médico ou outro profissional de saúde que seja agente público e, quando essa explicação não é apresentada, o Estado é internacionalmente responsável. A falta de um recurso penal para as supostas vítimas ou para os seus familiares em um caso que tenha consequências fatais ou outras consequências graves, decorrentes da violação do direito à saúde da Convenção, também desencadeia a responsabilidade internacional do Estado."

E ele demonstra sua indignação com o caso ressaltando "o terrível sofrimento que o marido da requerente, um homem jovem e saudável, sofreu de novembro de 1997 a março de 1998 é indescritível".

Ao final, ressalta que entende que a Convenção Europeia de Direitos Humanos permanece "uma promessa não cumprida". E, com seu voto, traz a centralidade do ser humano para a interpretação normativa. Ressaltando que os médicos "eram agentes públicos e trabalhavam em hospitais públicos".

Lamentando que a Grande Câmara não tenha decidido não avançar em sua jurisprudência e levar os direitos humanos para dentro dos hospitais, como antes fez com os quartéis e prisões.

3. O voto e a proteção dos Direitos Humanos

Pelos ensinamentos de André de Carvalho Ramos (2018, p. 815):

> "O direito à saúde assegura a promoção do bem-estar físico, mental e social de um indivíduo, impondo ao Estado a oferta de serviços públicos a todos para prevenir ou eliminar doenças e outros gravames. O direito à saúde possui faceta individual e difusa, pois há o direito difuso de

todos de viver em um ambiente sadio, sem o risco de epidemias ou outros malefícios à saúde."

Em seu voto, de forma bastante didática e prática, Pinto de Albuquerque ressalta o retrato da proteção da saúde no âmbito internacional. Trazendo um retrato preciso e detalhado da regulação internacional do direito à saúde. Iniciando pelo retrato universal e chegando até o caso concreto, com a seguinte estrutura:

II. O direito a tratamentos de saúde no direito internacional

A. Critérios universais

1. As declarações fundacionais

2. Os instrumentos internacionais gerais

3. Os instrumentos internacionais relativos a grupos específicos

B. Critérios regionais

1. Fora da Europa

2. Na União Europeia

3. No Conselho da Europa

Deisy Ventura et al (2020) destacam a relevância do debate relativo ao direito à saúde no sistema global, ressaltando a relevância da garantia do direito à saúde para reafirmação da proteção do direito à vida e à integridade física.

Para Ventura (2016), ao analisar o Regulamento Sanitário Internacional (RSI), buscando a responsabilização internacional dos Estados afirma que:

> "O poder de punir os violadores do RSI (2005), ao "dar dentes" à OMS, poderia evitar que Estados capazes de cumprir suas normas deixassem de fazê-lo. É o caso das já citadas restrições abusivas de direitos ocorridas durante a crise do Ebola. Entretanto, essa inovação não sanaria a impossibilidade, verificada em numerosos Estados, de desenvolver as capacidades nacionais de resposta previstas pelo regulamento. Nesse contexto, emerge a vasta assimetria entre os níveis de desenvolvimento dos Estados. Os países mais atingidos pelo Ebola foram palco de sangrentas guerras civis, mas também vítimas das políticas de ajustamento estrutural do Fundo Monetário Internacional (FMI), que desempenharam papel decisivo no desmantelamento dos sistemas de saúde locais."

Ela trata da crise do Ebola, mas demonstra claramente a importância de se

criarem elementos para a responsabilização internacional dos Estados. Nesse sentido, o voto de Pinto de Albuquerque (2017) vem para dar força a esse raciocínio, inclusive para se criarem internamente caminhos para responsabilização e, dessa forma, facilitação do respeito às normas e ao direito à saúde.

Inegável também a relação entre falta de garantia adequada do direito à saúde com o crescimento da pobreza, como destacam Cabrera & Gostin (2012), nos seguintes termos:

> "The burden of the tobacco pandemic is not fairly distributed – tobacco consumption rates are much higher among poor communities both within and among states. According to the World Health Organization (WHO), 'it is the poorer and the poorest who tend to smoke the most. Globally, 84% of smokers live in developing and transitional economy countries' (WHO, 2004b, p. 3). These communities also bear most of the disease burden (Novotny and Carlin, 2005).2 There is a similar connection between education and tobacco consumption, as those with less education also tend to have considerably higher rates of smoking. Tobacco consumption also has a harmful effect on household income and economic development. Poor smokers spend their scarce household income on tobacco, thus increasing their vulnerability. According to PATH Canada, 'for the poor, daily spending on tobacco represents a daily drain on scant family resources. Yet in many countries it is precisely the poor who use tobacco the most. In Bangladesh, smoking rates are twice as high in the lowest income group as in the highest.'"

Dessa forma, pensar uma abordagem da pobreza também envolve a proteção do direito à saúde, como afirmam Gordon & Nandy (2016), a falta de garantia de direitos impacta sensivelmente no acesso a direitos, dessa forma, uma abordagem de direitos passa por políticas que avaliem políticas de diminuição da privação. Como o direito à saúde se faz cada vez mais por meio de recursos pecuniários, a falta de acesso pode significar consequências claras no aumento do número de pessoas em situação de privação, o que deve ser evitado pelos Estados.

Logo, todo o retrato feito no voto é de suma importância para se construírem caminhos para que os Estados sejam chamados a responderem por atos de seus representantes.

4. O Direito Brasileiro e a importância do voto

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 196, determina que a "saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Logo, inegável que, no Brasil, o resultado seria a condenação do Estado por esse resultado, caso o debate fosse levado ao judiciário, pois há também que se destacar que a consciência de direitos não é clara para todos os brasileiros (Silva & Terrazas, 2011). E muitas vezes há, como destacado por Assis (2017), o papel do comunicador da norma é essencial para se chegar ao resultado de proteção de direitos pretendido.

Segundo Virgílio Afonso da Silva (2021, p. 265):

> "O direito à saúde, previsto de forma concisa no art. 6o, é disciplinado em detalhes pelos arts. 196 a 200. (...) O conceito central desse artigo [196] é o "acesso universal e igualitário", que é o fundamento principal do Sistema Único de Saúde (SUS), cujos princípios são definidos pelo art. 198, o qual prevê que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (i) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (ii) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; (iii) participação da comunidade."

Sendo importante ressaltar que, em 2009, foi realizada, no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), audiência pública para debater o acesso à saúde no Brasil, trazendo como resultado a publicação de recomendações para o judiciário quando decidir questões relativas à saúde (Silva, 2021, p. 267).

O voto de Pinto de Albuquerque (2017) é fundamental para fazer parte desse conjunto de elementos a serem considerados pelo judiciário no momento de decidir, mas, em especial para os gestores públicos avançarem nas políticas públicas que podem nortear a aplicação do direito à saúde no Brasil, tanto para a promoção da saúde, quanto para a diminuição da litigância.

Conclusão

O voto de Pinto de Albuquerque é essencial para concretizar o direito à saúde e para se abrir espaço para a responsabilização internacional dos Estados. De uma forma direta e bastante clara, o voto faz um panorama preciso do direito à saúde no direito internacional e no direito comunitário.

Ressaltando a incoerência de se deixar de fora os hospitais da aplicação dos direitos humanos, tendo em vista que o tema já havia avançado em locais semelhantes, no tocante à atuação de agentes públicos, tais como prisões e quartéis.

Assim, em seu voto, ele aponta tais divergências, deixando claro que seu papel é trazer interpretação focada na proteção da pessoa, permitindo que essa visão traga contribuições para uma o direito internacional, para o direito comunitário e para o direito nacional. Ressaltando-se a relação entre garantia de direito à saúde e diminuição das possibilidades de privação enfrentadas pelas pessoas.

Logo, o voto mostra-se uma fonte segura de elementos para se levar à responsabilização do Estado e para se incrementar a garantia de direitos, tais como o direito à saúde.

Referências

ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz. Contemplem! Eis o comunicador da norma.. Quaestio Iuris (Impresso), v. 10, p. 241-257, 2017.

Cabrera, Oscar A. and Gostin, Lawrence O., Human Rights and the Framework Convention on Tobacco Control: Mutually Reinforcing Systems (April 23, 2012). International Journal of Law in Context, 7,3 pp. 285–303 (2011) Cambridge University Press, doi:10.1017/S1744552311000139, Georgetown Public Law Research Paper No. 12-060, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2044796

CARVALHO RAMOS, André de. Curso de direitos humanos. 5ª ed, Saraiva: São Paulo, 2018.

GORDON, D. & NANDY, S. 2016. Policy-relevant measurement of poverty in low, middle and high income countries. In: Braathen, E., May, J. and Wright, G. eds. Poverty and Inequality in Middle Income Countries: Policy Achievements, Political Obstacles. International Studies in Poverty Research London: Zed Books.

MURAKAMI, Haruki. O Incolor Tsukuru Tazaki e seus anos de Peregrinação. Editora Alfaguara, 2014.

PINTO DE ALBUQUERQUE. Paulo. CASO LOPES DE SOUSA FERNANDES v. PORTUGAL: OPINIÃO PARCIALMENTE CONCORRENTE, PARCIALMENTE DISSIDENTE, DO JUIZ PINTO DE ALBUQUERQUE. Caso 56080/13. Corte Europeia de Direitos Humanos. Grande Câmara, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: EDUSP, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da ; Terrazas, Fernanda Vargas . Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: The Exclusion of the Already Excluded?. Law & Social Inquiry, v. 36, p. 825-853, 2011.

VEDOVATO, L. R.; BATISTA ZAMPIERI, A. C. RE-THINKING CRISIS AND CRITIQUE IN THE DISCOURSE ON "REFUGEE CRISIS" IN POSTCOLONIAL EUROPE. Revista Jurídica- Unicuritiba. , v.3, p.296 - 310, 2020. http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4183/371372509

VENTURA, DEISY; RACHED, DANIELLE ; MARTINS, JAMESON ; PEREIRA, CRISTIANE ; TRIVELLATO, PAULO ; GUERRA, LÚCIA . A rights-based approach to public health emergencies: The case of the -More Rights, Less Zika' campaign in Brazil. Global Public Health, v. 1, p. 1-14, 2020.

VENTURA, DEISY DE FREITAS LIMA. Do Ebola ao Zika: as emergências internacionais e a securitização da saúde global. Cadernos de Saúde Pública (Online), v. 32, p. e00033316, 2016

III. Proibição da Tortura e Tratamentos Desumanos e Degradantes

Caso Mocanu e Outros v. Romênia: Opinião Concorrente do Juiz Pinto de Albuquerque, Acompanhado Pelo Juiz Vučinić

1. A principal questão no caso *Mocanu e Outros* é a aplicabilidade da prescrição aos eventos que ocorreram durante o período de transição à democracia na Romênia, e, mais especificamente, os eventos que ocorreram em Bucareste em junho de 1990. Tendo aceitado a competência *ratione temporis* da Corte Europeia de Direitos Humanos ("a Corte"), assim como a natureza infundada das objeções do Governo sobre o não esgotamento dos recursos internos e sobre a demora do Sr. Stoica em propor ação, eu também concordo com a crítica da Grande Câmara sobre as insuficiências dos procedimentos domésticos relativos à morte do Sr. Mocanu, à detenção ilegal e à tortura do Sr. Stoica e ao dano causado à associação requerente por meio da revista em sua sede e da apreensão ilegal de sua propriedade e documentos[632].

O objetivo desta opinião está limitado ao argumento de que a persecução das violações massivas de direitos humanos que ocorreram na Romênia no período de transição à democracia, incluindo aquelas que ocorreram em junho de 1990, não está prescrita, e que essas violações devem, portanto, continuar a ser investigadas de ofício, devidamente processadas e punidas de acordo com as

632 Sobre a competência *ratione temporis* da Corte a respeito de incidentes que ocorreram no período de transição na Romênia, ver *Agache e Outros v. Romênia*, n. 2712/02, §§ 69-73, 20 de outubro de 2009; Şandru e Outros *v. Romênia*, n. 22465/03, §§ 57-59, 8 de dezembro de 2009; e *Associação "21 de Dezembro de 1989" e Outros v. Romênia*, nos. 33810/07 e 18817/08, §§ 116-18, 24 de maio 2011, baseado em Šilih *v. Eslovênia* [GC], n. 71463/01, §§ 159-63, 9 de abril de 2009. Visto que a Convenção prevê obrigações procedimentais que são separadas e autônomas de obrigações substantivas, a consequência lógica é que a Corte tem competência *ratione temporis* sempre que tais obrigações procedimentais tenham ou devessem ter sido efetuadas depois da data relevante. Essa jurisprudência não é nova, em vista do princípio estabelecido tanto pela Corte Permanente de Justiça Internacional em *Concessões Mavrommatis na Palestina* (1924), CPJI Série A No. 2, p. 35, e em *Companhia de Eletricidade de Sofia e Bulgária (Bélgica v. Bulgária)* (1939), CPJI, Série A/B No 77, p. 82, quanto pela Corte Internacional de Justiça no *Caso relativo ao Direito de Passagem em Território Indiano (Portugal v. Índia), Relatórios CIJ* 1960, p. 6 na p. 35 ("A Corte Permanente desse modo estabeleceu uma distinção entre situações ou fatos que constituem a fonte de direitos alegados por uma das Partes e situações ou fatos que são a fonte da disputa. Apenas estas devem ser levadas em conta para o propósito de aplicar a Declaração que aceita a jurisdição da Corte."), e *Caso relativo à Aplicação da Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Objeções Preliminares) Relatórios CIJ 1996*, § 34. Portanto, Šilih não está tão distante do princípio estabelecido no direito internacional geral. E, como em Šilih, a morte do Sr. Mocanu, os maus tratos ao Sr. Stoica e a revista da sede da associação requerente não constituíram "a fonte da disputa"; na realidade, foram "a fonte dos direitos alegados" pelos requerentes, e assim estiveram sob a jurisdição *ratione temporis* desta Corte.

regras do direito internacional e nacional. Em outras palavras, esta opinião pretende esclarecer os termos relativamente tímidos usados pela Grande Câmara nos §§ 346 e 347 do acórdão.

A natureza da prescrição no direito penal

2. A prescrição impede a persecução e condenação de um suposto infrator criminal e, caso ele tenha sido condenado em última instância, o cumprimento de sua pena. Essa não é uma defesa meramente procedimental, como pode parecer à primeira vista. Como se posiciona, com igual força, ao lado das condições para a existência de um delito penal, a prescrição compartilha da natureza substantiva dos elementos constitutivos do delito, com a consequência lógica da plena aplicabilidade do art. 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos ("a Convenção"), incluindo a interpretação estrita da norma de prescrição, a proibição de sua aplicação retroativa em detrimento do réu e sua aplicação retroativa em benefício dele. Em outras palavras, a prescrição tem, à luz da Convenção, uma natureza mista, ao mesmo tempo procedimental e substantiva[633].

3. Por uma questão de princípio, apenas um sistema criminal puramente retributivo, que busca a expiação da culpa do infrator a qualquer custo, não preveria prescrição, sendo a solução oposta preferida por um sistema criminal baseado na prevenção especial positiva (isto é, a ressocialização do infrator), que objetiva preparar o agressor para levar uma vida respeitadora do direito na comunidade após sua soltura[634]. A punição criminal do infrator muitos anos após o cometimento do crime, quando as circunstâncias pessoais do suposto infrator mudaram, é contraproducente em termos de preparar o infrator a levar uma vida respeitadora do direito na sociedade. Além disso, a punição tardia do suposto infrator é *per se* incompatível com a busca pela prevenção especial negativa (isto é, a incapacitação do infrator), que intenciona evitar futuras violações à lei pela pessoa condenada, ao mantê-la afastada da comunidade. Ademais, a punição tardia não tem efeito dissuasivo em potenciais infratores e, consequentemente, não tem impacto no robustecimento da força social da norma violada. O efeito dissuasivo da punição não simplesmente diminui com o passar do tempo, mas também se

633 Ver *K.-H.W. v. Alemanha* [GC], n. 37201/97, §§ 107-12, CtEDH 2001-II; *Kononov v. Letônia* [GC], n. 36376/04, §§ 228-33, CtEDH 2010; e a opinião conjunta parcialmente dissidente dos Juízes Pinto de Albuquerque e Turković, anexa ao caso *Matytsina v.* Rússia, n. 58428/10, 27 de março de 2014. Na doutrina, ver Delmas-Marty, "La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités)", in Cassese and Delmas-Marty, *Crimes internationaux et juridictions internationales*, 2002, p. 617, and Lambert Abdelgawad and Martin-Chenut, "La prescription en droit international : vers une imprescriptibilité de certains crimes", in Ruiz Fabri et al., *La clémence saisie par le droit*, 2007, p. 151.

634 Em *Vinter e Outros v. Reino Unido* [GC], nos. 66069/09, 130/10 e 3896/10, §§ 113-18, CtEDH 2013, a Corte endossou o consenso internacional acerca da obrigação de ressocializar infratores condenados a penas de prisão, que está baseado, entre outras fontes, no art. 10 § 3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no art. 5 § 6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no art. 40 § 1 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

torna infrutífero. Desse modo, nem a prevenção geral positiva (isto é, o reforço da norma violada), que busca fortalecer a aceitação social e o cumprimento da regra violada, nem a prevenção geral negativa (isto é, o efeito dissuasivo em potenciais infratores) justificam a punição sem qualquer limite temporal.

Se os objetivos legítimos da punição criminal em uma sociedade democrática estão em tensão com a própria ideia de delitos imprescritíveis, o princípio da segurança jurídica, que constitui o núcleo de qualquer sistema jurídico em uma sociedade democrática, vai ainda mais longe, e requer que o suposto infrator deva em algum momento ser deixado em paz, sem a ameaça perpétua da persecução estatal em seu encalço. Independentemente do grau da responsabilidade do Estado pela demora da investigação criminal, deve haver um dia a partir do qual as demandas da sociedade contra um infrator deixem de ser legítimas. Caso contrário, o suposto infrator se tornaria um mero objeto do poder do executivo, sacrificado no altar de uma ilusória justiça absoluta que não reflete nada mais senão retribuição cega. Qualquer interferência do Estado na liberdade deve ser limitada pelos princípios de proporcionalidade e necessidade, dos quais o princípio da interferência menos intrusiva é um dos corolários. A perseguição perpétua de um indivíduo suspeito vai muito além desse limite, e representa, em princípio, uma interferência desproporcional na liberdade.

Por fim, a persecução e a condenação do suposto infrator muitos anos após os fatos pelos quais ele é acusado são altamente problemáticas da perspectiva do princípio de um julgamento justo, principalmente em vista de problemas práticos irresolúveis relacionados à confiabilidade das provas com o passar do tempo[635]. Esses problemas probatórios afetam não somente o trabalho acusatório, mas também a possibilidade de elaborar uma defesa efetiva.

4. Em resumo, os princípios da segurança jurídica, de um julgamento justo e da ressocialização de infratores condenados a penas criminais não são compatíveis com a persecução e punição de delitos penais sem qualquer limite temporal. Desse modo, delitos penais devem ser processados e punidos dentro de limites de tempo razoáveis. No caso de julgamentos finais, se aplicam os princípios mencionados acima da segurança jurídica e da ressocialização dos infratores condenados a penas criminais. Portanto, penas criminais devem ser cumpridas dentro de limites de tempo razoáveis uma vez que uma condenação final tenha sido declarada. Em ambos os casos, limites de tempo devem ser compatíveis com a seriedade dos delitos em questão.

O decorrer de um período de prescrição pode, evidentemente, ser suspenso durante o tempo em que a prestação de contas seja impossível e em que nenhum recurso judicial efetivo esteja disponível[636]. Alguns eventos procedimentais, como

635 Ver *Stubbings e Outros v. Reino Unido*, 22 de outubro 1996, § 51, Relatórios de Acórdãos e Decisões 1996-IV, e *Brecknell v. Reino Unido*, n. 32457/04, § 69, 27 de novembro de 2007.

636 Art. 17 § 2 da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, adotada pela resolução 47/133 de 18 de dezembro de 1992 da Assembleia Geral, e o Princípio 23 do Conjunto atualizado de princípios para a proteção e promoção dos direitos humanos por meio de ações para combater a impunidade, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de fevereiro de 2005.

notificação das acusações a um suposto infrator, podem até mesmo interromper o decurso de um período de prescrição, com o efeito de que o tempo que já decorreu não seja mais contado, e o período prescricional comece a correr do início desde a data da interrupção. De qualquer modo, um período máximo de tempo, independente do número de interrupções e suspensões, deve ser previsto pela lei.

A OBRIGAÇÃO INTERNACIONAL DE PUNIR CRIMES CONTRA A HUMANIDADE SEM NENHUM LIMITE TEMPORAL

5. No entanto, em vista de um consenso amplo e recente, a punibilidade penal de crimes contra a humanidade sem nenhum limite temporal pode ser considerada um princípio de direito internacional costumeiro, vinculante a todos os Estados[637]. Tal princípio de direito penal internacional foi estabelecido no art. 29 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998)[638], que seguiu princípios similares, estabelecidos pela Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade (1968)[639], a Convenção Europeia sobre a Imprescritibilidade dos Crimes contra a Humanidade e dos Crimes de Guerra (1974)[640], e a Resolução 1158 (XLI) do Conselho Econômico e Social ("ECOSOC"), adotada em 1966[641].

Após alguma hesitação nos anos 1970 e 1980, até o final do século XX os Estados aderiram em massa ao princípio da imprescritibilidade do crime de genocídio e de crimes contra a humanidade[642]. Nenhuma limitação temporal foi

637 Ver a opinião dos Juízes Vučinić e Pinto de Albuquerque em *Perinçek v. Switzerland*, n. 27510/08, 17 de dezembro de 2013. Doutrinadores concordam (ver W. Bourdon, *La Cour penale internationale*, 2000, p. 125, C. Van den Wyngaert e J. Dugard, "Non-applicability of statute of limitations", in Cassesse et al., *The Rome Statute of the International Criminal Court, A commentary*, 2002, p. 879, e E. Lambert Abdelgawad e K. Martin-Chenut, "La prescription en droit international : vers une imprescriptibilité de certains crimes", in Ruiz Fabri et al., *La clémence saisie par le droit*, 2007, p. 120).

638 Este Estatuto foi adotado em 17 de julho de 1998 pela Conferência Diplomática de Plenipotenciários sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional e aberta para assinatura nessa data. Entrou em vigor em 1 de julho de 2002. A Romênia o assinou em 7 de julho de 1999 e o ratificou em 11 de abril de 2002. Existem atualmente 122 Estados partes.

639 Esta Convenção foi adotada pela Resolução 2391 (XXIII) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 26 de novembro de 1968. A Romênia a ratificou em 15 de setembro de 1969. Entrou em vigor em 11 de novembro de 1970. Existem atualmente 54 Estados partes.

640 Esta Convenção foi aberta para assinatura em 25 de janeiro de 1974 e entrou em vigor em 27 de junho de 2003. Foi assinada pela Romênia em 20 de novembro de 1997 e ratificada em 8 de junho de 2000. Existem atualmente sete Estados partes. Ao passo que a Convenção das Nações Unidas de 1968 estabeleceu sua própria retroatividade, a Convenção Europeia de 1974 e o Estatuto de Roma adotaram a abordagem oposta.

641 A Resolução estabeleceu "o princípio de que não há prescrição para crimes de guerra e crimes contra a humanidade" no direito internacional e incitou os Estados a "tomar todas as medidas necessárias para prevenir a aplicação de prescrição a crimes de guerra e a crimes contra a humanidade".

642 Isso também se aplica a, senão todos, ao menos alguns crimes de guerra. O Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) apresentou em 2005 um Estudo sobre Direito Internacional Humanitário Costumeiro (J.-M. Henckaerts e L. Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, 2 Volumes, Cambridge University Press e CICV, 2005). O Estudo contém uma lista de regras costumeiras do direito internacional humanitário. A Regra 160 dispõe: "Prescrições não podem ser aplicadas a crimes de guerra".

prevista para crimes internacionais nas Cartas de Nuremberg e de Tóquio, nos Estatutos de tribunais *ad hoc* ou da Corte Especial de Serra Leoa. O precedente da disposição de Roma foi o art. II (5) da Lei n. 10 do Conselho de Controle Aliado, que declarou explicitamente que "os acusados não terão direito ao benefício de qualquer prescrição a respeito do período desde 30 de janeiro de 1933 a 1 de julho de 1945"[643]. Recentemente, a prática dos Estados confirmou a escolha tomada em Roma, visto que disposições similares foram incluídas no art. 17.1 da Regulação No. 2000/15 da Administração Transitória das Nações Unidas no Timor Leste ("UNTAET")[644], no art. 17 (d) do Estatuto do Tribunal Especial Iraquiano (2003)[645] e nos arts. 4 e 5 da Lei sobre o estabelecimento de Câmaras Extraordinárias nas cortes do Camboja para a persecução de crimes cometidos durante o período do Kampuchea Democrático (2004)[646].

6. O princípio que emergiu tem duas consequências. Em primeiro lugar, os Estados têm um dever de cooperar com cortes internacionais e mistas, e particularmente com o Tribunal Penal Internacional, na persecução desses crimes, e não podem invocar disposições de direito interno sobre prescrição para impedir a entrega de indivíduos a cortes internacionais e mistas ou negar um pedido de assistência a elas[647]. Em segundo lugar, os Estados têm uma obrigação adicional de remover de suas legislações nacionais qualquer sistema de períodos de prescrição que seja incompatível com a regra sobre a imprescritibilidade do crime de genocídio, de crimes contra a humanidade e de certos crimes de guerra[648]. Os Estados devem fazer o máximo para alinhar seus sistemas jurídicos nacionais a suas obrigações internacionais, e não devem se esconder atrás daqueles para desprezar estas.

7. Os Estados adotaram uma posição mais reservada na controversa questão sobre a imprescritibilidade da tortura. Isso não se deve somente a considerações baseadas no sopesamento dos princípios da segurança jurídica e de um julgamento justo e dos propósitos da punição criminal em face da necessidade de uma política criminal

O resumo anota que "a prática dos Estados estabelece essa regra como uma norma de direito internacional costumeiro aplicável em relação a crimes de guerra cometidos tanto em conflitos armados internacionais quanto em conflitos armados não internacionais".

643 A Corte de Cassação da França afirmou o mesmo princípio em *Federação Nacional dos Deportados e Internados Resistentes e Patriotas e outros v. Barbie* (1984).

644 A persecução do crime de genocídio, de crimes de guerra, de crimes contra a humanidade e da tortura não está sujeita a restrições temporais.

645 A persecução do crime de genocídio, de crimes contra a humanidade, de crimes de guerra e de violações de certas leis iraquianas listadas no art. 14 do Estatuto não é impedida por nenhum limite temporal.

646 A persecução do crime de genocídio e de crimes contra a humanidade não está sujeita a nenhuma prescrição. Homicídio, tortura e perseguição religiosa estão submetidos a um período estendido de vinte anos.

647 Art. 93 § 3 do Estatuto de Roma.

648 Resolução 2005/81 da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, § 4: "[A Comissão de Direitos Humanos] [r]econhece que, sob o Estatuto de Roma, genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra não estarão sujeitos a nenhuma prescrição e a persecução de pessoas acusadas desses crimes não estará sujeita a nenhuma imunidade, e incita os Estados, de acordo com suas obrigações sob o direito internacional aplicável, a remover prescrições remanescentes em relação a estes crimes e assegurar, se estabelecido por suas obrigações sob o direito internacional, que imunidades oficiais *rationae materiae* não os incluam..."

firme de prestação de contas pela tortura, mas também às fronteiras conceituais incertas do crime de tortura, especialmente quando contrastado com os conceitos de tratamento desumano e degradante. Embora seja indiscutível que exista um consenso universal sobre a criminalização da tortura, ainda não está estabelecido no direito internacional que a persecução e a punição deste delito não devam estar sujeitas à prescrição. Somente o art. 8 § 2 da Carta Árabe de Direitos Humanos (2004) estabelece esse princípio. O Princípio 6 dos Princípios e Diretrizes Básicos sobre o Direito a um Recurso e Reparação a Vítimas de Graves Violações do Direito Internacional dos Direitos Humanos e Sérias Violações do Direito Internacional Humanitário, adotados pela Resolução 60/147 da Assembleia Geral de 16 de dezembro de 2005, estabelece que "prescrições não serão aplicadas a graves violações do direito internacional dos direitos humanos e sérias violações do direito internacional humanitário que constituem crimes sob o direito internacional", o que pode incluir a tortura. O Comitê contra a Tortura ("CAT") enfatizou repetidamente que, sob a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes[649], o crime de tortura não deve estar sujeito a nenhum período de prescrição[650]. A mesma posição é tomada pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas ("CDHNU")[651]. O Relator Especial das Nações Unidas sobre a promoção e proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais no combate ao terrorismo (2010)[652], o Relator Especial das Nações Unidas sobre Tortura (2009)[653] e o Expert Independente das Nações Unidas encarregado de atualizar o Conjunto de princípios para combater a impunidade (2005)[654] compartilham da mesma visão. Para acadêmicos, a

649 Essa Convenção foi adotada pela Resolução 39/46 da Assembleia Geral em 10 de dezembro de 1984 e entrou em vigor em 26 de junho de 1987. A Romênia a ratificou em 18 de dezembro de 1990. Existem atualmente 155 Estados partes.

650 CAT, Conclusões e recomendações, Turquia, CAT/C/CR/30/5, 27 de maio de 2003, § 7 (c); Eslovênia, CAT/C/CR/30/4, 27 de maio de 2003, §§ 5 (b) e 6 (b); Chile, CAT/C/CR/32/5, 14 de junho de 2004, § 7 (f); Dinamarca, CAT/C/DNK/CO/5, 16 de julho de 2007, § 11; Japão, CAT/C/JPN/CO/1, 3 de agosto de 2007, Seção C; Jordânia, CAT/C/JOR/CO/2, 25 de maio de 2010, § 9; Bulgária, CAT/C/BGR/CO/4-5, 14 de dezembro de 2011, § 8; Armênia, CAT/C/ARM/CO/3, 6 de julho de 2012, § 10; e Comentário Geral No. 3 CAT/C/GC/3, 2012, § 40.

651 CDHNU, Observações conclusivas: Equador, A/53/40, 15 de setembro de 1998, § 280 ("tortura, desaparecimentos forçados e execuções extrajudiciais"); Argentina, CCPR/CO/70/ARG, 15 de novembro de 2000, § 9 ("graves violações de direitos civis e políticos durante regime militar"); Panamá, CCPR/C/PAN/CO/3, 17 de abril de 2008, § 7 ("delitos envolvendo sérias violações de direitos humanos"); e El Salvador, CCPR/C/SLV/CO/6, 18 de novembro de 2010, § 6 ("tortura e desaparecimento forçado ... sérias violações de direitos humanos"). Referindo-se a tortura e tratamento cruel, desumano e degradante similar, homicídio sumário e arbitrário, desaparecimentos forçados e crimes contra a humanidade, CDHNU Comentário Geral No. 31, CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 13, § 18, adota uma posição mais matizada, ao afirmar que "[o] utros impedimentos ao estabelecimento de responsabilidade legal também devem ser removidos, tal como a defesa de obediência a ordens superiores ou períodos desarrazoadamente curtos de prescrição nos casos em que a prescrição seja aplicável...".

652 Relatório do Relator Especial das Nações Unidas sobre a promoção e proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais no combate ao terrorismo, Missão ao Peru, A/HRC/16/51/Add 3, 15 de dezembro de 2010, §§ 17, 18 e 43(c).

653 Relator Especial das Nações Unidas sobre tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, Missão à República da Moldávia, A/HRC/10/44/Add.3, 12 de fevereiro de 2009, § 81, e Seguimento às recomendações formuladas, A/HRC/19/61/Add.3, 1 de março de 2012, §§ 78 e 116.

654 Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, Relatório do expert independente encarregado de atualizar o Conjunto de Princípios para combater a impunidade, E/CN.4/2005/102, 18 de fevereiro de 2005, § 47.

imprescritibilidade da tortura foi sustentada, por exemplo, pelo Princípio 7 dos Princípios de Bruxelas contra a impunidade e para a justiça internacional, adotados pelo Grupo de Bruxelas para a Justiça Internacional (2002), e o Princípio 6 dos Princípios de Princeton sobre jurisdição universal (2001)[655].

No contexto jurídico europeu e americano, esses instrumentos de *soft law* foram reforçados por decisões de cortes regionais de direitos humanos. Tanto os acórdãos da Corte[656] quanto aqueles da Corte Interamericana de Direitos Humanos[657] reiteraram que processos criminais e condenações em casos de tortura não devem estar sujeitos à prescrição. O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia ("ICTY") também fez uma declaração nesse sentido[658]. Em vista desses precedentes judiciais, e da disposição acima mencionada da Carta Árabe de Direitos Humanos, pode-se considerar que o princípio da imprescritibilidade do crime de tortura se cristalizou como uma obrigação internacional convencional em três sistemas regionais, a saber, os sistemas árabe, europeu e americano, mas ainda sem ter alcançado a força legal de direito internacional costumeiro[659].

A aplicação do direito penal pelas autoridades nacionais

8. O Estado requerido aceita que os delitos em relação à morte por arma de fogo do Sr. Mocanu não estão sujeitos à prescrição, de acordo com o art. 121 § 2 (b) do Código Penal romeno: "a prescrição não remove a responsabilidade a respeito dos delitos previstos nos arts. 174 a 176 do Código Penal e crimes dolosos que resultem na morte da vítima"[660]. Ademais, não contesta as conclusões da Câmara sobre a duração dos procedimentos iniciados pela associação requerente como parte civil[661].

9. Como muitos outros antes dele, o Sr. Stoica queixou-se em 2001 sobre os crimes dos quais ele havia sido vítima. Em consonância com as posições da procuradoria da Corte Distrital de Bucareste, o Estado requerido argumentou que a queixa do Sr. Stoica prescreveu em 16 de junho de 1998 (isto é, um período prescricional de oito anos a respeito do crime de tentativa de homicídio), 16 de junho de 1995 (cinco anos a respeito do delito de conduta abusiva) e 16 de junho de 1998 (oito anos a respeito do delito de furto agravado). Essa alegação não é convincente.

As autoridades judiciais e persecutórias nacionais não concordaram sobre a classificação jurídica dos vários atos de repressão cometidos em junho de 1990, que receberam classificações jurídicas muito diferentes pelas várias autoridades domésticas responsáveis pela investigação, tais como sedição, sabotagem, propaganda a favor de guerra, genocídio, incitação a ou participação em homicídio qualificado, tratamento desumano, tortura, repressão injusta, chantagem, abuso de poder contra o interesse público com sérias consequências, roubo armado, privação ilegal de liberdade, conduta abusiva, investigação abusiva, abuso de poder contra interesses privados, agressão, lesão corporal efetiva, lesão corporal grave, destruição de propriedade, furto, invasão de domicílio, prevaricação e estupro, entre outros (ver §§ 83, 91, 106, 108, 113, 115, 126, 137, 147, 150, 156-59 e 167 do acórdão).

No caso particular do Sr. Stoica, não havia nada que impedisse que os crimes dos quais ele havia sido vítima fossem investigados de ofício e de maneira tempestiva, visto que o Estado possuía todos os elementos probatórios necessários para identificá-lo como uma das vítimas dos eventos brutais na cave do edifício de televisão[662]. Ademais, nem o julgamento de 9 de março de 2011 nem a decisão de arquivar o caso em 17 de junho de 2009 indicaram se o limite temporal para a persecução havia expirado antes ou depois de a demanda haver sido realizada. Ainda mais importante, o julgamento de 9 de março de 2011, ao rejeitar a apelação do Sr. Stoica, nem sequer decidiu sobre a definição e aplicabilidade do crime mais grave imputado aos réus, qual seja, tratamento desumano (art. 358 do Código Penal romeno), que havia sido o objeto da decisão de arquivar o caso em 17 de junho de 2009 e da decisão de falta de jurisdição em 29 de abril de 2008.

Finalmente, a decisão de 17 de junho de 2009 de arquivar o caso sob a justificativa de que os elementos essenciais do crime de tratamento desumano não haviam

655 Nesse contexto, um direito à verdade foi invocado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ver "Estudo sobre o direito à verdade", E/CN.4/2006/91, 2006), que concluiu que "o direito à verdade sobre graves violações de direitos humanos e sérias violações ao direito dos direitos humanos é um direito inalienável e autônomo" e "deve ser considerado como um direito inderrogável e não sujeito a limitações". Consequentemente, "[a]nistias ou medidas similares e restrições ao direito de buscar informação nunca devem ser usadas para limitar, negar, ou prejudicar o direito à verdade".

656 Ver *Abdülsamet Yaman v. Turquia*, n. 32446/96, § 55, 2 de novembro de 2004; *Yeter v. Turquia*, n. 33750/03, § 70, 13 de janeiro de 2009; e İzci *v. Turquia*, n. 42606/05, § 73, 23 de julho de 2013.

657 Ver *Barrios Altos v. Peru* (mérito), julgamento de 14 de março de 2001, Série C No. 75, § 41 (referindo-se a sérias violações de direitos humanos, como tortura, execução extrajudicial, sumária ou arbitrária e desaparecimento forçado), reiterado repetidamente em *Massacre de la Rochela v. Colômbia* (mérito, reparações e custas), julgamento de 11 de maio de 2007, Série C No. 163, § 294; *Ticona Estrada e Outros v. Bolívia* (mérito, reparações e custas), julgamento de 27 de novembro de 2008, Série C No. 191, § 147; *Massacre de "Las Dos Erres" v. Guatemala* (objeção preliminar, mérito, reparações e custas), julgamento de 24 de novembro de 2009, Série C No. 211, § 233; *Anzualdo Castro v. Peru* (objeções preliminares, mérito, reparações e custas), julgamento de 22 de setembro de 2009, Série C No. 202, § 182; e *Gomes Lund e Outros ("Guerrilha do Araguaia") v. Brasil* (objeções preliminares, mérito, reparações e custas), julgamento de 24 de novembro de 2010, Série C No. 219, § 172. Essa posição foi corroborada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Caso 10.480 (El Salvador), relatório de 27 de janeiro de 1999, § 113 (referindo-se a tortura, execuções sumárias e desaparecimentos forçados)).

658 Ver *Prosecutor v. Furundžija*, 10 de novembro de 1998, IT-95-17/1-T, §§ 155 e 157. O julgamento da Câmara de Apelações de 21 de julho de 2000 confirmou, no § 111, as razões de decidir da primeira instância.

659 Deve-se notar que o conceito de tortura não tem exatamente o mesmo conteúdo nesses três sistemas regionais de direitos humanos, o que torna ainda mais difícil atingir o nível de uma regra costumeira universal. Além disso, leis penais internas variam significativamente a respeito da prescrição aplicável ao crime de tortura entre Estados que criminalizam esse delito de forma autônoma, a maioria deles preferindo desde longos períodos prescricionais até a imprescritibilidade.

660 Ver página 6 das alegações do Governo à Grande Câmara, 1 de julho de 2013.

661 Ver página 23 das alegações do Governo à Grande Câmara, 1 de julho de 2013.

662 Refiro-me a uma gravação de vídeo, filmada pelas próprias autoridades, dos eventos no porão da estação de televisão estatal em 13 de junho de 1990, e aos documentos de identidade da vítima, que foram apreendidos naquela ocasião.

estado presentes nesse caso, visto que os inimigos das forças de segurança e mineiros, isto é, os manifestantes, já haviam sido aniquilados ou neutralizados em 14 de junho de 1990 (ver § 161 do acórdão), contradiz grosseiramente a realidade dos fatos (ver §§ 60-72 e 347 do acórdão). Essas contradições e omissões inadmissíveis requerem uma revisão do caso sob a luz das obrigações internacionais do Estado requerido.

A análise dos fatos sob o direito internacional

10. A repressão contra a sociedade civil romena entre 13 e 15 de junho de 1990 foi selvagem e bárbara, deixando muitos manifestantes, transeuntes e residentes de Bucareste mortos e severamente maltratados. Aproximadamente cem pessoas morreram durante os eventos e mais de mil foram sujeitas a maus-tratos graves (ver §§ 142 e 143 do acórdão). Esses fatos também foram estabelecidos na decisão da procuradoria em 17 de junho de 2009, que descrevem de modo abrangente "atos de crueldade extrema", com "violência sendo usada indiscriminadamente contra manifestantes e residentes de Bucareste que estavam totalmente desconectados das manifestações" (ver §§ 63 e 154 do acórdão). O elemento de homicídio, tortura, perseguição e atos inumanos contra vítimas civis, em massa, está presente no caso sob análise[663].

11. O requerente Sr. Stoica foi atacado sem nenhuma justificativa e sofreu lesões severas, conforme evidenciado pelos relatórios médicos juntados ao processo. Esses relatórios mencionam uma incapacidade adaptativa de 72% e uma perda total de capacidade para trabalhar, em razão de uma "deficiência geral agravada". Esses danos foram causados por agentes armados do Estado requerido, com o envolvimento do então diretor da estação de televisão estatal, policiais e militares (ver § 50 do julgamento). Esse incidente envolvendo o Sr. Stoica se encaixa em um padrão de mais de mil civis vítimas de uma repressão estatal organizada efetuada por "equipas mistas" de civis e militares (ver § 63 do julgamento)[664]. A mesma conclusão se aplica ao homicídio do Sr. Mocanu e à revista dos escritórios da associação requerente, à agressão brutal de seus líderes, e à apreensão ilegal de sua propriedade e documentos (ver §§ 64 e 65 do acórdão).

12. De fato, o governo romeno organizou meticulosamente e implementou rigorosamente uma política de repressão contra os manifestantes e oponentes que reivindicavam uma reforma política em 1990. A brutalidade da repressão foi destacada tanto em decisões domésticas quanto pela Corte ("brutalmente investido", "atacando cegamente", "brutalmente preso", "atacando brutalmente", "violência e agressões de uma natureza 'psicológica, física e sexual'", ver §§ 37, 39, 50, 75 e 81, respectivamente, do acórdão)[665]. Essa política repressiva envolveu a polícia, o exército e civis mobilizados, e foi efetuada com o uso de tanques e munição pesada, embora as manifestações estivessem sendo realizadas com objetivos políticos pacíficos (ver § 27 do acórdão)[666]. A mobilização, o transporte até e a acomodação em Bucareste de 5.000 mineiros e outros trabalhadores, armados com machados, correntes, bastões e cabos de metal, foram em si mesmos uma parte central desse plano (ver §§ 34, 36, 58, 78 e 110 do acórdão). O elemento de uma política estatal generalizada e sistemática está claramente presente no caso sob análise[667].

---

663 O fato de cometer homicídio, tortura, perseguição e atos desumanos sempre foi considerado um elemento da noção de crimes contra a humanidade (ver art. 6 (c) da Carta do Tribunal Militar Interacional (IMT) de Nuremberg; art. 5 (c) da Carta do Tribunal Internacional Militar para o Extremo Oriente (IMTFE); art. 2 § 1 (c) da Lei n. 10 do Conselho de Controle; art. 5 do Estatuto do ICTY; art. 3 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR); art. 18 do Projeto de Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade de 1996; e art. 7 § 1 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma). O Estatuto de Roma adicionou crimes sexuais além do estupro, desaparecimento forçado e apartheid à lista usual.

664 O fato de cometer um ataque contra a população civil foi enfatizado como o elemento básico da noção de crimes contra a humanidade ao menos desde a declaração conjunta de França, Reino Unido e Rússia de 24 de maio de 1915, sobre os ataques do governo turco contra sua própria população de origem armênia. Art. 6 (c) da Carta do IMT, art. 5 (c) da Carta do IMTFE, art. 2 § 1 (c) da Lei n. 10 do Conselho de Controle, art. 5 do Estatuto do ICTY, art. 3 do Estatuto do ICTR e art. 7 § 1 do Estatuto de Roma codificaram esse elemento. Referências a um ataque contra a população civil por motivos nacionais, políticos, étnicos, raciais ou religiosos foram interpretados como não excluindo ataques contra a população civil sem intenção discriminatória, com a exceção de perseguições (ver, por exemplo, *Duško Tadić*, 15 de julho de 1999, IT-94-1-A, §§ 283, 292 e 305; *Tihomir Blaškić*, 3 de março de 2000, IT-95-14, §§ 244 e 260; e *Dario Kordić e Mario Čerkez*, 26 de fevereiro de 2001, IT-95-14/2, § 186). O ataque pode incluir qualquer população civil, inclusive partes externas ao conflito (*Dragoljub Kunarac et al.*, 22 de fevereiro 2001, IT-96-23&23/1, § 423).

665 Para uma descrição do período de transição experimentado pela sociedade romena de dezembro de 1989 a setembro de 1991 e referências ao "uso massivo de força letal contra a população civil" durante "protestos contra o governo antecedendo a transição de um regime totalitário para um regime mais democrático", ver Şandru e Outros, citado acima, *Associação "21 de dezembro de 1989" e Outros*, citado acima, e *Crăiniceanu e Frumuşanu v. Romênia*, n. 12442/04, 24 de abril de 2012.

666 As demandas mais importantes dos manifestantes estavam relacionadas à implementação da chamada Proclamação de Timişoara, em particular um de seus objetivos principais, qual seja, a exclusão de ex-líderes do regime comunista da vida política (ver § 27 do acórdão). Ao protesto pacífico e político o governo ofereceu uma resposta armada e severa. A conexão com um conflito armado como um elemento da noção de crimes contra a humanidade, que resultava do art. 6 (c) da Carta do IMT, do art. 5 (c) da Carta do IMTFE e do art. 5 do Estatuto do ICTY, foi abandonada pelo art. 2 § 1 (c) da Lei n. 10 do Conselho de Controle, pelo art. 3 do Estatuto do ICTR, pelo art. 18 do Projeto de Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade de 1996 e pelo art. 7 § 1 do Estatuto de Roma. Como a câmara de apelações do ICTY concluiu em *Duško Tadić*, 2 de outubro de 1995, IT-94-1, § 141, "o direito internacional costumeiro pode não requerer uma conexão entre crimes contra a humanidade e qualquer conflito". A mesma posição foi adotada pelo ICTR em *Jean-Paul Akayesu*, 2 de setembro de 1998, ICTR-96-4, § 565, e *Ignace Bagilishema*, 7 de junho de 2001, ICTR-95-1A-T, § 74.

667 Que um ataque generalizado e/ou sistemático é um elemento da noção de crimes contra a humanidade, que implica a existência de um plano, um complô ou uma ação organizada, foi mencionada já nos "julgamentos de Constantinopla" em 1919 (ver a opinião em separado dos Juízes Vučinić e Pinto de Albuquerque em *Perinçek*, citada acima), e foi mais tarde incluída no art. 3 do Estatuto do ICTR, no art. 18 do Projeto de Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade de 1996 e no art. 7 § 1 do Estatuto de Roma. Um ataque dessa espécie não está limitado a uso de força militar e pode incluir qualquer tipo de maus-tratos infligidos à população civil (ver Câmara de Apelação do ICTY, *Duško Tadić*, 15 de julho de 1999, IT-94-1-A, § 251, e *Dragoljub Kunarac et al.*, 12 de junho de 2002, IT-96-23&23/1, § 86). O caráter generalizado do ataque denota sua natureza massiva e uma multiplicidade de vítimas, resultando do efeito cumulativo de uma série de atos individuais ou do efeito singular de um único ato de magnitude extraordinária, mas excluindo a princípio um ato isolado, exceto quando ele ocorre no contexto de um ataque mais geral (ver, entre outros, *Duško Tadić*, 7 de maio de 1997, IT-94-1-T, § 648; *Tihomir Blaškić*, 3 de março de 2000, IT-95-14, § 206; *Dragoljub Kunarac et al.*, 22 de fevereiro de 2001, IT-96-23&23/1, § 429; *Jean-Paul Akayesu*, 2 de setembro de 1998, ICTR-96-4, § 123; e *George Rutaganda*, 6 de dezembro de 1999, ICTR-96-3, § 69). O caráter sistemático do ataque denota um mínimo de planejamento e organização, embora não seja necessário que esse plano seja declarado expressamente ou mesmo afirmado clara e precisamente e possa ser inferido a partir da ocorrência de uma série de eventos, como a mobilização de forças armadas, excluindo a princípio atos fortuitos ou espontâneos de violência (ver *Goran Jelisić*, 14 de dezembro de 1999, IT-95-10, § 53; *Tihomir Blaškić*, 3 de março de 2000, IT-95-14, §§ 203-07; e *Dragoljub Kunarac et al.*, 22 de fevereiro de 2001, IT-96-23&23/1, §§ 428-29). Apesar da formulação alternativa dessas duas características de um ataque no art. 7 § 1 do Estatuto de Roma, a definição de "ataque" no § 2

13. O fato mais decisivo de todos é que essa repressão, envolvendo um conjunto tão amplo de meios humanos e materiais, foi preparada e "planejada" durante reuniões das quais participaram as mais altas autoridades do Estado (ver §§ 33-35 do acórdão). Essas autoridades tomaram a decisão de lançar uma política direcionada a sufocar a oposição a qualquer custo e a efetuaram a sangue frio. Os bárbaros ataques a civis que se seguiram não só foram antevistos por aqueles que haviam delineado a política repressiva, mas também buscavam alcançar os objetivos políticos da elite então dominante e garantir sua sobrevivência. A existência do elemento subjetivo dos crimes contra a humanidade não pode ser questionada no presente caso[668].

14. Independentemente de sua classificação legal no direito interno na época relevante, os eventos referidos acima representam violações massivas do direito à vida, do direito à integridade física e sexual, do direito à propriedade, e de outros direitos humanos fundamentais dos cidadãos romenos e de pessoas jurídicas que foram vítimas de uma política estatal de repressão a opositores políticos do governo de então. Em termos legais, esses fatos têm apenas uma designação. Os eventos de junho de 1990 configuram um crime contra a humanidade, cometido como parte de um ataque generalizado e sistemático dirigido contra uma população civil.

As obrigações internacionais do Estado requerido

15. Em 7 de julho de 2009, a Alta Corte de Cassação e Justiça confirmou, em uma demonstração exemplar de comprometimento com o estado de direito, uma decisão sobre a aplicabilidade do art. 358 do Código Penal romeno à prisão e à morte em 1948 de um opositor político do regime totalitário, interpretando "tratamento desumano" como "tratamento que é difícil de suportar fisicamente e é humilhante". O mesmo comprometimento deve ser demonstrado no presente caso, no qual os fatos investigados são muito mais sérios, e o Estado requerido

(a) do mesmo art. destaca, de qualquer modo, a conexão com uma "política" ("de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política").

668 Subjetivamente, perpetradores de crimes contra a humanidade devem ter conhecimento do contexto geral no qual o ataque ocorreu e a conexão entre suas ações e esse contexto, mas eles não necessitam ter conhecimento pleno de todos os detalhes do ataque (ver *Kayishema and Ruzindana*, 21 de maio de 1999, ICTR-95-1, § 133; *Dragoljub Kunarac et al.*, 22 de fevereiro de 2001, IT-96-23&23/1, § 592; *Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui*, 30 de setembro de 2008, ICC-01/04-01/07, § 417; e *Omar Al Bashir*, 4 de março de 2009, ICC-02/05-01/09, § 87). Das provas do processo, se depreende que tanto os membros do governo quanto os oficiais militares superiores envolvidos na preparação e execução da operação na Praça da Universidade, nas sedes de partidos de oposição e em outras entidades jurídicas e em outras áreas da cidade de fato tinham tal conhecimento, e deliberada e intencionalmente realizaram o ataque contra a população civil. Com efeito, ações violentas similares por parte dos mineiros já haviam ocorrido no passado recente em Bucareste, e, portanto, as autoridades estavam conscientes do que poderia acontecer caso eles fossem outra vez "mobilizados" (ver § 24 do acórdão). Deve-se ressaltar que, após "convidá-los para cooperar com as forças de segurança e para restaurar a ordem", o então Presidente do Estado requerido "agradeceu" os mineiros por suas ações caóticas e violentas e os "autorizou" a deixar a cidade em 15 de junho de 1990 (ver §§ 61 e 69 do acórdão). Essas palavras falam por si mesmas e demonstram *urbi et orbi* quem tinha controle efetivo sobre as ações dos mineiros.

ainda não cumpriu com suas obrigações internacionais[669].

16. A Romênia ratificou, em 15 de setembro de 1969, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, que entrou em vigor em 11 de novembro de 1970. Portanto, a Romênia tinha, à época dos fatos do presente caso, uma obrigação internacional de não aplicar a prescrição a crimes de guerra e a crimes contra a humanidade[670]. Essa obrigação era reforçada pelas obrigações procedimentais derivadas dos arts. 2 e 3 da Convenção, após sua entrada em vigor para a Romênia.

17. A questão agora se refere a determinar os fatos do caso corretamente em termos de direito penal, algo que as mais altas autoridades judiciais e persecutórias até o momento não fizeram. A manipulação da classificação jurídica dos eventos, com vistas a submetê-los a limites temporais que não se aplicariam caso houvessem sido corretamente classificados, contraria o próprio objeto e propósito tanto dos arts. 2 e 3 da Convenção quanto do art. 1 da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade. Como demonstrado acima, todas as provas no processo apontam para a existência dos elementos constitutivos de um crime contra a humanidade, cometido por autoridades superiores do Estado romeno, incluindo membros do governo de então e oficiais militares de alto escalão. Cabe ao Estado requerido cumprir com sua obrigação internacional e trazer à justiça aqueles responsáveis pelo ataque generalizado e sistemático contra a população civil romena, e especialmente aqueles que cometeram esses crimes enquanto exerciam sua autoridade civil ou seu comando militar. Ademais, para implementar integralmente o acórdão da Grande Câmara, o Estado requerido deve também estabelecer um mecanismo oficial efetivo para compensar as vítimas das violações massivas de direitos humanos que ocorreram durante esse período de transição e suas famílias, tendo em vista o significativo número de casos pendentes perante a Corte e o considerável número de outras vítimas desses mesmos eventos[671].

669 Apesar de certas declarações louváveis por parte de várias autoridades persecutórias e judiciais na Romênia, tais como aquelas transcritas nos §§ 110 e 118 do acórdão, a justiça ainda não foi feita.

670 O Estado requerido aceita que "a imprescritibilidade é excepcional e é, a princípio, reservada a delitos sob o direito internacional (genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra)" (ver página 23 das alegações do Governo à Grande Câmara, 1 de julho de 2013).

671 Em *Associação "21 de Dezembro de 1989" e Outros*, citado acima, § 194, a Corte já havia ordenado que "o Estado requerente deve pôr um fim à situação identificada no presente caso e considerada por ela uma violação da Convenção, a respeito do direito das muitas pessoas afetadas, tais como os requerentes individuais, a uma investigação efetiva que não seja encerrada pela aplicação da prescrição da responsabilidade penal, e tendo em vista também a importância para a sociedade romena de conhecer a verdade sobre os eventos de dezembro de 1989. O Estado requerido deve, portanto, introduzir um recurso apropriado para cumprir com os requerimentos do art. 46 da Convenção". O mesmo se aplica aos eventos de junho de 1990.

Conclusão

18. O tempo não exonera nem o Estado romeno de suas obrigações internacionais nem os infratores individuais de sua responsabilidade penal. As obrigações procedimentais derivadas dos arts. 2 e 3 da Convenção requerem um julgamento justo daqueles responsáveis pelos crimes contra a humanidade cometidos contra civis romenos no tortuoso período de transição à democracia. Conquanto seja impossível punir todo perpetrador de crimes contra a humanidade, julgamentos penais, particularmente daqueles que ocuparam posições de autoridade civil e comando militar, são demonstrativos da maturidade e habilidade do judiciário para lidar com erros passados, e simultaneamente reforçam seu prestígio entre cidadãos nacionais e organizações internacionais. Essa não é simplesmente uma questão de justiça que deve ser feita em face da Sra. Mocanu, cujo marido desarmado foi morto sem mesmo ter tomado parte nas manifestações e cujas duas crianças, de dois meses e dois anos de idade à época, não tiveram a oportunidade de conhecer o pai (ver §§ 44 e 135 do acórdão); em face do Sr. Stoica, um simples transeunte que é designado nos procedimentos internos como uma parte lesionada pelo crime de "tratamento desumano" pelo qual cinco oficiais militares superiores foram investigados e acusados (ver § 168 do acórdão); e, em último lugar, mas não menos importante, em face da associação requerente, cujos líderes foram "brutalmente" atacados, cujos escritórios foram vandalizados e cuja propriedade e documentos foram apreendidos em violação às formalidades legais (ver §§ 75-76 do acórdão). É muito mais do que isso. Justiça deve ser feita em face de todos aqueles cidadãos romenos que tiveram que suportar uma repressão estatal organizada e desumana em tempos difíceis de transição para alcançar um regime político inteiramente democrático.

Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes Contra a Humanidade e a Questão da Tortura: a Respeito de Mocanu e Outros V. Romênia

Lucas Carlos Lima[672]

Introdução

O caso *Mocanu e outros v. Romênia* ('Caso Mocanu'), julgado em 17 de setembro de 2014 pela Grande Câmara da Corte Europeia de Direitos Humanos ('CtEDH'), oferece pontos de reflexão atuais sobre a proteção judicial de direitos humanos e os impactos de julgamentos na sociedade. Alguns desses pontos emergem nitidamente na opinião concorrente do juiz Pinto de Albuquerque, acompanhado pelo juiz Vučinić ('Opinião Concorrente'), sobretudo no que diz respeito à incidência da prescrição em relação a certos delitos internacionais.

O pano de fundo fático são os acontecimentos ocorridos em 1990 em Bucareste, quando uma série de protestos e altercações ocorridos na Praça da Universidade resultou em mortos e feridos, eventos cujas investigações em parte jamais tenham ocorrido. Embora os fatos se passaram antes da entrada em vigor da Convenção Europeia de Direitos Humanos ('CEDH') para a Romênia, que ocorreu somente em 1994, a Corte afirmou sua jurisdição *ratione temporis* pelo critério da genuína conexão previamente estabelecido na Corte. Desse modo, como resultado, a Corte Europeia declarou violações de aspectos processuais relativos ao Artigo 2 (direito à vida) e ao Artigo 3 (proibição da tortura) da Convenção, pela ausência de uma efetiva investigação, e violação do Artigo 6, parágrafo 1 (direito a um julgamento justo) pela demora excessiva dos procedimentos. Para a justiça romena, o julgamento de *Mocanu e outros* foi percebido como uma vitória em relação a uma sociedade em transição de regime.

O julgamento possui diversos aspectos interessantes sob o prisma jurídico. Um dos pontos de maior relevância diz respeito às discussões relativas à prescrição

672 Professor de Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em Direito Internacional e da União Europeia pela Università degli Studi di Macerata, com períodos de pesquisa na University of Cambridge e no Max Planck Institute de Luxembourg. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Cortes e Tribunais Internacionais CNPq/UFMG.

de violações de direitos humanos, de crimes contra a humanidade e de crimes ligados à tortura. Este é um dos temas mais complexos no direito internacional, reverberando igualmente no âmbito na Corte Interamericana de Direitos Humanos ('CtIDH') bem como na Comissão de Direito Internacional ('CDI') e seu Projeto sobre Crimes contra a Humanidade.[673] É exatamente sobre o tema da prescrição que os juízes Pinto de Albuquerque e Vučinić focaram seu olhar em sua Opinião Concorrente. Como bem sintetizam logo ao primeiro parágrafo da Opinião,

> O objetivo desta opinião está limitado ao argumento de que a persecução das violações massivas de direitos humanos que ocorreram na Romênia no período de transição à democracia, incluindo aquelas que ocorreram em junho de 1990, não está prescrita, e que essas violações devem, portanto, continuar a ser investigadas de ofício, devidamente processadas e punidas de acordo com as regras do direito internacional e nacional (CtEDH, 2014, p. 68).

Contudo, a opinião oferece mais pontos de reflexão e sobre eles focarei este ensaio. Numa primeira parte, o argumento da imprescritibilidade será abordado. Nele, será verificado a importância do argumento, especialmente à luz da prática recente interamericana e do caso *Herzog e outros v. Brasil*. De igual modo, o argumento da imprescritibilidade em relação aos crimes de tortura são analisados, assim como a posição do juiz Pinto de Albuquerque esposada em *Mocanu e outros*. Na segunda parte, no intuito de trazer o debate para o debate nacional, discute-se brevemente alguns potenciais reflexos do problema no ordenamento pátrio. As conclusões são uma última reflexão sobre os significado do debate no interior do direito internacional dos direitos humanos e no direito internacional público.

1. Da Imprescritibilidade de Graves Crimes Internacionais e a Questão da Tortura

A Opinião Concorrente é percuciente ao colher os pontos de tensão em jogo quando a prescrição atua no campo da punibilidade de crimes internacionais. Por um lado, por conta da lógica da segurança jurídica e de garantias penais, todo crime deveria estar sujeito a um período no qual se extinguisse a pretensão punitiva do Estado ou da Comunidade internacional. Por outro lado, e de maneira recente, em relação a determinados delitos considerados pela Comunidade internacional como de maior gravidade, não poder-se-ia estender as vantagens e garantias dos crimes comuns vez que existe um interesse jurídico maior na punibilidade e no oferecimento de algum tipo de reparação às vítimas. É nesse campo de tensão que atua a prescrição relativa a crimes internacionais e em relação à tortura. Enquanto a figura da prescrição parece ser mais aceita e exista maior prática estatal no que se refere aos graves crimes internacionais, sendo inclusive considerado seu caráter costumeiro e, portanto, oponível a todos os Estados, o mesmo ainda não é verdade no que diz respeito à situações de tortura.

673 Sobre a questão, ver MURPHY, Sean D. Crimes Against Humanity and Other Topics: The sixty-ninth session of the international law commission. *American Journal of International Law*, Volume 111, n. 4, 2017, pp. 970-993.

A situação é particularmente bem ilustrada com o caso *Herzog e outros v. Brasil* perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, julgado em 2018. O caso Herzog é uma ilustração histórica dos atrozes excessos cometidos pela ditadura militar brasileira (1964-1985). Vladimir Herzog tornou-se um símbolo popular e cultural da luta contra o regime, motivo pelo qual o caso ganhou ampla divulgação. Em poucas palavras, o caso diz respeito às violações de direitos da família de Vladimir Herzog (doravante denominados 'as vítimas') – um jornalista iugoslavo torturado e assassinado por agentes da agência brasileira de inteligência e repressão. Como o Brasil havia reconhecido publicamente os atos contra Herzog e sua responsabilidade decorrente, a questão remanescente dizia respeito à investigação e punição dos responsáveis por esses atos – ação proibida pela Lei de Anistia Brasileira (Lei 6.683/79). Como observou a Corte Interamericana, "a disputa existe unicamente no que diz respeito à possibilidade de indiciamento do responsável e à aplicação da figura dos crimes contra a humanidade em 1975 e figuras como a Lei de Anistia Brasileira, a prescrição, o princípio de *ne bis in idem* e coisa julgada". No julgamento de 2018, a CtIDH entendeu que o Brasil era internacionalmente responsável pela violação do direito da família de Herzog a um julgamento justo (Artigo 8 da CADH) e do direito à proteção judicial (Artigo 25 da CADH) devido à ausência de investigação, julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e assassinato de Vladimir Herzog. Além disso, o Tribunal considerou que o Brasil violou o direito da vítima de saber a verdade (direito decorrente dos Artigos 8 e 25 da CADH) e que o sofrimento das vítimas constituiu uma violação de sua integridade pessoal (Art. 5.1 CADH). Consequentemente, o Brasil foi condenado a pagar indenização

Um dos argumentos do Estado brasileiro perante a Corte de San José foi que a prescrição era aplicável, uma vez que não seria possível a aplicação da imprescritibilidade penal com base no costume internacional, por contrariar o Artigo 9 da CADH, que consagra o princípio da legalidade. A este respeito, a CtIDH respondeu da seguinte forma:

> **269. (...) a Corte constata que, para o caso concreto, a aplicação da figura da prescrição como obstáculo para a ação penal seria contrária ao Direito Internacional e, em especial, à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Para esta Corte, é claro que existe suficiente evidência para afirmar que a imprescritibilidade de crimes contra a humanidade era uma norma consuetudinária do direito internacional plenamente cristalizada no momento dos fatos, assim como na atualidade. (CtIDH, 2018, p. 68)**

A Corte assumiu uma posição de vanguarda no reconhecimento do caráter costumeiro da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Essa é uma posição que aparece no Voto Concorrente de Pinto de Albuqueque, para quem "Após alguma hesitação nos anos 1970 e 1980, até o final do século XX os Estados aderiram em massa ao princípio da imprescritibilidade do crime de genocídio e de crimes contra a humanidade" (CtEDH, 2014, para.5). Após reconstruir as raízes de tal regra costumeira, o Voto Concorrente desagua numa importante conclusão para o direito internacional dos direitos humanos: o fato de que "os Es-

tados devem fazer o máximo para alinhar seus sistemas jurídicos nacionais a suas obrigações internacionais, e não devem se esconder atrás daqueles para desprezar estas" (CtEDH, 2014, para. 5). Desse modo, em teoria, segundo o posicionamento esposado, é em decorrência do caráter costumeiro da regra que surgiria para o Estado, em âmbito interno, o dever de adaptação do ordenamento.

É interessante notar que a CtIDH percorreu um caminho diferente para identificar o caráter costumeiro da prescrição dos crimes contra a humanidade. Em sua investigação, o primeiro elemento destacado pela CtIDH para comprovar a proibição da prescrição foi sua própria jurisprudência. Segundo a Corte, "a prescrição da ação penal é inadmissível e inaplicável quanto se trata de graves violações dos direitos humanos nos termos do Direito Internacional, conforme destacou a jurisprudência constante e uniforme da Corte" (CtIDH, 2018, p. 65). A inclinação da Corte para identificar o caráter consuetudinário por referência à sua própria jurisprudência é reforçada nessa passagem. No entanto, um exame mais aprofundado das passagens dos cinco casos[674] mencionados pela Corte revela pelo menos três aspectos interessantes do raciocínio do órgão adjudicante. Em um dos casos, o Tribunal assume uma atitude mais geral ao declarar a obrigação de processar sem qualquer referência expressa à regra da limitação legal.

O segundo elemento que a CtIDH enfatizou para apoiar sua opinião foi a prática dos tribunais criminais internacionais e sua relação com os crimes contra a humanidade, argumento também utilizado no Voto Concorrente do Juiz Pinto de Albuqueque. Mencionou a prática dos tribunais penais internacionais *ad hoc* e o fato de que

> nem os Estatutos de Nuremberg ou Tóquio, nem os instrumentos constitutivos do Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia, do Tribunal Penal Internacional para Ruanda ou do Tribunal Especial para Serra Leoa estabeleceram regras sobre prescrição em relação aos delitos internacionais, inclusive os crimes contra a humanidade. (CtIDH, 2018, p. 66)

Foi também mencionado o Artigo 29 do Estatuto de Roma, bem como as recentes regras relativas às Câmaras Extraordinárias nos Tribunais do Camboja e aos Painéis Especiais do Tribunal Distrital de Dili de Timor-Leste (CtIDH, 2018, p. 66).

O terceiro elemento que mereceu ser examinado pela CtIDH foi o trabalho contínuo da Comissão de Direito Internacional sobre Crimes contra a Humanidade. O Tribunal parece ter dado peso ao exame e à conclusão da CDI em relação a que "não parece have nenhum Estado com legislação sobre crimes contra a humanidade que proíba o julgamento depois de transcorrido certo tempo. Pelo contrário, numerosos Estados aprovaram legislação específica contra toda limitação dessa natureza." (ONU, 2017, p. 76 *apud* CtIDH, 2018, p. 66-67) Além disso, não se pode evitar a impressão de que a CtIDH se baseou fortemente

674 Caso Barrios Altos Vs. Peru. Mérito, par. 41; Caso Almonacid Arellano Vs. Chile, par. 110; Caso do Massacre de La Rochela Vs. Colômbia, par. 294; Caso Albán Cornejo Vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C No. 171. par. 111; Caso Vera Vera e outra Vs. Equador. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de maio de 2011. Série C No. 226, par. 117.

no trabalho da CDI não apenas para fins de exame da legislação nacional. Dois parágrafos das sentenças parecem ter sido diretamente inspirados no trabalho do Relator Especial.

Por último, após reforçar suas conclusões com alguns casos da Corte Europeia de Direitos Humanos, a CtIDH observou que os tribunais superiores de dez outros Estados americanos "reafirmaram o princípio de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra ou genocídio, referindo-se ao carácter de norma de Direito Internacional consuetudinário" (CtIDH, 2018, p. 68). O fato de que oito Estados americanos incorporaram normas constitucionais ou outras normas para a não aplicabilidade da prescrição também foi destacado pela Corte.

Quanto à CDI, é interessante que seu trabalho tenha um impacto significativo na CtIDH. Esse fenômeno também ocorre em outros tribunais internacionais. No entanto, também parece significativo que a Corte parece dar um passo adiante em relação às conclusões da CDI que afirmam o caráter consuetudinário inequívoco da norma – algo que gerou debate na CDI e que o próprio órgão de codificação preferiu se afastar.

A última observação diz respeito ao elemento que falta na receita: a ausência de qualquer prática, declaração ou reconhecimento do Brasil quanto à não aplicabilidade das limitações legais. Uma vez que a Corte iniciou um exame da legislação nacional e da jurisprudência de vários países da América, seria de se esperar que encontrasse elementos na legislação brasileira que apoiariam o reconhecimento de tal regra, ou uma explicação teórica sobre como a regra costumeira vincularia também ao Brasil. Embora falte esse elemento no exame bastante amplo da existência de uma norma em relação a, ele aparece em relação ao caráter consuetudinário da norma de jurisdição universal.

O exercício realizado pela Corte Interamericana de buscar o caráter costumeiro da imprescritibilidade de crimes contra a humanidade parece reverberar diversos argumentos presentes na Opinião Concorrente de Pinto de Albuquerque. Contudo, a Corte Interamericana parece divergir em relação à imprescritibilidade dos crimes de tortura em relação ao seu caráter costumeiro. Este é, inclusive, um dos pontos mais interessantes da Opinião Concorrente e meritório de atenção.

A primeira razão diz respeito às próprias técnicas de construção do argumento utilizadas pelos juízes Pinto de Albuquerque e Vučinić. Nesse sentido, a Opinião Concorrente dispõe que

> **Os Estados adotaram uma posição mais reservada na controversa questão sobre a imprescritibilidade da tortura. Isso não se deve somente a considerações baseadas no sopesamento dos princípios da segurança jurídica e de um julgamento justo e dos propósitos da punição criminal em face da necessidade de uma política criminal firme de prestação de contas pela tortura, mas também às fronteiras conceituais incertas do crime de tortura, especialmente quando contrastado com os conceitos de tratamento desumano e degradante. Embora seja indiscutível que exista um consenso universal sobre a criminalização da tortura, ainda não está estabelecido no direito internacional que a persecução e a punição**

deste delito não devam estar sujeitas à prescrição. (CtEDH, 2014, para. 7)

O primeiro elemento que emerge deste excerto é a detecção de uma certa deferência à prática estatal para identificação para os standards relativos à tortura. Com efeito, nesse sentido existem autores que distinguem os posicionamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação à deferência à posição dos Estados.[675] Contudo, apesar de esposar um posicionamento mais deferente a visões estatais em relação a tortura, a Opinião Concorrente é interessante exatamente porquanto analisa a prática emergente de diversos órgãos internacionais relativos à imprescritibilidade da tortura.

O argumento do Voto Concorrente prossegue exatamente no sentido de examinar a prática judicial internacional e nesse sentido o voto é particularmente eloquente ao identificar a emergência da noção de imprescritibilidade da tortura nos sistemas europeu, no sistema interamericano e também prevista na Carta Árabe de Direitos Humanos. Não por acaso, o Voto Concorrente conclui que

> **Em vista desses precedentes judiciais, (...) pode-se considerar que o princípio da imprescritibilidade do crime de tortura se cristalizou como uma obrigação internacional convencional em três sistemas regionais, a saber, os sistemas árabe, europeu e americano, mas ainda sem ter alcançado a força legal de direito internacional costumeiro[676]. (CtEDH, 2014, para. 7)**

O argumento avançado é interessante exatamente porque executa um balanço entre a posição dos Estados, que claramente ainda não abraçaram de maneira consensual a noção, e ao mesmo tempo avança os interesses da Comunidade internacional na medida em que recepciona os novos precedentes que se consolidam nas cortes regionais. Em outras ocasiões, um juiz poderia utilizar a prática de três cortes regionais para declarar o caráter costumeiro de uma determinada regra. Contudo, a cautela esposada no Voto Concorrente parece uma interessante via de meio que permite o desenvolvimento de uma regra ao mesmo tempo que a reconhece e reconhece a sua importância no interior de um campo de tensão e interesses de proteção de direitos humanos, de oferecimento de tutela às vítimas, mas também de segurança jurídica.

675 A literatura é vasta mas pode-se citar, a título de exemplo, BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Les 3 Cours régionales des droits de l'homme in context. Paris: Pedone, 2020; MADSEN, Mikael Rask; HUNEEUS, Alexandra. Between Universalism and Regional Law and Politics: A Comparative History of the American, European and African Human Rights Systems. *International Journal of Constituional Law*, Volume 16, 2018, pp. 136-160. Ver nesse sentido também, LIMA, Lucas Carlos; FELIPPE, Lucas Mendes. A expansão da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos através de opiniões consultivas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, v. XXI, p. 125-166, 2021.

676 Deve-se notar que o conceito de tortura não tem exatamente o mesmo conteúdo nesses três sistemas regionais de direitos humanos, o que torna ainda mais difícil atingir o nível de uma regra costumeira universal. Além disso, leis penais internas variam significativamente a respeito da prescrição aplicável ao crime de tortura entre Estados que criminalizam esse delito de forma autônoma, a maioria deles preferindo desde longos períodos prescricionais até a imprescritibilidade.

2. O Que Nos Diz A Prática Brasileira?

A questão da prescritibilidade é também solevada no âmbito nacional. A doutrina examinou uma série de problemas a ela conexos (CARVALHO RAMOS, 2021). Não há no sistema jurídico brasileiro outros crimes imprescritíveis além do racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (Artigo 5º, XLII e XLIV), o que não impede a edição de norma infraconstitucional para atribuir essa característica a outros delitos, a exemplo de projetos de lei em trâmite (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2021). O Brasil não é signatário da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, mas ratificou a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (BRASIL, 1991) e, no âmbito regional, ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (BRASIL, 1989), tratados esses que, contudo, não prevêem a imprescritibilidade do crime. Já o Estatuto de Roma foi ratificado pelo país em 2002, cujo Artigo 29 expressamente prevê a imprescritibilidade de todos os crimes de sua competência (BRASIL, 2002).

Diante desse cenário legislativo, o Supremo Tribunal Federal sustenta, em apertada maioria, a possibilidade de prescrição de crimes contra a humanidade, em argumento similar ao apresentado pelos agentes do Estado no Caso Herzog. Afirma o Tribunal que apenas lei interna poderia dispor sobre prescritibilidade da pretensão estatal de punir, em julgamentos ligados à negativa de extradição de indivíduos de outros Estados que cometeram crimes similares às graves violações previstas na Lei da Anistia, pela inexistência da dupla punibilidade (BRASIL, 2017; BRASIL, 2018a). Essas decisões fundamentam a constante frustração de ações penais movidas pelo Ministério Público Federal contra os responsáveis pelas violações de direitos humanos ocorridas no período ditatorial. Apesar de a maior parte dessas ações serem rejeitadas pela repetida validação da anistia, são encontrados alguns exemplos que aplicam a prescrição como argumento adicional para justificar que os crimes alegados não poderiam mais serem julgados (BRASIL, 2019a).

Em relação ao trabalho análogo à escravidão, outra espécie de crime contra a humanidade, apesar de decisões anteriores contrárias (BRASIL, 2019b), encontra-se decisão de *habeas corpus* que acata a imprescritibilidade dessa modalidade de crime contra a humanidade (BRASIL, 2018b). O juízo federal aplica o direito internacional como fonte da imprescritibilidade, em referência à jurisprudência da Corte Interamericana, que também deveria possuir caráter supralegal, ao contrário do Código Penal, que prevê a prescrição, conforme a interpretação que realiza julgamento do RE466.343/SP pelo Supremo Tribunal Federal, em 2008: "O julgamento se referiu aos tratados internacionais, normas de natureza obrigatória, mas o raciocínio deve ser empregado em relação aos princípios gerais de direito internacional e aos costumes internacionais, quando ostentem a mesma natureza cogente (*jus cogens*)" (BRASIL, 2018).

Esta decisão foi emitida em relação a um dos particulares responsáveis pela violação na Fazenda Brasil Verde, que foi objeto de julgamento pela CtIDH em 2016, sentença na qual a corte internacional estabeleceu como reparação não apenas o reinício das investigações, mas que o Estado brasileiro garanta que a prescrição não seja aplicada ao delito de direito internacional de escravidão e suas formas análogas (CtIDH, 2016). Em 2019 foi apresentada denúncia pelo Ministério Público Federal que inaugurou uma ação penal contra dois supostos responsáveis pela escravidão na fazenda, em que a decisão do *habeas corpus* é acrescida ao fundamento para a alegação de imprescritibilidade (Ação Penal nº 0000001-41.2020.4.01.3905, Vara Federal Cível e Criminal da SSJ de Redenção-PA).

Em suma, o caso *Mocanu e outros v. Romênia* permite que uma reflexão sobre as tendências gerais no ordenamento internacional, as obrigações advindas da Convenção Americana de Direitos Humanos – esclarecidas na sentença *Herzog e outros* – e o posicionamento das cortes nacionais em matéria. Parece haver algum contraste entre os posicionamentos das Cortes, um contraste este que apenas a prática futura poderá esclarecer os limites, bem como as possibilidades.

Conclusões

"O tempo não exonera nem o Estado romeno de suas obrigações internacionais nem os infratores individuais de sua responsabilidade penal." (CtEDH, 2014, para. 18). Com essas palavras, os juizes Pinto de Albuquerque e Vučinić encerram seu Voto Concorrente, conclamando uma *ratio* a ser aplicada para as graves violações de direitos humanos: o tempo não exonera e não serve de emplasto para as graves violações de direitos humanos. É nesse sentido que parece se construir o consenso das cortes internacionais e a prática dos Estados.

Contudo, como se viu, em duas categorias diferentes de graves violações pode-se ter aplicações de princípios diferentes: enquanto nas situações de genocídio e crimes contra a humanidade a trajetória ao longo do século XX e os documentos internacionais foram catalizadores no sentido de reforçar uma *opinio juris* que pudesse sustentar uma regra costumeira, o delito de tortura não goza do mesmo standard apesar do reconhecimento estatutário no interior de alguns sistemas. Do ponto de vista prático, esse reconhecimento é importante tanto por não depender do tratado quanto para reforçar perante a opinião pública certas ações estatais.

O engessamento da prescrição penal enquanto não lastreada no direito internacional é mais uma das formas de resistência à aplicação do direito internacional pelas cortes nacionais, que constantemente incorrem em interpretações que sujeitam o Estado à responsabilização internacional ou até mesmo na recusa de cumprimento de sentenças condenatórias já emitidas por órgãos responsáveis, como o Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde e o trabalho escravo. O impedimento pela inexistência de disposição penal positivada no direito doméstico reflete uma visão dualista incompatível com a própria jurisprudência da corte suprema.

O Voto Concorrente tem o mérito de encontrar um grande problema jurídico no interior de um caso de extremo significado para uma sociedade em transição. Não é certamente a principal questão do caso, mas é aquela que dele emerge e permite uma longa reflexão. Uma pesquisa mais aprofundada sobre os acontecimentos na Praça da Universidade em Bucareste em 1990 que os acontecimentos daquele ano reverberam na atualidade de maneira estridente. O modo como o Estado agiu ou deixou de agir ressoam não só nos dois indivíduos que tiveram seus direitos protegidos pela Convenção Europeia violados – ou nos outros indivíduos, que tentaram sua reparação diretamente na justiça romena – mas em toda uma sociedade que precisa fazer escolhas em relação a como lidar com o seu passado. No fundo, a imprescritibilidade de graves crimes, de crimes contra a humanidade, da realização da tortura, é uma escolha sobre o uso apropriado do tempo por uma sociedade. A ordem internacional nesse momento histórico parece dar indicações substanciais sobre a cristalização de certos princípios e regras sobre o efeito que o tempo possui sobre esses atos. *Mocanu e outros v. Romênia* não está tão distante de *Herzog e Outros v. Brasil* na medida em que demonstra que o tempo nem sempre é suficiente para balancear os interesses de uma sociedade vincada.

Referências

BRASIL. Decreto nº 98.386, de 9 de dezembro de 1989. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 nov. 1989.

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 set. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). Agravo Regimental na Extradição 1327/DF. PRISÃO PREVENTIVA – EXTRADIÇÃO – DUPLA PUNIBILIDADE – NÃO OCORRÊNCIA. Impõe-se a devolução da liberdade de ir e vir ao extraditando, uma vez que não se mostram puníveis, no Brasil, fatos semelhantes ocorridos durante o período da ditadura militar, presente a anistia bilateral, ampla e geral, prevista na Lei nº 6.683/1979. PRISÃO PREVENTIVA – EXTRADIÇÃO – PRESCRIÇÃO – LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. Incidindo a prescrição segundo a legislação brasileira – artigo 109, inciso I, do Código Penal –, considerado o transcurso de mais de quarenta anos do fato sem a ocorrência de circunstância interruptiva, cumpre afastar a custódia provisória. Relator: Min. Marco Aurélio. j. 27 jun. 2017. *Diário de Justiça Eletrônico*, 01 set. 2017. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur372424/false. Acesso em 12 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). Extradição 1362/DF. Extradição requerida pela República Argentina. Delitos qualificados pelo Estado Requerente como de lesa-humanidade. Prescrição da pretensão punitiva sob a perspectiva da Lei Penal Brasileira. Não atendimento ao requisito da dupla punibilidade (Art. 77, VI, da Lei 6.815/1980 e Art. III, C, do Tratado de Extradição). Indeferimento Do Pedido. Relator: Min. Edson Fachin. Relator do Acórdão: Min. Teori Zavascki. j. 09 nov. 2016. *Diário de Justiça Eletrônico*, p. 27 ago. 2018a. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur372796/false. Acesso em 12 mai. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. (4ª Turma). *Habeas Corpus Criminal (307) n. 1023279-03.2018.4.01.0000*. Penal. Pedido de trancamento de Processo Investigatório Criminal, cuja abertura foi determinada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde contra a República Federativa do Brasil. Competência da CIDH. Inexistência de prévia oitiva dos pacientes. Jurisdição da CIDH sobre Estados, e não sobre indivíduos. Ausência de violação ao contraditório, à presunção de inocência e à ampla defesa. Trabalho Escravo. Crime contra os Direitos Humanos. Imprescritibilidade. Ordem Denegada. Relator Convocado: Juiz Federal Saulo Casali Bahia. Brasília, 11 de dezembro de 2018b. Disponível em: https://pje2g.trf1.jus.br/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=18121210433348700000008513876. Acesso em 12 mai. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Subseção Judiciária de Marabá. *Processo n° 0005216-83.2015.4.01.3901* – 1ª Vara – Marabá. Ação Penal. Relator: Juiz Federal Marcelo Honorato. Marabá, 15 de

fevereiro de 2019b. Disponível em: https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/arquivo/abrir.php?tipo=-fs&nome=614feaa2ba93e5be14d075dd69a0afb8.pdf&size=189553. Acesso em 12 mai. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). *Apelação criminal nº 5012165-46.2018.4.04.7200/SC*. Constitucional E Penal. Anistia Política. Crimes praticados nos anos de 1967 e 1969. Anistia é irrevogável. Efeitos irreversíveis. Art. 1º da lei nº 6.683/79. Doutrina e jurisprudência. Relator: Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Porto Alegre, 2 de outubro de 2019a. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50121654620184047200&-selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&txtChave=&numPagina=1. Acesso em 12 mai. 2021.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Les 3 Cours régionales des droits de l'homme in context. Paris: Pedone, 2020

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão aprova projeto que torna imprescritíveis os crimes hediondos, tráfico de drogas e terrorismo. *Agência Câmara de Notícias*, 08 abr. 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/744156-comissao-aprova-projeto-que-torna-imprescritiveis-os-crimes-hediondos-trafico-de-drogas-e-terrorismo. Acesso em 12 mai. 2021.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CtEDH). *Case of Mocanu and others v. Romania* (Applications nos. 10865/09, 45886/07 and 32431/08). Judgement. Estrasburgo, 17 set. 2014. Voto Concorrente Juízes Pinto de Albuquerque e Vučinić.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CtIDH). *Caso Herzog e outros Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de março de 2018. Série C nº 353.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CtIDH). *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C nº 318.

DE CARVALHO RAMOS, André. Curso de Direitos Humanos. 8a. Ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LIMA, Lucas Carlos; FELIPPE, Lucas Mendes. A expansão da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos através de opiniões consultivas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, v. XXI, p. 125-166, 2021.

MADSEN, Mikael Rask; HUNEEUS, Alexandra. Between Universalism and Regional Law and Politics: A Comparative History of the American, European and African Human Rights Systems. *International Journal of Constituional Law*, Volume 16, 2018, pp. 136-160

MURPHY, Sean D. Crimes Against Humanity and Other Topics: The sixty-ninth session of the international law commission. *American Journal of International Law*, Volume 111, n. 4, 2017, p. 970-993.

ONU. *Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre o Trabalho Realizado no 69° Período de Sessões*. A/72/10. 1º de maio a 2 de junho e 3 de julho a 4 de agosto de 2017, comentário 35 ao artigo 6 do projeto de artigos sobre os crimes contra a humanidade.

Mursic v. Croacia

Opinião Parcialmente Dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque

I. Introdução (§§ 1-2)

Primeira parte (§§ 3-33)

II. *Soft Law* no direito internacional (§§ 3 9)

A. As fontes do direito internacional no Art. 38 § 1 do Estatuto da CIJ (§§ 3-7)

B. *Soft Law* onde há codificação (§ 8)

C. *Soft Law* onde há pouca ou nenhuma codificação (§ 9)

III. *Soft Law* na legislação europeia de direitos humanos (§§ 10-22)

A. O princípio constitucional da interpretação evolutiva (§§ 10-13)

B. Desformalização das fontes do direito (§§ 14-20)

C. O consenso europeu como marco conceitual da normatividade (§§ 21-22)

IV. *Soft Law* e a regra de reconhecimento do Conselho da Europa (§§ 23-33)

A. A regra de reconhecimento de uma comunidade internacional democrática (§§ 23-26)

B. O profundo compromisso de endurecimento da *soft law* (§§ 27-30)

C. A proibição constitucional de suavizar a *hard law* (§§ 31-33)

Segunda parte (§§ 34-59)

V. O endurecimento da lei prisional (§§ 34-42)

A. Em todo o mundo (§§ 34-38)

B. No Conselho da Europa (§§ 39-42)

VI. A luta contra a superlotação das prisões (§§ 43-47)

A. O espaço habitacional mínimo disponível nos parâmetros do CICV (§§ 43-45)

B. O espaço mínimo de vida nas RPE (§§ 46-47)

VII. A aplicação das normas da Convenção ao presente caso (§§ 48-59)

A. A contraditória abordagem cumulativa da maioria (§§ 48-53)
B. Uma abordagem cumulativa *pro persona* e coerente (§§ 54-59)
VIII. Conclusão (§§ 60-63)

I. Introdução (§§ 1-2)

1. Ao contrário da maioria, votei a favor de declarar uma violação ao Art. 3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos ("a Convenção") com relação à colocação do requerente na prisão de Bjelovar, durante todo o período em que ele dispôs de menos de quatro metros quadrados de espaço pessoal.

2. Como a maioria supõe que ela não estão vinculada aos parâmetros estabelecidos pelo Comitê de Ministros, o Comitê de Prevenção da Tortura ("CPT") e o Conselho de Cooperação Penológica ("CCP") do Comitê Europeu sobre Problemas Criminais ("CEPC") do Conselho da Europa, eu abordo, na primeira parte desta opinião, a questão crucial de fundo sobre a natureza jurídica destes parâmetros.[677] Após uma nota introdutória sobre o papel da *soft law* no direito internacional geral, recorro a uma análise detalhada de sua função específica dentro do direito europeu dos direitos humanos, pela qual procuro provar que a interpretação evolutiva, o consenso europeu e o endurecimento da *soft law* compõem os três pilares do sistema normativo do Conselho da Europa. Para os propósitos limitados desta opinião, eu procedo a uma discussão sobre a regra de reconhecimento do Conselho da Europa, tendo em vista seu compromisso de longa data e profundamente enraizado com o endurecimento da *soft law* em certos campos jurídicos, com vistas à "maior realização dos direitos humanos" e ao "progresso econômico e social" na Europa.

Posteriormente, na segunda parte desta opinião, mostrarei que tem havido uma tendência pan-europeia e mundial em direção ao endurecimento da *soft law* prisional, em vista do fenômeno da superlotação carcerária. Demonstrarei ainda que as Regras Penitenciárias Europeias ("RPE") são o protótipo de *soft law* endurecida no sistema normativo do Conselho da Europa. Com base nos parâmetros cristalinos estabelecidos nesta *soft law* endurecida, concluo que a maioria está equivocada quando acha que áreas de três metros quadrados, e ainda menos de chão, em acomodações de ocupação múltipla nas prisões não violam o Art. 3 da Convenção.

677 Usei a expressão "*soft law*" na minha opinião anexada ao julgamento no caso *Herrmann v. Alemanha* [GC], n. 9300/07, 26 de junho de 2012. Eu não defini a palavra na época, mas acho necessário fazê-lo agora. Esta é a finalidade dos §§ 3-9 desta opinião.

Primeira Parte (§§ 3-33)

II. *Soft Law* no direito internacional (§§ 3-9)

A. As fontes do direito internacional no Art. 38 § 1 no Estatuto da CIJ (§§ 3-7)

3. A *soft law* tem sido considerada uma contradição em termos inerentemente redundante e até mesmo perniciosa. Para alguns, é uma frase vazia disfarçando uma concepção inflada do direito internacional, uma tentativa de impor aos Estados compromissos políticos com os quais eles não desejavam consentir em primeiro lugar.[678] Para outros, a *soft law* é uma "cobertura para o poder", escondendo o amplo poder e influência de alguns Estados e atores não estatais na arena internacional, um instrumento problemático que contorna o consentimento do Estado e, portanto, o processo democrático interno de ratificação[679]. Em ambos os casos, o princípio de Estados soberanos e iguais está supostamente em perigo.

4. É certo que a *soft law* não está incluída entre as fontes clássicas do direito internacional listadas no Estatuto da Corte Internacional de Justiça ("o Estatuto da CIJ"). Qualquer tentativa jurisprudencial ou doutrinária de ampliar essa lista traz consigo um pesado ônus de prova. Mais ainda, a crítica prossegue, pois a desformalização das fontes de direito prejudicaria a clareza e a previsibilidade proporcionadas por uma abordagem binária da definição do direito internacional. Dito de forma simples, a *soft law* não seria senão um subproduto da política, causando um desvio inexorável para a anarquia e a aleatoriedade e, portanto, um desserviço à função essencial do direito internacional[680]. As reivindicações por um retorno ao tudo ou nada, ao preto e branco, à simplicidade binária, que por si só poderia enfrentar a complexidade cotidiana com seu rigor dicotômico simplificador, foram levantadas contra o cataclísmico Leviatã da *soft law*.

Mas o argumento extraído do Estatuto da CIJ não é decisivo na batalha ferrenha entre adversários e defensores da *soft law*.

5. O art. 38 do Estatuto da CIJ, que corresponde ao art. 38 do Estatuto da antiga Corte Permanente de Justiça Internacional, não é exaustivo em si mes-

678 Prosper Weil, "Towards relative normativity in international law?", in *American Journal of International Law*, volume 77 (1983), p. 441

679 Para uma crítica corrosiva, ver Klabbers, "The Undesirability of Soft Law", in *Nordic Journal of International Law* 67 (1998), p. 391; e Koskenniemi, "Formalism, Fragmentation, Freedom: Kantian Themes in Today's International Law", (2007) 4 *No Foundations*, p. 18.

680 Ver, dentre outros escritos críticos, Jean d'Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford, 2011, e "The Politics of Deformalization in International Law", *Goettingen Journal of International Law* 3 (2011) 2, 503-550.

mo, tendo em vista, por exemplo, a existência de atos jurídicos unilaterais[681] ou atos jurídicos de organizações internacionais. À luz da mudança copernicana no direito internacional após a Segunda Guerra Mundial[682], seria difícil sustentar que o art. 38 é uma disposição imutável e enumerativa, que petrificou o direito internacional de uma vez por todas, de acordo com seu estágio de desenvolvimento em 1920.

6. Como a questão não está encerrada pelo Estatuto da CIJ, ela pode ser convenientemente reformulada se a *soft law* for confrontada com a *hard law*, a fim de verificar suas respectivas características essenciais e o valor agregado da *soft law*, se houver.

Nenhum parâmetro jurídico substantivo único é decisivo para fins de distinção entre direito internacional rígido (*hard*) e direito internacional brando (*soft*). Assim como a *hard law*, a *soft law* visa a estabelecer uma regra geral de conduta para seus destinatários. Ambas exibem uma reivindicação normativa, com uma estrutura semelhante à de um mandamento, que pode ser formulada com terminologia mais ou menos exata e conteúdo preciso. Independentemente das múltiplas formas que assume, a *soft law* pode aparecer como qualquer outra norma de tratado ou direito consuetudinário pronta para ser aplicada. Como complicação adicional, o direito internacional não é inteiramente rígido em termos de sua aplicabilidade e justiciabilidade. Tradicionalmente, a falta de medidas de execução e de controle judicial torna o direito internacional brando.

7. No entanto, o direito internacional *soft* é distinto e distinguível do direito rígido por suas consequências. Apesar de sua reivindicação normativa, a *soft law* pode, em princípio, ser desconsiderada sem as consequências clássicas da responsabilidade por atos ilícitos internacionais. Mas sua inobservância pode trazer consequências adversas. Portanto, os destinatários da *soft law* não são inteiramente livres para não a seguir, pois podem ter que suportar outras consequências negativas de tal escolha. Estas não são de natureza meramente moral, política ou reputacional.

B. *Soft law* onde há codificação (§ 8)

8. Onde existe direito convencional, a *soft law* complementar pode revelar a intenção de seus autores[683]. Ao mesmo tempo em que fortalece os compromissos normativos embutidos nos aspectos vinculantes do direito convencional, a *soft law* se soma à sua densidade normativa e coerência[684]. Ela também facilita a aplicação de instrumentos vinculantes, resolvendo questões complexas e técnicas que não estavam previstas quando foram aprovadas ou impasses que não tinham sido previstos. Ela os adapta mais facilmente às necessidades mutáveis das organizações, instituições e sociedades[685].

C. *Soft law* onde há pouca ou nenhuma codificação (§ 9)

9. Quando não há nenhuma codificação ou há codificação insuficiente do direito internacional, a *soft law* conta como uma prática relevante das organizações internacionais, Estados e operadores não estatais. Quando uma questão legal se torna objeto de *soft law* internacional, ela não faz mais parte do domínio reservado dos Estados e isso abre caminho para um futuro direito internacional vinculante baseado no consentimento do Estado[686]. Pode, em última instância, ser formativa da *opinio juris* e da prática estatal que gera o direito internacional consuetudinário[687].

Significativamente, nenhum esforço foi feito até hoje para esclarecer a forma como o Conselho da Europa – e especialmente a Corte – utiliza *soft law*, apesar da proliferação de todo tipo de fontes desformalizadas de direito em seu discurso jurídico e algumas críticas quanto ao turvamento das águas entre direito e política na leitura da Convenção feita pela Corte[688]. As seguintes reflexões pro-

681 O argumento foi admitido pela própria CIJ no caso *Testes Nucleares (Austrália v. França), Julgamento, Relatórios CIJ 1974*, § 46.

682 Sobre esta mudança, ver minha opinião anexada ao julgamento em *Al Dulimi e Montana Management Inc. v. Suíça* [GC], n. 5809/08, 21 de junho de 2016.

683 Não estou me referindo aqui à categoria de casos em que uma regra de tratado faz referência a normas não legais, cujo respeito é tornado obrigatório por tal referência, como o art. 18 (1) (b) e (c) da Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear. Nesta categoria de casos, a incorporação das normas não-legais no direito rígido muda a natureza dessas normas. Estes são, portanto, instrumentos impróprios de *soft law*. No texto, quero dizer apenas instrumentos adequados de *soft law*, que são complementares à *hard law*, mas que não foram formalmente absorvidos por ela. Este é o caso, por exemplo, quando instrumentos de *hard law* e *soft law* tratam de uma matéria sobreposta e o preâmbulo de um tratado se refere a um instrumento de *soft law*.

684 Ver *Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado, Opinião Consultiva, Relatórios da CIJ 2004*, p. 171, § 86, que se refere a "resoluções relevantes adotadas em conformidade com a Carta pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança" como fontes de regras e princípios do direito internacional que são relevantes na avaliação da legalidade das medidas tomadas por Israel. Essas regras e princípios podem ser encontrados na Carta das Nações Unidas, em outros tratados, no direito internacional consuetudinário e as resoluções são interpretativas desses instrumentos. Ver ainda, *Projeto Gabcikovo-Nagymaros (Hungria/Eslováquia), Julgamento, Relatórios da CIJ 1997*, pp. 77-78, § 140, que se refere a "novas normas e padrões" que foram desenvolvidos no campo do direito ambiental, estabelecidos em um grande número de instrumentos nas últimas duas décadas, afirmando que "[t]ais novas normas devem ser levadas em consideração, e tais novas normas devem ter o devido peso, não apenas quando os Estados contemplam novas atividades, mas também quando prosseguem com atividades iniciadas no passado".

685 A escolha entre hard e *soft law* é mais frequentemente enquadrada em termos de obrigações codificadas em tratados, sem menção de obrigações condensadas em leis costumeiras não-negociadas, não escritas e universais. Foi afirmado que a *soft law* tornou o direito consuetudinário obsoleto. Também foi levantada a alegação de que uma certa aceleração do processo de formação de costumes, à luz da jurisprudência da CIJ, poderia tornar desnecessária a *soft law*. Nenhuma dessas alegações é confirmada pela jurisprudência da Corte, como será explicado abaixo.

686 Um dos exemplos mais reveladores é a Convenção Internacional das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adotada em 21 de dezembro de 1965, que se baseou na Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pela Resolução da Assembleia Geral 1904 (XVIII), de 20 de novembro de 1963.

687 Ver *Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares, Opinião Consultiva, Relatórios da CIJ 1996*, p. 255, § 70, e *Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicarágua v. Estados Unidos da América), Mérito, Julgamento, Relatórios CIJ 1986*, p. 100, §§ 188 e 191.

688 Com as louváveis exceções de Luis Lopez Guerra, "Soft law y sus efectos en el ámbito del derecho

curam fornecer tal conceitualização.

III. *Soft law* no direito europeu dos direitos humanos (§§ 10 22)

A. O princípio constitucional da interpretação evolutiva (§§ 10 13)

10. A Convenção não pode ser interpretada em um vácuo, mas deve ser interpretada em harmonia com outro direito internacional e *soft law*. Desde *Golder*, devem ser levados em conta quaisquer princípios e regras relevantes do direito internacional aplicáveis nas relações entre as partes, como indicado no art. 31 § 3 (c) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969[689]. Do ponto de vista da Corte, não há diferença metodológica entre a interpretação do direito internacional dos direitos humanos e outro direito internacional, ou entre tratados contratuais e tratados legislativos, e, portanto, ela assume que os mesmos métodos interpretativos podem ser aplicados em ambos os campos do direito internacional. Assim, a Corte Europeia de Direitos Humanos ("a Corte") se afasta da posição contestada de que existem "regimes autocontidos" dentro do direito internacional[690]. Como o juiz Rozakis tão elegantemente disse, os juízes de Estrasburgo "não operam no esplêndido isolamento de uma torre de marfim construída com material proveniente unicamente das invenções interpretativas da [Corte] ou dos Estados parte[s] da Convenção"[691].

11. Esta metodologia é justificada pelo princípio fundamental de interpretação da Corte, segundo o qual a Convenção deve ser interpretada à luz das condições atuais[692]. Foi no caso seminal de *Tyrer v. Reino Unido* que a Corte utilizou pela primeira vez o lema "a Convenção como um instrumento vivo", cuja interpretação deve levar em conta a evolução das normas do direito nacional e internacional[693]. Profundamente arraigada no direito constitucional estaduni-

europeo de los derechos humanos", in *Teoría y derechos*, vol. 11 (2012), p. 150-67; Tulkens *et al*, "Le soft law et la Cour Europeénne des droits de l'homme : Questions de légitimité et de méthode", in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 23 (2012), no. 91, pp. 433-89, and Tulkens and van Drooghenbroeck, "Le soft law des droits de l'homme est-il vraiment si soft? Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l'homme", in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Brussels, 2008, pp. 505-26. Outros estudos mais gerais, como o projeto da New York University School of Law sobre Direito Administrativo Global, o projeto de Heidelberg sobre Direito Institucional Internacional e o exercício da autoridade pública internacional e o projeto sobre Direito Internacional Informal promovido pelo Instituto de Haia para a Internacionalização do Direito, não trataram especificamente deste tema.

689 *Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, § 29, Série A n. 18.

690 Este argumento já foi feito em minhas opiniões em *Al-Dulimi and Montana Management Inc.*, mencionado acima, § 71, *Sargsyan v. Azerbaijão* [GC], n. 40167/06, CtEDH 2015, nota de rodapé 23, e *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. România* [GC], n. 47848/08, CtEDH 2014, nota de rodapé 14.

691 Rozakis, "The European Judge as Comparatist", *Tulane Law Review*, 2005, p. 278.

692 *Tyrer v. Reino Unido*, 25 April 1978, § 31, Série A n. 26

693 Ibid., § 31, e mais tarde repetido em muitos outros casos, como por exemplo em *Soering v. Reino Unido*, 7 Julho 1989, § 102, Série A n. 161.

dense[694] e canadense[695] desde o início do século XX, esta técnica de interpretação foi introduzida no direito europeu dos direitos humanos em 1978.

12. Em *Tyrer*, confrontado com os argumentos apresentados pelo Procurador Geral da Ilha de Man sob o antigo art. 63 da Convenção de que, "tendo em devida consideração as circunstâncias locais da Ilha", o uso continuado de castigos corporais judiciais em escala limitada se justificava como forma de dissuasão, a Corte respondeu (§ 38):

> "é notável que na grande maioria dos Estados membros do Conselho da Europa os castigos corporais judiciais não são, ao que parece, utilizados e, de fato, em alguns deles, nunca existiram nos tempos modernos; ... Se nada mais, isto lança dúvidas sobre se a existência desta punição é uma necessidade para a manutenção da lei e da ordem em um país europeu".

Ao concluir que a Ilha de Man deve ser encarada como compartilhando plenamente "o patrimônio comum de tradições políticas, ideais, liberdade e Estado de direito" ao qual se refere o Preâmbulo da Convenção, a Corte rejeitou a ideia de que havia necessidades locais que afetavam a aplicação do Art. 3 na Ilha de Man e, consequentemente, considerou que a punição corporal judicial do requerente constituía uma violação a esse Art..

13. Assim, desde o início da existência da Corte, a interpretação evolutiva da Convenção esteve estreitamente ligada à necessidade de uma leitura consensual do texto, baseada na consideração do quadro jurídico interno da "grande maioria" dos Estados membros do Conselho da Europa e, em última instância, do patrimônio comum de tradições políticas, ideais, liberdade e Estado de Direito, ao qual o Preâmbulo faz referência.

B. Desformalização das fontes do direito (§§ 14 20)

14. Em Estrasburgo, a *soft law* forneceu, e ainda fornece, a mais importante fonte de cristalização do consenso europeu e o patrimônio comum de valores. De fato, logo após *Tyrer*, a Corte deu o passo fundamental de ampliar o leque de fontes

694 *Missouri v. Holland* 252 U.S. 416 (1920). Ao escrever a opinião da maioria, o Ministro Holmes fez esta observação sobre a natureza da constituição: "Com relação a isso, podemos acrescentar que quando estamos tratando de palavras que também são um ato constituinte, como a Constituição dos Estados Unidos, devemos nos dar conta de que eles chamaram para a vida um ser cujo desenvolvimento não poderia ter sido previsto completamente pelo mais talentoso de seus geradores. Bastava que eles se dessem conta ou tivessem esperança de que tinham criado um organismo; levou um século e custou muito suor e sangue a seus sucessores para provar que tinham criado uma nação. O caso que temos diante de nós deve ser considerado à luz de toda nossa experiência e não apenas do que foi dito há cem anos". A referência da Suprema Corte à "evolução dos padrões de decência" também é entendida como uma clara menção ao "constitucionalismo vivo" (ver *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958): "As palavras da [Oitava] Emenda não são precisas, e ... seu escopo não é estático. A Emenda deve extrair seu significado da evolução dos padrões de decência que marcam o progresso de uma sociedade amadurecida").

695 *Henrietta Muir Edwards e outros v. The Attorney General of Canada* [1929] UKPC 86, [1930] A.C. 124 (18 de outubro de 1929). O caso não só é memorável porque estabeleceu que as mulheres canadenses eram elegíveis para serem nomeadas senadoras, mas também porque introduziu a "doutrina da árvore viva" no direito constitucional canadense, segundo a qual a constituição é orgânica e deve ser lida de forma ampla e liberal, de modo a adaptá-la às mudanças dos tempos.

de direito à luz do qual o consenso europeu pode ser estabelecido. Em *Marckx v.* Bélgica[696], a Corte levou em consideração os valores comuns europeus baseados no direito interno da "grande maioria" dos Estados membros do Conselho da Europa, assim como a Convenção de 1962 sobre o Estabelecimento da Filiação Materna de Crianças Naturais, preparada pela Comissão Internacional do Estado Civil, e assinada mas não ratificada pelo Estado requerido, a Convenção do Conselho da Europa de 1975 sobre o Estatuto Jurídico das Crianças nascidas fora do Matrimônio, nem mesmo assinada pelo Estado requerido, e por último a Resolução do Comitê de Ministros (70) 15 de 15 de maio de 1970 sobre a proteção social das mães solteiras e seus filhos. Ao argumento de que as convenções de 1962 e 1975 tinham apenas um pequeno número de partes, a Corte respondeu (ibidem, § 41):

> "Ambas as Convenções relevantes estão em vigor e não há razão para atribuir o número atualmente pequeno de Estados contratantes a uma recusa em admitir a igualdade entre crianças 'ilegítimas' e 'legítimas' no ponto em consideração. Na verdade, a existência destes dois tratados denota que existe uma clara base de entendimento nesta área entre as sociedades modernas".

Espelhando as técnicas interpretativas dos tribunais constitucionais, a Corte foi ainda mais longe e modulou os efeitos de seu julgamento em vista do princípio da segurança jurídica, "que é necessariamente inerente ao direito da Convenção como ao direito comunitário", dispensando o Estado requerido de reabrir atos jurídicos ou situações que antecederam a prolação do julgamento. Para esse fim, fez referência ao fato de que "uma solução semelhante [foi] encontrada em certos Estados Contratantes com um tribunal constitucional: seu direito público limit[ou] o efeito retroativo das decisões daquele tribunal que anula[ram] a legislação"[697]. Como se fosse uma Corte Constitucional Europeia, a Corte recorreu ao princípio da segurança jurídica para atribuir a si o poder implícito de modulação do efeito temporal de seus próprios julgamentos.

15. Mais tarde, em *Mazurek v. França*[698], a Corte invocou novamente a Convenção sobre o Estatuto Jurídico das Crianças nascidas fora do Matrimônio, que naquela época havia sido ratificada por apenas um terço dos Estados membros do Conselho da Europa, mas não pelo Estado requerido, como prova da "grande importância" atribuída pelos Estados membros à igualdade de tratamento jurídico das crianças nascidas fora do matrimônio.

16.Nos casos de *Christine Goodwin*[699], *Vilho Eskelinen*[700], e *Sørensen e Rasmussen*[701], a Corte foi guiada pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, mesmo que este instrumento ainda não fosse vinculante. Além disso, em

696 *Marckx v.* Bélgica, 13 June 1979, Série A n. 31
697 Ibid., § 58.
698 *Mazurek v. França*, n. 34406/97, § 49, CtEDH 2000-II.
699 *Christine Goodwin v. Reino Unido* [GC], n. 28957/95, CtEDH 2002-VI.
700 *Vilho Eskelinen e outros v. Finlândia* [GC], n. 63235/00, CtEDH 2007-II.
701 *Sørensen and Rasmussen v. Dinamarca* [GC], n. 52562/99 and 52620/99, CtEDH 2006-I.

McElhinney[702], a Corte tomou nota da Convenção Europeia sobre Imunidades dos Estados, que na época havia sido ratificada por oito Estados membros, não incluindo o Estado requerido. Em *Glor*[703], a Corte se referiu à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como a base de "um consenso europeu e mundial sobre a necessidade de proteger as pessoas com deficiência contra tratamento discriminatório", apesar de os fatos relevantes terem ocorrido antes da adoção da Convenção pela Assembleia Geral das Nações Unidas e o Estado demandado não ter ratificado a Convenção no momento do julgamento da Corte.

17. Finalmente, no caso histórico de *Demir e Baykara v. Turquia*, após reiterar o princípio de que:

> "a Convenção é um instrumento vivo que deve ser interpretado à luz das condições atuais e de acordo com a evolução do direito internacional, de modo a refletir o padrão cada vez mais elevado exigido na área da proteção dos direitos humanos, necessitando assim de maior firmeza na apreciação das violações dos valores fundamentais das sociedades democráticas"

e tendo em conta os desenvolvimentos do direito do trabalho, tanto internacional quanto nacional, e a prática pertinente dos Estados contratantes, a Corte concluiu que o direito de negociar coletivamente com o empregador tornou-se, em princípio, um dos elementos essenciais do direito de formar e aderir a sindicatos para a proteção dos interesses estabelecidos no art. 11 da Convenção. Para esse fim, citou as convenções relevantes da OIT, que o Estado requerido havia ratificado, as interpretações correspondentes do Comitê de Peritos da OIT, assim como o art. 28 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o art. 6 § 2 da Carta Social Europeia, que a Turquia não havia ratificado, a interpretação deste art. pelo Comitê Europeu de Direitos Sociais e o Princípio 8 da Recomendação N. R (2000) 6 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa sobre o status dos funcionários públicos na Europa[704].

18. Em outras palavras, para fins de interpretação da Convenção, a relevância jurídica das normas de direitos humanos estabelecidas em outros tratados e convenções não depende nem do número das respectivas partes que os ratificaram, nem do número de Estados membros do Conselho da Europa vinculados por elas, nem mesmo se o próprio Estado requerido as ratificou. Assim, sob a lei europeia de direitos humanos, a *hard law* está profundamente entrelaçada com a *soft law*.

702 *McElhinney v. Irlanda* [GC], n. 31253/96, CtEDH 2001-XI.
703 *Glor v. Suíça*, n. 13444/04, § 53, CtEDH 2009.
704 *Demir e Baykara v. Turquia* [GC], n. 34503/97, §§ 146-54, CtEDH 2008-VI. No § 78, a Corte declarou, de forma notavelmente clara, o seguinte: "A Corte observa a este respeito que, ao buscar uma base comum entre as normas do direito internacional, nunca fez distinção entre as fontes de direito, conforme elas tenham ou não sido assinadas ou ratificadas pelo Estado requerido". Outra característica desta sentença que vale a pena mencionar é que a Corte às vezes se referiu à situação do direito interno na "grande maioria" dos Estados (§§ 76, 79) e outras vezes na "maioria" dos Estados (§§ 82, 85, 106, 165). No § 151, refere-se a ambos! Isto mostra claramente que a Corte não deu muita relevância ao peso quantitativo da maioria relevante para fins de construção de um consenso europeu, admitindo que tal maioria pode muito bem ser estreita, quando articulada com outras fontes do direito internacional.

19. A interpretação evolutiva da Convenção também levou a Corte a apoiar seu raciocínio com referências a normas emanadas de outros órgãos do Conselho da Europa, mesmo que esses órgãos não tenham a função de representar os Estados Partes na Convenção, sejam mecanismos de supervisão ou órgãos especializados. A fim de interpretar o alcance exato dos direitos e liberdades garantidos pela Convenção, a Corte fez uso, por exemplo, do trabalho da Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância ("CERI")[705] e da Comissão Europeia para a Democracia por meio do Direito ("Comissão de Veneza")[706].

C. O CONSENSO EUROPEU COMO MARCO CONCEITUAL DA NORMATIVIDADE (§§ 21 22)

20. Da formulação seminal do consenso europeu em *Tyrer* emana uma visão de uma democracia deliberativa e internacional na qual uma proporção majoritária ou representativa das Partes Contratantes da Convenção é considerada para falar em nome de todos e, portanto, tem o direito de impor sua vontade a outras Partes. Como uma questão de princípio constitucional que orienta o Conselho da Europa, o consenso é desacoplado da unanimidade. O consenso enquanto vontade geral ainda pode existir, mesmo que nem todas as Partes Contratantes concordem na mesma leitura da Convenção[707].

Como foi demonstrado acima, não se pode argumentar hoje que os pais fundadores não queriam que isso acontecesse, e que os Estados foram presos em compromissos com os quais não estavam de acordo[708]. O agora desgastado argumento da falta de consentimento do Estado é às vezes acompanhado, como o outro lado da moeda, pela crítica não menos *démodé* sobre a falta de legitimidade política da Corte para interpretar de forma inovadora a Convenção, menos ainda para criar leis[709], utilizando a *soft law* para contornar os órgãos legislativos competentes e para desprezar os princípios da democracia, do Estado de direito e da subsidiariedade[710]. Subjacente a este discurso está quase invariavelmente o lema soberanista em *dubio pro mitius.*

705 A primeira vez em que a Corte citou uma Recomendação de Política Geral do CERI foi em *Beard v. Reino Unido* [GC], n. 24882/94, § 70, 18 Janeiro 2001. A fonte citada foi a Recomendação N. 3: Combatendo Racismo e Intolerância contra Roma/Ciganos.

706 O primeiro caso em que a Corte citou a Comissão de Veneza foi *Hirst v. Reino Unido* (N. 2), n. 74025/01, § 24, 30 de março de 2004. A fonte citada foi o Código de Boas Práticas em Matéria Eleitoral, adotado pela Comissão de Veneza em sua 51ª sessão plenária (5-6 de julho de 2002).

707 É altamente simbólico que a Corte recorra a esta expressão histórica e filosoficamente muito carregada (*volonté générale*) na versão francesa de *Demir e Baykara*, citada acima, § 84.

708 Ver acima, nota de rodapé 13.

709 Ver nesta crítica minha opinião anexa ao *Centre for Legal Resources em nome de Valentin Câmpeanu*, citada acima.

710 É interessante notar que uma crítica semelhante foi feita pelo Parlamento Europeu ao uso de instrumentos de *soft law* pela Comissão, que foi acusada de agir ultra vires e estender a competência da União além do princípio de compétence d'attribution (Resolução do Parlamento Europeu de 4 de setembro de 2007 sobre implicações institucionais e legais do uso de instrumentos de "*soft law*" (2007/2028(INI)).

21. O Preâmbulo coloca a Convenção no contexto dos objetivos gerais do Conselho da Europa, com o objetivo de criar "maior unidade" entre seus Estados membros, com base em "um entendimento e observância comuns dos Direitos Humanos dos quais eles dependem". No Estatuto do Conselho da Europa, a linguagem utilizada faz referência não apenas a uma "unidade mais estreita entre todos os países da Europa com os mesmos interesses", mas também a uma "organização que aproximará os Estados europeus". O primeiro artigo do Estatuto estabelece como objetivo do Conselho "alcançar uma maior unidade entre seus membros com o objetivo de salvaguardar e realizar os ideais e princípios que são seu patrimônio comum e facilitar seu progresso econômico e social". Nos termos explícitos do Estatuto, a realização desses ideais e princípios justifica "acordos e ações comuns" em todas as áreas relevantes da vida social (econômica, social, cultural, científica, jurídica e administrativa) e "na manutenção e posterior realização dos direitos humanos e das liberdades fundamentais". Nenhuma palavra melhor poderia proclamar a primazia das obrigações de direitos humanos em todas as áreas de governança. O princípio *in dubio pro persona* não poderia encontrar uma formulação melhor. Assim, o progresso social e econômico está intimamente ligado ao progresso dos direitos humanos, representando dois lados da mesma moeda.

22. Sendo assim, a interpretação evolutiva, o consenso europeu e o endurecimento da *soft law* compõem os três pilares do sistema normativo europeu, dentro dos quais o consentimento do Estado é relevante. Baseada nestes pilares desde o início, e animada por uma busca comum pelo "progresso econômico e social", a ordem jurídica do Conselho da Europa não pode mais ser confundida com o tradicional acordo internacional de egoísmos justapostos. A soberania não é mais um dado absoluto, como nos tempos de Vestfália, mas uma parte integrante de uma comunidade que defende os direitos humanos[711].

Neste contexto, a Convenção não pode deixar de ser interpretada à luz dos "acordos" formalmente vinculantes (isto é, tratados)[712] e da imensa gama de "ações comuns" formalmente não vinculantes realizadas pelos órgãos políticos e técnicos do Conselho da Europa[713], tais como recomendações, diretrizes

711 Sobre este ponto, ver minha opinião anexada a *Sargsyan*, citada acima.

712 Existem dois tipos de tratados do Conselho da Europa: os tratados de harmonização que procuram alcançar a harmonização da legislação nacional e os tratados de cooperação que visam facilitar e melhorar a cooperação internacional entre as agências nacionais de aplicação da lei (ver Bartsch, "The Implementation of Treaties Concluded within the Council of Europe", in Jacobs and Roberts (eds), *The Effect of Treaties in Domestic Law*, 1987, p. 197; "The specificity and added value of the acquis of the Council of Europe treaty law", Documento de trabalho preparado por Jeremy McBride, AS/Jur (2009) 40, 17 de setembro de 2009.

713 Como a própria Corte o colocou em *Soltysyak v.* Rússia, n. 4663/05, § 51, 10 de fevereiro de 2011: "A Corte reitera sua abordagem constante de levar em conta os instrumentos e relatórios internacionais relevantes, e em particular os de outros órgãos do Conselho da Europa, a fim de interpretar as garantias da Convenção e de estabelecer se existe uma norma europeia comum no tópico".

e declarações de seu Comitê de Ministros[714]. Além disso, a própria Convenção apela para uma abordagem aberta ao direito internacional e à *soft law*, uma vez que se inspira na Declaração Universal dos Direitos Humanos, como afirma o Preâmbulo, e permanece aberta a outros instrumentos legais, tanto domésticos como internacionais, quando estes oferecem uma melhor proteção dos direitos humanos (art. 53 da Convenção). Em suma, esta latitude interpretativa é ditada pela letra e pela própria natureza e finalidade da própria Convenção.

IV. A *SOFT LAW* E A REGRA DE RECONHECIMENTO DO CONSELHO DA EUROPA (§§ 23-33)

A. A REGRA DE RECONHECIMENTO DE UMA COMUNIDADE INTERNACIONAL DEMOCRÁTICA (§§ 23-26)

23. No direito europeu dos direitos humanos, ainda prevalece uma teoria formal das fontes do direito. Com base na doutrina que a Corte Internacional de Justiça expõe em sua *Plataforma Continental do Mar do Norte* e *Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicarágua v. Estados Unidos da América)*[715], a Corte admite que uma disposição do tratado pode tornar-se direito internacional consuetudinário se as seguintes condições forem preenchidas: a disposição em questão deve ser de caráter fundamentalmente normalizador, de modo a poder ser considerada como a base de uma norma geral de direito; deve haver a correspondente prática consolidada dos Estados e prova de uma crença de que tal prática é tornada obrigatória pela existência de uma norma de direito que a exija (*opinio juris sive necessitatis*)[716]. A Corte também expressou sua posição sobre a existência de normas peremptórias no direito internacional, como a proibição da tortura[717] ou a proibição de genocídio[718].

714 Sobre o direito do Conselho da Europa, ver Kleijssen, "Council of Europe standard-setting in the human rights field", in *NJCM-Bulletin*: jaarg. 35, nr. 7 (nov. - dez. 2010), pp. 897-904; Benoit-Rohmer e Klebes, *Council of Europe Law - Towards a pan-European legal area*, Strasbourg: Council of Europe Press, 2005; Polakiewicz, *Treaty-making in the Council of Europe*, Strasbourg, Council of Europe Press, 1999. Como colocado por Kleijssen, os instrumentos de *soft law* no Conselho da Europa "são geralmente adotados por todos os Estados membros e, portanto, representam uma posição europeia comum que se refere a normas juridicamente vinculantes (como a jurisprudência da Corte)". Isto significa que "a relação entre a jurisprudência da Corte e outras normas do Conselho da Europa não é circular, mas poderia ser descrita como uma espiral, ou mesmo como uma simbiose".

715 *Plataforma Continental do Mar do Norte, Julgamento, Relatórios da CIJ 1969*, pp. 41-44, §§ 71-78 e *Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicarágua v. Estados Unidos da América), Mérito, Julgamento, Relatórios da CIJ 1986*, p. 98, § 186.

716 Ver sobre a teoria formal das fontes de direito da Corte, *Vasiliauskas v. Lituânia* [GC], n. 35343/05, §§ 165-75, CtEDH 2015; *Perinçek v. Suíça* [GC], n. 27510/08, §§ 266-68, CtEDH 2015; *Jones e Outros v. Reino Unido*, n. 34356/06 e 40528/06, §§ 88-94 e 202-215, CtEDH 2014; *Hirsi Jamaa e Outros v. Itália* [GC], n. 27765/09, § 75, CtEDH 2012; *Van Anraat v. Países Baixos* (dec.), n. 65389/09, §§ 90-92, 6 de julho de 2010; *Kononov v. Letônia* [GC], n.. 36376/04, §§ 203, 211, 215 e 221, CtEDH 2010, e a opinião divergente no caso do juiz Costa, acompanhado dos juízes Kalaydjieva e Poalelungi; *Medvedyev e outros v. França* [GC], n. 3394/03, §§ 65, 85 e 92, CtEDH 2010; *Cudak v. Lituânia* [GC], n. 15869/02, § 66, CtEDH 2010; *Stoll v. Suíça* [GC], n. 69698/01, § 59, CtEDH 2007-V; *Al-Adsani v. Reino Unido* [GC], n. 35763/97, §§ 61-66, CtEDH 2001-XI; e *Banković e Outros v.* Bélgica e Outros (dec.) [GC], n. 52207/99, § 66, CtEDH 2001-XII. Em *Jones e Outros*, citado acima, § 198, a Corte considerou a jurisprudência da CIJ como "dotada de autoridade no que diz respeito ao conteúdo do direito internacional consuetudinário". Tem sido argumentado que uma certa aceleração do processo de formação de costumes, à luz da doutrina da CIJ, poderia tornar desnecessária uma *soft law*, mas a jurisprudência da Corte não confirma este ponto de vista.

No entanto, como já foi demonstrado, não há distinção binária e estanque entre *hard law* e não direito (*non-law*), uma vez que o direito europeu dos direitos humanos evolui através de uma rica gama de fontes que não necessariamente compartilham as características clássicas e formais do *hard law* internacional[719]. A "maior realização dos direitos humanos" exige um certo grau de desformalização, sem abandonar a teoria formal das fontes de direito. De fato, em Estrasburgo nunca houve o monopólio do formalismo no estabelecimento do direito internacional.

24. Entretanto, a desformalização inerente ao direito europeu dos direitos humanos não é sinônimo de dissolução niilista da legalidade, e há uma razão muito fundamental para isso. Na ordem jurídica do Conselho da Europa, o consentimento do Estado é enquadrado no contexto de uma perspectiva cosmopolita da universalidade dos direitos humanos e de uma compreensão dialógica do patrimônio comum de valores das sociedades europeias.

25. No Conselho da Europa, a regra de reconhecimento não é mais um mecanismo de criação de parâmetros do tipo *Lotus*[720], centrado no Estado, estritamente bilateral, exclusivamente voluntarista, de cima para baixo, mas um mecanismo de criação de parâmetros do tipo democrático, centrado no indivíduo, amplamente multilateral, propositalmente consensual, de baixo para cima, que envolve Estados europeus e outros atores não estatais europeus e não europeus. Distanciando-se de um *jus inter gentes* ultrapassado, a ordem jurídica do Conselho da Europa tornou-se um verdadeiro *jus gentium*, baseado em um sistema legislativo internacional participativo, responsável e multinível, que não é de competência dos Estados[721].

717 *Al-Adsani*, citado acima, § 61.

718 *Jorgić v. Alemanha*, n. 74613/01, § 68, CtEDH 2007III.

719 A tipologia destas formas é imensamente rica. Elas incluem acordos internacionais não convencionais, como a Ata Final de Helsinki (ver, por exemplo, *Partido da Liberdade e Democracia (ÖZDEP) v. Turquia*, n. 23885/94, § 40, 8 de dezembro de 1999); tratados não ratificados pelo Estado requerido (ver, por exemplo, *Marckx*, citado acima); declarações de organizações internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e outras declarações da Assembleia Geral (ver, por exemplo, *K.- H. W. v. Alemanha* [GC], n. 37201/97, § 95, CtEDH 2001-II); resoluções e recomendações de organizações internacionais, como as da Assembleia Parlamentar e do Comitê de Ministros do Conselho da Europa (ver, por exemplo, *Mosley v. Reino Unido*, n. 48009/08, §§ 87, 119 e 124, 10 de maio de 2011); comentários gerais de organizações internacionais, como os adotados pelos órgãos dos tratados das Nações Unidas (ver, por exemplo, *Bayatyan v. Arménia* [GC], no. 23459/03, § 105, CtEDH 2007); e códigos de conduta e diretrizes de organizações internacionais, como os da Organização Mundial da Saúde (ver, por exemplo, *Oluic v. Croácia*, n. 61260/08, § 60, 20 de maio de 2010); comentários e estudos de ONGs, como o estudo do Comitê Internacional da Cruz Vermelha sobre o direito humanitário internacional consuetudinário e comentários sobre as convenções de Genebra (ver, por exemplo, *Korbely v. Hungria*, n. 9174/02, §§ 50, 51 e 90, CtEDH 2008), e relatórios de indivíduos, como os do Secretário-Geral das Nações Unidas (*Korbely*, citado acima, § 90). Este último caso também é notável devido à alta relevância dada à opinião acadêmica nos §§ 82 e 87.

720 *"Lotus", Acórdão n. 9, 1927, CPJI, Série A, n. 10*, pág. 18: "As regras de direito que vinculam os Estados ... emanam de sua própria vontade ..."

721 Esta não é uma alegação nova (ver sobre o papel de outros assuntos no direito internacional, *Reparação*

O cosmopolitismo liga a ordem jurídica do Conselho da Europa ao mundo, tanto quanto o diálogo com as ordens jurídicas internas europeias, e notadamente com seus principais tribunais internos, o liga aos valores da sociedade europeia. Como a ordem normativa do Conselho da Europa já atende aos padrões de democracia, sua regra de reconhecimento não está ligada a processos democráticos de tomada de decisão em nível doméstico. A *soft law*, que não requer ratificação doméstica formal, não está, em nenhum caso, isenta do controle democrático dentro do Conselho da Europa, realizado pelo Comitê de Ministros, pela Assembleia Parlamentar e, em última instância, pela Corte, como um garante politicamente legitimado da Convenção (art.s 19 e 22 da Convenção). Além disso, o envolvimento dos Estados e dos atores não estatais de base no exercício dos poderes legislativos não é apenas uma prova do princípio da subsidiariedade, mas reforça a natureza democrática do processo e a capacidade de resposta do sistema internacional de elaboração de políticas públicas em relação ao povo europeu.

Dito de outra forma, a ordem normativa europeia existe além da soberania do Estado, do bilateralismo e da oponibilidade. Como o Estado não é o único sujeito possível capaz de criar o direito internacional, uma teoria de fontes de direito limitada à vontade do Estado dá lugar a uma teoria democrática da normatividade internacional baseada na comunidade.

26. O óbvio maior grau de complexidade de tal norma de reconhecimento não deve ser mal interpretado como implicando um maior grau de incerteza jurídica e, portanto, como significando que o valor do Estado de direito diminui ou desaparece completamente. Não há correlação necessária entre essas ideias. O grau de segurança jurídica dependerá mais da substância do discurso jurídico[722]. Em um mundo de direito internacional descentralizado e desformalizado, a segurança jurídica é mais uma questão de substância do que uma questão de forma e procedimento, e certamente não uma questão da intenção mais ou menos transparente das partes interessadas. A pedra de toque da segurança jurídica não é nem a forma que encapsula a norma nem o procedimento pelo qual a norma é criada, mas definitivamente a substância da norma. Isto é ainda mais em uma ordem constitucional, como a do Conselho da Europa, onde a regra de reconhecimento não é neutra e sem valor, mas substantiva e carregada de valor.

pelos ferimentos sofridos a serviço das Nações Unidas, Opinião consultiva, Relatórios da CIJ 1949, p. 178, e também Lauterpacht, "The Subjects of International Law", in Lauterpacht (ed.), *International Law, The Collected Papers of Hersch Lauterpacht, volume I: The General Works*, Cambridge, CUP, 1970, § 48).

722 Sobre este ponto, ver minha opinião anexada ao *Centre for Legal Resources em nome de Valentin Câmpeanu*, citada acima, e sua mensagem principal: o discurso jurídico, e particularmente o discurso judicial, não é um instrumento de *Realpolitik* orientado para os interesses. A presente opinião sobre fontes jurídicas deve ser lida à luz de minhas reflexões no caso *Câmpeanu* sobre argumentação jurídica.

B. O PROFUNDO COMPROMISSO DE ENDURECIMENTO DA *SOFT LAW* (§§ 27 30)

27. No *continuum* entre *hard law* e *soft law*, vários fatores podem endurecer o texto. Como um *degradê* normativo[723], a normatividade gradual do texto aumenta com o número destes fatores que estão presentes e diminui com sua ausência[724]. Nesta lógica gradualista, cabe em última instância à Corte decidir "quanto peso" atribuir a estes fatores de endurecimento da *soft law*[725].

28. A *soft law* europeia de direitos humanos pode ser endurecida por certos fatores que se relacionam tanto com o procedimento de elaboração de normas quanto com o procedimento de aplicação de normas. Estes são "tijolos de construção em uma parede de normatividade"[726].

Primeiramente, a linguagem normativa adotada em um texto ou a etiqueta anexada ao instrumento são indicativas de sua natureza normativa. Um texto com uma linguagem ou rótulo prescritivos deve ser lido, em princípio, como um texto normativo, que vai além de uma simples afirmação declaratória ou uma afirmação puramente programática.

Em segundo lugar, o grau de exatidão linguística e de precisão do conteúdo do texto é uma clara indicação de sua natureza normativa. Quanto mais exata a terminologia do texto e quanto mais preciso seu conteúdo, mais forte será sua pretensão normativa[727]. Uma descrição extensa e detalhada do que está sendo regulamentado indica uma lei endurecida, que não deixa espaço para áreas cinzentas.

Em terceiro lugar, a existência de *travaux préparatoires*, relatórios explicativos e comentários, com uma discussão aprofundada das causas e consequências das escolhas políticas feitas, aumenta a densidade normativa do texto.

Quarto, a complexidade do procedimento de deliberação, incluindo o padrão de votação, é um fator adicional de endurecimento[728]. A aceitação generalizada do texto tende a legitimar sua pretensão normativa.

723 Pellet, "Le 'bon droit' et l'ivraie – plaidoyer pour l'ivraie", em *Mélanges offerts à Charles Chaumont, Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Méthodes d'analyse du droit international* (1984), p. 488.

724 A ideia de uma normatividade graduada no direito internacional foi reconhecida tanto no direito internacional geral (ver as disposições sobre *jus cogens* da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, art. 53 e 64), quanto na própria Convenção, art. 15.

725 *Tanase v. Moldova* [GC], n. 7/08, § 176, CtEDH 2010.

726 A expressão vem de Klabbers, "Reflections on Soft International Law in a Privatized World", em *Finnish Yearbook of International Law*, volume XVI (2005), p. 322

727 O mesmo poderia ser dito de algumas disposições de *hard law*, como as disposições de tratados de natureza programática relacionadas com a obrigação de tomar medidas "até o máximo de seus recursos disponíveis" para a plena realização dos direitos econômicos e sociais (ver minha opinião separada em *Konstantin Markin v.* Rússia [GC], não. 30078/06, CtEDH 2012), ou a obrigação de cooperar de boa fé ou de consultar em conjunto (*Interpretação do Acordo de 25 de março de 1951 entre a OMS e o Egito, Opinião Consultiva, Relatórios da CIJ 1980, p. 95*, § 48).

728 *Plataforma Continental do mar Egeu, Julgamento, Relatórios da CIJ 1978*, p. 39, § 96, e *Delimitação Marítima e Questões Territoriais entre Qatar e Bahrein, Jurisdição e Admissibilidade, Sentença, Relatórios da CIJ 1994, p. 121*, § 23: a fim de verificar se um acordo internacional foi concluído, "a Corte deve considerar acima de tudo seus termos reais e as circunstâncias particulares em que foi elaborado".

Quinto, a ampla publicidade dada ao texto normativo procura assegurar a conscientização geral e o cumprimento efetivo por parte de seus destinatários.

Sexto, a delegação de autoridade para interpretação e resolução de conflitos a um terceiro órgão independente e a existência de mecanismos de acompanhamento reforçam a obrigação de cumprimento[729]. A inobservância da norma pode ter não apenas um custo reputacional ou político, mas também outras consequências negativas, tais como a obrigação de justificar ou mesmo alterar a conduta infratora e proporcionar reparações[730]. Os mecanismos de prestação de contas reforçam a força contrafactual do texto normativo.

Sétimo, e por último, a prática subsequente que confirma ou desenvolve as normas estabelecidas no texto reforça a função de estabelecimento de normas do texto[731]. Mesmo antes de chegar ao ponto de cristalização do direito consuetudinário, a repetição de *soft law* pela mesma autoridade pública ou por autoridades públicas diferentes endurece sua pretensão normativa[732]. Enquanto a mera acumulação de instrumentos não legais não pode por si só criar direito internacional, o surgimento de uma *opinio juris*, se acompanhada de outros fatores de endurecimento, pode transmutar tais instrumentos em normas jurídicas internacionais, elevando-os na escala da normatividade internacional e assim integrando-os ao sistema normativo vinculante do Conselho da Europa.

29. A Corte considera estes fatores de endurecimento por sua própria iniciativa, mesmo quando as partes não os invocaram em seus pleitos, ou onde eles

729 Kleijssen, citado acima, p. 899: "tais instrumentos podem prever um mecanismo de monitoramento no qual o Comitê de Ministros pode solicitar aos Estados membros que o informem sobre as medidas tomadas para implementar essa recomendação". Esta é uma medida que tem sido utilizada em todas as recomendações mais recentes do Conselho da Europa no campo dos direitos humanos, a fim de assegurar que tais instrumentos se tornem uma fonte concreta de referência para a ação nos Estados membros". De fato, ele continua: "O primeiro ponto a ser salientado é que o Conselho da Europa já gasta muito mais recursos no monitoramento dos direitos humanos do que no estabelecimento de normas de direitos humanos, o que reflete a alta prioridade atribuída ao monitoramento e à implementação de normas". Sobre o impacto desses mecanismos de monitoramento, incluindo o CPT, nos Estados membros, ver "Practical impact of the Council of Europe monitoring mechanisms in improving respect for human rights and the rule of law in member states", Direção Geral de Direitos Humanos e Assuntos Jurídicos do Conselho da Europa, 2014, pp. 16-56, e especialmente pp. 32-35; e Benoît-Rohmer, "Mécanismes de supervision des engagements des États membres et autorité du Conseil de l'Europe", in Haller et al, *Law in Greater Europe*, 2000; e de Vel e Markert, "Importance and weaknesses of the Council of Europe Conventions and of the Recommendations addressed by the Committee of Ministers to Member States", in Haller et al, citado acima. Os mecanismos de monitoramento que não são estabelecidos por um tratado dependem, pelo menos em certa medida, de padrões baseados em tratados, como os da Convenção, ou do compromisso mais geral no art. 3 do Estatuto do Conselho da Europa (McBride, citado acima, § 54).

730 Tais obrigações foram reconhecidas até mesmo por compromissos puramente políticos. Em sua Resolução sobre Textos Internacionais de Importância Legal nas Relações Mútuas de seus Autores e Textos Desprovidos de Tal Importância, 29 de agosto de 1983, o Instituto de Direito Internacional concluiu o seguinte "A violação de compromissos puramente políticos justifica a parte lesada a recorrer a todos os meios ao seu alcance para pôr fim ou compensar suas consequências ou inconvenientes prejudiciais, na medida em que tais meios não sejam proibidos pelo direito internacional". *A fortiori*, podem ser solicitadas reparações por danos causados pela violação de *soft law*.

731 Isto não quer dizer que a lei só existe na medida em que é cumprida. Tal abordagem baseada no impacto da lei é muito rigorosa, pois coloca a carroça à frente dos bois.

732 Ver *Demir e Baykara*, citado acima, §§ 48-52, e *Bayatyan v. Armênia*, citado acima, §§ 46-49, e o contraponto *Stummer v. Austria* [GC], n. 37452/02, §§ 105-106, CtEDH 2011.

ocorreram após os fatos reclamados[733]. É também revelador que, aos olhos da Corte, eles não são um *factum*, a ser considerado como uma mera realidade sociológica, mas uma fonte de *jura*, sujeita ao princípio *jura novit curia*.

30. Uma vez endurecida por um ou mais dos fatores acima mencionados, a *soft law* produz os mesmos efeitos legais da *hard law*, independentemente da ausência dos requisitos formais e processuais desta última. A *soft law* endurecida está em pé de igualdade com o direito internacional vinculante. Primeiro, a *soft law* endurecida tem um efeito de direito, de modo que qualquer Estado agindo em conformidade com a *soft law* endurecida não pode cometer um ato ilegal internacional, e pode invocá-la perante um tribunal ou árbitro. Em segundo lugar, a *soft law* endurecida é uma restrição imperativa, cujo desrespeito constitui um ato internacionalmente ilícito. Em terceiro lugar, a *soft law* endurecida também tem um efeito abrogatório sobre outras leis conflitantes. Em quarto lugar, a *soft law* endurecida não pode ser suavizada de novo. Uma vez passado o limiar da *hard law*, não há retorno. A flexibilização da lei tem seu limite na força constitucional da Convenção e de seus protocolos. Vou agora levar esta linha de argumentação um passo adiante.

C. A proibição constitucional de suavizar a *hard law* (§§ 31-33)

31. Há uma grande ressalva no reconhecimento do papel da *soft law* na legislação europeia de direitos humanos. Que não haja mal-entendidos: o corpo de direitos humanos europeus, tal como colocados na Convenção e nos protocolos adicionais, é uma *hard law*, e a autoridade para sua interpretação é delegada a um terceiro órgão independente, a Corte. Este é um direito muito duro e não se curva graciosamente às exigências políticas superiores, independentemente do tamanho da maioria exigente, prevalecendo até mesmo sobre as leis constitucionais conflitantes dos Estados membros do Conselho da Europa[734].

32. Resolutamente, a constitucionalização da ordem jurídica europeia coloca um limite absoluto à transformação em direito *soft*. O direito europeu dos direitos humanos *hard* não pode ser tornado de novo *soft*. A flexibilização do direito internacional *hard* existente seria o mesmo que contornar as obrigações internacionais vinculantes. Isto evidentemente constituiria uma evasão fraudulenta do direito internacional, derrotando o propósito da Convenção e o objetivo do Conselho da Europa. Ao implementar a Convenção e as decisões da Corte,

733 Tanto o Juiz Zagrebelsky em sua opinião anexada ao julgamento *Demir e Baykara*, citado acima, quanto a Juíza Gyulumyan em sua opinião em *Bayatyan*, citada acima, ressaltaram o fato de que os instrumentos de *soft law* utilizados pela maioria foram produzidos após os fatos reclamados.

734 Ver minha opinião conjunta separada, com o Juiz Dedov, anexa ao caso *Baka v. Hungria* [GC], n. 20261/12, 23 de junho de 2016, e minha opinião separada anexa ao caso *Fabris v. França* [GC], n. 16574/08, CtEDH 2013.

como qualquer outro acordo e ação comum do Conselho da Europa, os Estados membros têm a obrigação exigível de "colaborar sincera e efetivamente na realização do objetivo do Conselho", conforme estabelecido no art. 3 do Estatuto do Conselho da Europa. Caso não cumpra sua obrigação do art. 3, qualquer Estado membro poderá ser suspenso de seus direitos de representação e solicitado pelo Comitê de Ministros a se retirar, nos termos do art. 7 do Estatuto; e se tal membro não atender a esse pedido, o Comitê poderá decidir que deixou de ser membro do Conselho a partir da data que o Comitê determinar.

33. Portanto, a *soft law* não deve ser um veículo de considerações políticas para diluir ou minar a força legal das obrigações *hard* existentes. Na prática, a distinção conceitual entre o direito obrigatório e aquele não obrigatório ainda é muito importante. No direito europeu de direitos humanos, o traçado da linha entre lei e não lei é cristalino a fim de impedir a desvalorização de uma norma vinculante de *hard law* para *soft law*. A linha fronteiriça é apenas indefinida a fim de valorizar uma norma não vinculante de *soft law* para *hard law*.

Em poucas palavras, a relação entre *hard law* e *soft law* no direito europeu dos direitos humanos é uma via de sentido único: onde há *hard law*, a *soft law* pode enriquecê-la, mas não pode enfraquecê-la. Se a *soft law* enfraquecesse a *hard law* existente, seria fraudulenta, uma violação do limiar normativo europeu de direitos humanos e, portanto, um fenômeno patológico de normatividade internacional. A *soft law* é uma das formas pelas quais o desenvolvimento do direito europeu pode ocorrer, não uma forma de regressão.

Onde não há *hard law*, evidentemente não há relação entre dois polos, e a *soft law* pode exercer sozinha sua reivindicação normativa, de acordo com os fatores de endurecimento relevantes que ela apresenta.

Segunda parte (§§ 34-59)

V. O endurecimento da lei prisional (§§ 34-42)

A. Em todo o mundo (§§ 34-38)

34. Nenhuma organização ou órgão internacional fez tanto pelo desenvolvimento da lei prisional quanto o Conselho da Europa e particularmente seu Comitê de Ministros e seu Comitê para a Prevenção da Tortura ("CPT"). Composto por especialistas independentes altamente qualificados, o Comitê é encarregado da implementação de parâmetros do direito penitenciário em qualquer lugar de detenção na Europa e em outros lugares, sob a jurisdição de qualquer Estado

membro do Conselho da Europa[735]. As resoluções e recomendações do Comitê de Ministros, os Relatórios Gerais da CPT e os parâmtros da CPT[736] são fontes notáveis de *soft law* do Conselho da Europa neste campo. Sua linguagem é sem dúvida prescritiva ("parâmetros", "regras") e tecnicamente rigorosa. Seu conteúdo se sobressai na precisão. Normalmente, os relatórios explicativos ou comentários enriquecem o conteúdo normativo das regras estabelecidas no texto. O trabalho preparatório de especialistas, proporcionando uma visão multidisciplinar das questões pertinentes, fornece uma base sólida para as escolhas políticas feitas por uma decisão unânime de todas as partes interessadas. A ampla divulgação desses parâmetros promove o cumprimento efetivo das mesmas pelos Estados membros do Conselho da Europa. Não se trata de parâmetros virtuais, *de lege ferenda* ou *in fieri*, mas de verdadeiros instrumentos normativos que "fornecem orientação quanto à abordagem que deve ser adotada para interpretar" a Convenção[737].

35. A própria Corte declarou repetidamente que, apesar de sua natureza estritamente não vinculante, atribui "considerável importância" ou "grande peso" a esses instrumentos normativos, "que são regularmente levados em consideração pela Corte em seu exame de casos relativos a maus-tratos"[738]. A Corte o fez em relação, entre muitas outras, à Resolução (73) 5 do Comitê de Ministros[739], Resolução 76(2) do Comitê de Ministros sobre o tratamento de presos de longa duração, Recomendação R (87) 3 sobre o RPE (revista e atualizada pela Recomendação Rec (2006)2)[740], Recomendação R (98) 7 do Comitê de Ministros aos

---

735 O CPT foi criado sob a Convenção Europeia do Conselho da Europa para a Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumana ou Degradante (a Convenção CPT), que entrou em vigor em 1989. A Convenção CPT foi ratificada por todos os 47 Estados membros do Conselho da Europa.

736 O CPT elabora um relatório geral sobre suas atividades, que é publicado uma vez por ano. Em vários de seus Relatórios Gerais, o CPT descreveu algumas das questões substantivas que persegue ao realizar visitas a lugares de privação de liberdade. Desta forma, o CPT dá uma clara indicação antecipada às autoridades nacionais de suas opiniões a respeito da maneira pela qual as pessoas privadas de liberdade devem ser tratadas. As seções elaboradas até o momento tratam da custódia policial, prisão, treinamento do pessoal da polícia, serviços de saúde nas prisões, estrangeiros detidos sob a legislação de estrangeiros, colocação involuntária em estabelecimentos psiquiátricos e jovens e mulheres privadas de liberdade. Elas foram reunidas em um documento chamado "Parâmetros CPT".

737 Ver, *mutatis mutandis*, *Manole and Outros v. Moldova*, n. 13936/02, §§ 102, 107, CtEDH 2009.

738 Ver *Meier v. Suíça*, n. 10109/14 § 78, 9 de fevereiro de 2016: "importância considerável"; *Harakchiev e Tolumov v. Bulgária*, n. 15018/11 e 61199/12, §§ 204 e 264, CtEDH 2014 (extratos): "importância considerável", que também se refere ao décimo primeiro relatório geral da CPT e ao vigésimo primeiro relatório geral; *Sławomir Musiał v. Polônia*, n. 28300/06, § 96, 20 de janeiro de 2009: "importância desta recomendação", *Dybeku v. Albânia*, n. 41153/06, § 48, 18 de dezembro de 2007: "importância desta recomendação"; *Rivière v. França*, n. 33834/03, § 72, 11 de julho de 2006: "grande peso". Em *Shtukaturov v.* Rússia, n. 44009/05, § 95, 27 de março de 2008: "Embora estes princípios não tenham força de lei para esta Corte, eles podem definir uma norma europeia comum nesta área". Em *Volkan Özdemir v. Turquia*, n. 29105/03, § 39, 20 de outubro de 2009: "regularmente levado em conta pela Corte".

739 No caso seminal *S. v. Suíça*, n. 12629/87, § 48, 28 de novembro de 1991, a Corte decidiu que o direito do acusado de se comunicar com seu advogado fora da audiência de uma terceira pessoa fazia parte dos requisitos básicos de um julgamento justo em uma sociedade democrática e seguia o art. 6 § 3 (c) da Convenção, com base no art. 93 das Regras Mínimas Padrão para o Tratamento de Prisioneiros, anexado à Resolução (73) 5 do Comitê de Ministros, que estabelecia esse direito.

740 Ver *Enea v. Itália* [GC], n. 74912/01, § 101, CtEDH 2009: "Embora esta Recomendação não seja juridicamente vinculante para os Estados membros, a grande maioria deles reconhece que os prisioneiros gozam da maioria dos direitos a que se refere e prevê vias de recurso contra medidas que restringem esses direitos".

Estados membros sobre os aspectos éticos e organizacionais dos tratamentos de saúde na prisão, Recomendação Rec (99) 4 sobre princípios relativos à proteção legal de adultos incapazes, Recomendação 2003(23) sobre a gestão pela administração penitenciária da pena perpétua e outros presos de longa duração, e Resolução 2010 (2014) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa sobre justiça juvenil favorável à criança: da retórica à realidade[741].

36. Nos §§ 113 e 141 da sentença, a maioria se afasta desta perspectiva. Eles não consideram mais que os parâmetros da CPT têm "considerável importância" ou "grande peso", mas apenas afirmam que a Corte "permanece atenta aos parâmetros desenvolvidos pela CPT". Em termos contundentes, a maioria rebaixa a importância do trabalho do CPT. Este é um lamentável passo atrás na proteção de prisioneiros e outras pessoas detidas na Europa. Mas isso não é tudo.

37. A escolha normativa do Comitê de Ministros deve ser vista contra o pano de fundo do endurecimento da *soft law* prisional na Europa e no mundo, um ponto que a maioria não considera.

No mundo inteiro, tem havido um esforço persistente das Nações Unidas e de outras organizações e órgãos internacionais para ampliar o escopo e reforçar a precisão das Regras Mínimas Padrão para o Tratamento de Prisioneiros de 1957, notadamente por meio da aprovação das Regras Mínimas Padrão da ONU de 1985 para a Administração da Justiça Juvenil ("as Regras de Pequim")[742], o Conjunto de Princípios da ONU de 1988 para a Proteção de Todas as Pessoas sob qualquer Forma de Detenção ou Prisão[743], as Regras da ONU de 1990 para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade ("as Regras de Havana")[744], as Diretrizes da ONU de 1990 para a Prevenção da Delinquência Juvenil ("as Diretrizes de Riade")[745], a declaração de Istambul de 2007 sobre o uso e efeitos do confinamento solitário[746], as Regras da ONU de 2010 para o Tratamento de Mulheres

741 Além disso, a Corte tem utilizado os relatórios nacionais do CPT como fontes confiáveis e imparciais de informações factuais sobre a situação das prisões e centros de detenção, desde *Amuur v. França* (19776/92, § 28, 25 de junho de 1996) e *Aerts v.* Bélgica (30 de julho de 1998, § 42, Relatórios de Sentenças e Decisões 1998-V). Embora o CPT não seja um órgão de investigação, seus relatórios são elementos importantes para descrever a situação no terreno nos Estados europeus.

742 Adotadas pela Resolução 40/33 da Assembleia Geral de 29 de novembro de 1985. A Corte os citou pela primeira vez em *V. v. Reino Unido*, n. 24888/94, § 73, 16 de dezembro de 1999: "A regra 4 das Regras de Pequim que, embora não seja juridicamente vinculante, pode fornecer alguma indicação da existência de um consenso internacional, não especifica a idade em que a responsabilidade criminal deve ser fixada, mas meramente convida os Estados a não a fixar muito baixa".

743 Adotado pela Resolução 43/173 da Assembleia Geral de 9 de dezembro de 1988. A Corte os citou pela primeira vez em *Brannigan e McBride v. Reino Unido*, n. 14553/89, § 61, 26 de maio de 1993.

744 Adotadas pela Resolução 45/113 da Assembleia Geral de 14 de dezembro de 1990. Citado pela Corte em *Blokhin v.* Rússia [GC], n. 47152/06, § 87, 23 de março de 2016. A primeira referência foi feita em uma opinião separada em *Ertuş v. Turquia*, n. 37871/08, 5 de novembro de 2013.

745 Adotadas pela Resolução 45/112 da Assembleia Geral de 14 de dezembro de 1990. Citado pela Corte em *Blokhin*, citado acima, § 88. A primeira referência foi feita em uma opinião separada em *Ertuş*, citado acima.

746 Adotado por um grupo de trabalho de 24 especialistas internacionais em 9 de dezembro de 2007, anexo ao relatório provisório do Relator Especial do Conselho de Direitos Humanos sobre tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, Manfred Nowak, de 28 de julho de 2008. O Relator Especial considerou-o "uma ferramenta útil para promover o respeito e a proteção dos direitos dos detentos". Foi recentemente citado pela Corte em *Babar Ahmad e Outros v. Reino Unido*, n. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 e 67354/09, § 120, 10 de abril de 2012.

Prisioneiras e Sanções Não-Custodiarias para Mulheres Delinquentes ("as Regras de Bangkok")[747], e, mais recentemente, a nova versão muito mais detalhada das Regras Mínimas Padrão ("as Regras Mandela" de 2015)[748].

Em 10 de dezembro de 1984, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. O Comitê contra a Tortura, composto de 10 membros independentes e encarregado de amplos poderes de exame e investigação, foi estabelecido de acordo com o art. 17 dessa Convenção e começou a funcionar em 1 de janeiro de 1988.

38. Este esforço foi emulado em nível regional, com a Declaração de Kampala de 1996 sobre as Condições Prisionais na África[749], a Declaração de Arusha de 1999 sobre Boas Práticas Prisionais[750], a Declaração de Ouagadougou de 2002 e o Plano de Ação sobre Aceleração das Prisões e Reformas Penais na África[751], as RPE revisadas de 2006 e os Princípios e Melhores Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas de 2008[752].

B. No Conselho da Europa (§§ 39-42)

39. O endurecimento da *soft law* prisional é particularmente visível na Europa. A maioria não leva em conta o fato de que as RPE revisadas em 1987 e o relatório explicativo não tratavam do espaço pessoal apropriado em celas individuais e acomodações coletivas nas prisões[753], mas a revisão das RPE de 2006 preencheu essa lacuna, fornecendo no Comentário à Regra 18 uma indicação

747 Adotado pela Resolução 65/229 da Assembleia Geral em 21 de dezembro de 2010. Foi recentemente citada em *Korneykova e Korneykov v. Ucrânia*, n. 56660/12, § 91, 24 de março de 2016. A primeira referência foi feita em uma opinião separada em *Khoroshenko v.* Rússia [GC], n. 41418/04, CtEDH 2015.

748 Adotado por unanimidade pela Resolução 70/175 da Assembleia Geral em 17 de dezembro de 2015.

749 Adotado por consenso em setembro de 1996 por 133 delegados de 47 países, incluindo 40 países africanos, que se reuniram em Kampala, Uganda. O Presidente da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, Ministros de Estado, Comissários de Prisões, Juízes e organizações não governamentais internacionais, regionais e nacionais preocupadas com as condições prisionais participaram da reunião.

750 Aprovado pelos Serviços Prisionais na África Central, Oriental e Meridional (CESCA), em Arusha, Tanzânia, 23-27 de fevereiro de 1999.

751 Aprovada pela segunda Conferência Pan-Africana sobre Prisões e Reforma Penal na África, realizada em Ouagadougou, Burkina Faso, de 18 a 20 de setembro de 2002.

752 OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26. Resolução 1/08 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Princípios e Melhores Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, 13 de março de 2008, N. 1/08.

753 Recomendação R(87)3 adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa em 12 de fevereiro de 1987 e Memorando Explicativo. Na versão de 1987, a única referência à alocação de espaço para os prisioneiros estava na Regra 15 ("As acomodações previstas para os prisioneiros, e em particular todas as acomodações para dormir, devem atender aos requisitos de saúde e higiene, tendo em devida consideração as condições climáticas e especialmente o conteúdo cúbico de ar, uma quantidade razoável de espaço, iluminação, aquecimento e ventilação"), que foi explicada da seguinte forma "é desejável que as especificações padrão sejam elaboradas em nível nacional para atender às exigências desta regra, de acordo com as circunstâncias e práticas locais".

clara do padrão normativo para as prisões europeias, de acordo com os trabalhos anteriores do CPT. O objetivo deste exercício, não esqueçamos, era "reforçar" as regras sobre acomodação, como o próprio Comentário afirma[754].

40. Pior ainda, a maioria parece não se importar com o fato de que a posição do CPT foi confirmada politicamente no mais alto nível dentro do Conselho da Europa, por seu próprio órgão governante, o Comitê de Ministros[755]. A maioria ignora o fato de que o Comentário à Regra 18 das RPE adotou, tal qual, os parâmetros do CPT sobre o espaço mínimo em acomodações de múltiplas ocupações nas prisões. Vale a pena lembrar o teor desse Comentário[756]:

> "A Regra 18 inclui alguns elementos novos. O primeiro, na Regra 18.3, destina-se a compelir os governos a declarar standards específicos por meio do direito nacional, cujo cumprimento pode ser exigido. Tais parâmetros teriam que atender a considerações mais amplas de dignidade humana, bem como a considerações práticas de saúde e higiene. O CPT, comentando as condições e o espaço disponível nas prisões em vários países, começou a indicar alguns padrões mínimos. Estes são considerados como quatro metros quadrados para presos em acomodações compartilhadas e seis metros quadrados para uma cela prisional. Estes mínimos estão, entretanto, relacionados a análises mais amplas de sistemas penitenciários específicos, incluindo estudos sobre quanto tempo os presos realmente passam em suas celas. Estes mínimos não devem ser considerados como a norma. Embora o CPT nunca tenha estabelecido tal parâmetro diretamente, há indicações de que ele consideraria nove a dez metros quadrados como um tamanho desejável para uma cela para um prisioneiro. Esta é uma área na qual o CPT poderia fazer uma contribuição contínua que se basearia no que já foi estabelecido a este respeito. O que é necessário é um exame detalhado de qual tamanho de cela é aceitável para a acomodação de várias pessoas. É preciso prestar atenção ao número de horas que os prisioneiros passam trancados nas celas, ao determinar os tamanhos apropriados. Mesmo para os prisioneiros que passam grande quantidade de tempo fora de suas celas, deve haver um espaço mínimo claro, que atenda aos padrões de dignidade humana".

41. As RPE e o Comentário correspondente têm o selo do mais alto órgão político do Conselho da Europa, seu Comitê de Ministros, que recomendou que os governos dos Estados membros "sejam guiados em suas legislações, políticas e práticas pelas regras contidas no anexo a esta recomendação" e "assegurem que esta recomendação e o comentário a seu texto que a acompanha sejam traduzidos e divulgados o mais amplamente possível e mais especificamente entre as autoridades judiciais, o pessoal penitenciário e prisioneiros individuais". Uma expressão tão clara e unânime de vontade política e entendimento jurídico de que "os Estados membros do Conselho da Europa continuam a atualizar e observar princípios comuns com relação a sua política prisional" não deve ser tão facilmente

754 Muito eloquentemente, o Comentário à Regra 18 começa desta forma: "Esta Regra diz respeito à acomodação. Os desenvolvimentos na legislação europeia de direitos humanos significaram que as regras sobre acomodação têm que ser reforçadas". O Comentário acrescenta ainda que "A importância de assegurar acomodações apropriadas é ainda mais reforçada na nova versão das regras, tratando-as em combinação com questões de alocação ...".

755 Como a própria Corte o afirmou, o Comitê de Ministros é o melhor intermediário do consenso europeu (*M.C. v. Bulgária*, n. 39272/98, § 162, 4 de dezembro de 2003).

756 Comentário sobre a Recomendação Rec(2006)2 do Comitê de Ministros aos Estados membros sobre as Regras Penitenciárias Europeias, p. 6.

descartada pela maioria[757]. A maioria não pode, ao mesmo tempo, se referir aos parâmetros de alojamento das RPE e ignorar qual é seu propósito, de acordo com o próprio Comentário relevante. Tal interpretação superficial seria uma referência vazia às RPE. Nas próprias palavras muito claras do Comentário, as RPE pretendem "compelir os governos a declarar standards específicos por meio do direito nacional, cujo cumprimento pode ser exigido" e estas normas aplicáveis incluem certas "normas mínimas" europeias em termos de acomodação: antes de tudo, "deve haver um espaço mínimo claro".

42. Além disso, ignorando as normas mínimas "reforçadas", "convincentes" sobre acomodação estabelecidas pelas RPE e os seus comentários, a maioria também está deixando de lado o trabalho penológico realizado pelo CCP do CEPC que está na raiz das RPE[758]. Sem qualquer estudo científico para contradizer a opinião dos especialistas do CCP, a maioria simplesmente afirma *ex cathedra* seu próprio ponto de vista diferente. Na verdade, a maioria não apresenta qualquer opinião de especialista ou análise científica que possa contradizer a opinião unânime dos especialistas internacionais expressa em instrumentos jurídicos de *soft law*[759]. Nenhuma consideração é dada à bem estabelecida correlação científica entre superlotação prisional, falta de condições de vida adequadas e efeitos psicossociais negativos sobre os prisioneiros, incluindo instabilidade emocional, agressividade e lesões autoinflingidas[760]. *In umbris est potestas*.

757 A única voz dissidente foi a do representante da Dinamarca, em um ponto muito estrito. O representante da Dinamarca reservou o direito de seu governo de cumprir ou não a Regra 43, §afo 2, do apêndice da recomendação no que diz respeito à exigência de que os prisioneiros mantidos em regime de isolamento sejam visitados diariamente pelo pessoal médico.

758 Além da Convenção Europeia sobre a supervisão de criminosos condenados ou libertados condicionalmente (1964), ETS N°51, a Convenção sobre a transferência de pessoas condenadas (1983), ETS N°112, e o Protocolo Adicional à Convenção sobre a transferência de pessoas condenadas (1997), ETS N°167, o Conselho da Europa tem tido uma atividade imensamente rica de estabelecimento de padrões na legislação prisional desde seus primeiros dias, como testemunhado, entre outros, pelo CM/Rec (2014) 4 sobre monitoramento eletrônico, CM/Rec (2014) 3 sobre infratores perigosos, CM/Rec (2012) 12 sobre prisioneiros estrangeiros, CM/Rec (2012) 5 sobre o Código Europeu de Ética para o Pessoal Penitenciário, CM/Rec (2010) 1 sobre as Regras de Liberdade Condicional do Conselho da Europa, Rec (2008) 11 sobre as Regras Europeias para delinquentes juvenis sujeitos a sanções ou medidas, Rec (2006) 13 sobre o uso de prisão preventiva, as condições em que ela ocorre e a previsão de salvaguardas contra abusos, Rec (2003) 23 sobre a gestão de penas de prisão perpétua e outros presos de longa duração, Rec (2003) 22 sobre liberdade condicional (liberdade condicional), Rec (2000) 22 sobre a melhoria da implementação das regras europeias sobre sanções e medidas comunitárias, R (99) 22 sobre superlotação e inflação da população carcerária, R (99) 19 sobre mediação em matéria penal, R (98) 7 sobre os aspectos éticos e organizacionais da assistência à saúde na prisão, R (97) 12 sobre o pessoal preocupado com a implementação de sanções e medidas, R (93) 6 sobre os aspectos penitenciários e criminológicos do controle de doenças transmissíveis, incluindo a aids e problemas de saúde relacionados na prisão, R (92) 18 sobre a aplicação prática da Convenção sobre a transferência de pessoas condenadas, R (92) 16 sobre as regras europeias sobre sanções e medidas comunitárias, R (89) 12 sobre educação na prisão, R (88) 13 sobre a aplicação prática da Convenção sobre a transferência de pessoas condenadas, R (84) 11 sobre informações sobre a Convenção sobre a transferência de pessoas condenadas, R (82) 17 sobre a custódia e tratamento de prisioneiros perigosos, R (82) 16 sobre licença de prisão, R (79) 14 sobre a aplicação da Convenção Europeia sobre a supervisão de infratores condenados ou libertados condicionalmente, Resolução (70) 1 sobre a organização prática de medidas para a supervisão e o acompanhamento de criminosos condenados ou libertados condicionalmente, Resolução (67) 5 sobre a pesquisa sobre prisioneiros considerados do ponto de vista individual e da comunidade carcerária, e Resolução (62) 2 sobre direitos eleitorais, civis e sociais dos prisioneiros.

759 Este argumento foi utilizado pela própria Corte em *Kiyutin v.* Rússia, n. 2700/10, § 67, 10 de março de 2011.

760 Ver, por exemplo, o Livro Branco sobre superlotação prisional adotado recentemente pelo CEPC, CCP

VI. A luta contra a superlotação das prisões (§§ 43-47)

A. O espaço mínimo de vida nas normas do CICV (§§ 43-45)

43. A superlotação das prisões, como um problema sistêmico dos sistemas de justiça criminal europeus, tem estado na agenda da Corte desde 2009[761]. A natureza estrutural do problema e a consequente necessidade de enfrentá-lo em termos gerais foram primeiramente reconhecidas em relação às prisões polonesas[762] e, posteriormente, também em relação às prisões russas[763], italianas[764], belgas[765], búlgaras[766], húngaras[767] e lituanas[768].

44. A ressocialização é o principal objetivo do aprisionamento de seres humanos[769]. A superlotação das prisões, com suas consequências físicas, psicológicas e sociais, é o primeiro obstáculo para a implementação de qualquer programa de ressocialização. Um espaço de vida pessoal adequado é uma condição *sine qua non* para a ressocialização dos prisioneiros[770]. Esta exigência de espaço mínimo absoluto não é essencialmente diferente para presos mentalmente aptos ou inaptos, presos em prisão preventiva, presos cumprindo penas pela primeira vez ou reincidentes, uma vez que não há razão objetiva, sob a perspectiva do art. 3, para submeter pessoas mentalmente aptas a um padrão de proteção diferente

(2015) 6 rev 7, 30 de junho de 2016, §§ 33-39; Aliança para a Justiça Criminal, "Crowded Out? The impact of prison overcrowding on rehabilitation", 2012; e CICV, "Water...", citado acima, p. 35, que se refere aos "graves efeitos negativos sobre a saúde física e psicológica dos detentos", bem como ao aumento da agitação carcerária. A superlotação é altamente perturbadora para as rotinas de vida, atividades e tratamento dos presos. Por exemplo, um relatório de 2004 do Comitê Conjunto de Direitos Humanos levantou preocupações sobre a ligação entre a superlotação das prisões e suicídios na prisão.

761 A expressão "superlotação prisional" é utilizada na presente opinião em seu sentido mais amplo possível, incluindo não apenas as instalações prisionais, mas todas as outras instalações de detenção governadas publicamente, como delegacias de polícia e hospitais penitenciários. Da mesma forma, vou me referir aos "prisioneiros" ou "presos" a fim de incluir as pessoas detidas em prisão preventiva, cumprindo uma pena ou confinadas em hospitais penitenciários.

762 *Orchowski v. Polônia*, n. 17885/04, 22 de outubro de 2009, e *Norbert Sikorski v. Polônia*, no. 17599/05, 22 de outubro de 2009.

763 *Ananyev e Outros v.* Rússia, n. 42525/07 e 60800/08, § 239, 10 de janeiro de 2012.

764 *Torreggiani e Outros v. Itália*, n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, 8 de janeiro de 2013. As novas reparações domésticas foram avaliadas em *Stella e Outros v. Itália* (dec.), n. 49169/09, 54908/09, 55156/09, 61443/09, 61446/09, 61457/09, 7206/10, 15313/10, 37047/10, 56614/10, 58616/10, 16 de setembro de 2014.

765 *Vasilescu v.* Bélgica, n. 64682/12, § 128, 25 de novembro de 2014.

766 *Neshkov e Outros v. Bulgária*, n. 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 e 9717/13, §§ 281, 292, 27 de janeiro de 2015.

767 *Varga e Outros v. Hungria*, n. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 e 64586/13, 10 de março de 2015.

768 *Mironovas e Outros v. Lituânia*, n. 40828/12, 29292/12, 69598/12, 40163/13, 66281/13, 70048/13 e 70065/13, 8 de dezembro de 2015.

769 Ver minha opinião separada em *Oçalan v. Turquia* (n. 2), n. 24069/03, 197/04, 6201/06 e 10464/07, 18 de março de 2014.

770 Como o Manual do UNODC sobre estratégias para reduzir a superlotação das prisões (2010) indicou, a superlotação das prisões é "a causa raiz de uma série de desafios e violações dos direitos humanos nos sistemas prisionais em todo o mundo, ameaçando, na melhor das hipóteses, as perspectivas de reintegração social e, na pior das hipóteses, a vida dos presos".

daquele aplicável a pessoas mentalmente inaptas, ainda menos para distinguir entre presos mentalmente aptos de acordo com a dureza de sua sentença ou se eles foram presos em prisão preventiva ou finalmente condenados.

45. Na ausência de qualquer padrão universal, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha ("CICV") recomendou 5,4 metros quadrados por pessoa em acomodação de célula única (excluindo instalações sanitárias) e 3,4 metros quadrados por pessoa em acomodação compartilhada ou dormitório (incluindo instalações sanitárias)[771]. O CICV calculou o espaço necessário para dormir na cama como 1,6 metro quadrado e o espaço de banheiro e chuveiro como 1,2 metro quadrado. Em situações de emergência[772], o CICV estipulou inicialmente que o espaço em celas e dormitórios nunca deve ser inferior a dois metros quadrados por pessoa, mas, mais recentemente, revogou essa recomendação e só fornece orientações para o retorno de uma prisão a condições normais (incluindo especificações de espaço mínimo) "o mais rápido possível".

B. O espaço mínimo de vida nos parâmetros RPE (§§ 46-47)

46. No contexto penológico europeu, os parâmetros RPE 2006 "reforçados" sobre alojamento são mais generosos. Como o Comitê de Ministros e o CPT declararam[773], o espaço mínimo de vida de cada prisioneiro não deve ser inferior a seis metros quadrados em um espaço de ocupação única, excluindo a instalação sanitária, e quatro metros quadrados por pessoa em um espaço compartilhado, excluindo uma instalação sanitária totalmente dividida, com pelo menos dois metros quadrados entre as paredes da cela e pelo menos 2,5 metros quadrados entre o piso e o teto da cela. Para celas de ocupação múltipla de até quatro detentos, quatro metros quadrados devem ser acrescentados por detento adicional ao espaço mínimo de seis metros quadrados.

47. Além disso, as RPE exigem que a legislação doméstica estabeleça requisitos mínimos específicos em relação às acomodações fornecidas aos presos, com particular atenção ao espaço, ao volume cúbico de ar, iluminação, aquecimento e ventilação (Regras 18.1-18.3). Portanto, é apropriado estabelecer a capacidade

771 Ver a Orientação Suplementar do CICV sobre Água, Saneamento, Higiene e Habitat nas Prisões, 2012. O CICV acrescenta que a quantidade apropriada de espaço não pode ser avaliada por uma simples medição do espaço, outros fatores devem ser levados em conta, tais como as condições do edifício, o tempo que os presos passam na área de dormir, o número de pessoas naquela área, as outras atividades que ocorrem no espaço, a ventilação e a luz, as instalações e serviços disponíveis na prisão, e a extensão da supervisão disponível.

772 Do ponto de vista do CICV, "As situações de emergência são eventos repentinos de curta duração". Podem ser causadas por uma crise política, desastres naturais, incêndios, motins, crises de saúde em que um grande número de detentos precisa ser separado dos outros ou eventos que exigem a transferência de detentos de uma prisão que tenha sido danificada para outra prisão".

773 Ver o Comentário à Regra 18 das RPE, o "Espaço de vida por prisioneiro nos estabelecimentos prisionais" da CPT: Parâmetros CPT", adotado em dezembro de 2015, e o Livro Branco do CM sobre superlotação prisional, 23 de agosto de 2016, § 37.

máxima (*numerus clausus*) para cada prisão através da definição de espaço por preso como um mínimo expresso em metros quadrados e cúbicos. Assim, não se pode presumir que a capacidade prisional é um conceito escorregadio cuja elasticidade pode ser usada para manipular a realidade prisional e tornar a superlotação mais ou menos aparente. Os remédios preventivos devem estar imediatamente disponíveis se e quando os mínimos de capacidade carcerária forem desconsiderados.

VII. A aplicação das normas da Convenção ao presente caso (§§ 48-59)

A. A contraditória abordagem cumulativa da maioria (§§ 48-53)

48. Muito contraditoriamente, a maioria contorna a natureza "absoluta" da proibição do art. 3 e o "padrão mínimo relevante" para acomodações de múltiplas ocupações em prisões (ver §§ 110 e 113 do julgamento), considerando que a avaliação do nível de severidade necessário para que qualquer tratamento seja abrangido pelo escopo daquele artigo é "relativa" e depende de "uma abordagem abrangente das condições particulares de detenção" (ver §§ 122 e 123 do julgamento).

49. Na verdade, a maioria usa a abordagem do "efeito cumulativo" em dois sentidos muito diferentes: por um lado, o efeito cumulativo de "fatores compensatórios" serve para atenuar as obrigações do art. 3, a fim de exonerar o Governo requerido de qualquer responsabilidade sob a Convenção (ver §§ 137 e 138 do julgamento); por outro lado, o efeito cumulativo de "circunstâncias agravantes", tais como más condições materiais e falta de atividades fora das celas, pode ser considerado desumano ou degradante, mesmo no caso de espaço suficiente na cela (ver § 140 do julgamento).

50. Concordo com este último argumento, mas discordo do primeiro.

Quando o prisioneiro tiver tido à sua disposição espaço de vida pessoal suficiente, outros aspectos negativos das condições materiais de detenção podem levar à constatação de uma violação do art. 3. Sempre que o tamanho adequado do espaço de vida pessoal for associado a condições inadequadas de sono, iluminação, ventilação, aquecimento, saneamento e assistência médica, os maus-tratos do prisioneiro ainda devem ser censurados inequivocamente.

No caso de detenção após julgamento de presos mentalmente inaptos, bem como de presos mentalmente aptos condenados a um período de cinco anos ou mais, a inexistência de um plano de sentença individual ou, quando houver, quaisquer deficiências graves em sua implementação serão fatores agravantes importantes. O espaço de vida pessoal no presídio deve ser visto no contexto

do regime de ressocialização aplicável[774]. A inexistência de programas de saúde, exercício, educação e trabalho, ou a existência de programas deficientes, agravará a situação do prisioneiro. Estando estreitamente ligado a este aspecto, qualquer violação das regras sobre a separação dos presos é também um fator a ser considerado.

51. Mas não posso concordar com a afirmação de que a falta de espaço suficiente de vida pessoal pode ser compensada pela presença de outras condições materiais, tais como espaço pessoal para dormir, acesso à luz natural durante o dia e iluminação elétrica à noite, ventilação, aquecimento, condições adequadas de higiene e alimentação adequada. Caso contrário, um efeito cumulativo de fatores "compensatórios" diluiria o padrão absoluto do art. 3, convidando as autoridades penitenciárias a caírem num terreno escorregadio, sem limites objetivos[775].

52. Esta é exatamente a tentação à qual a maioria sucumbe. A maioria se refere a uma presunção refutável, "forte", de violação do art. 3 quando três metros quadrados de espaço pessoal na cela não são garantidos, com a possibilidade do Governo de refutá-la se puder demonstrar que os períodos de privação de tal espaço pessoal foram "curtos, ocasionais e menores". Mas a maioria não prevê a mínima definição desses limites. Em tempos de crise econômica, o dever de proteger a dignidade das pessoas detidas é mais relevante do que nunca, e para isso são necessárias regras claras, como os órgãos europeus e da ONU contra a tortura declararam recentemente[776]. Além disso, a maioria inclui espaço ocupado por móveis na superfície disponível (ver § 114), embora isto possa diminuir consideravelmente a capacidade de circular livremente dentro da cela.

53. Além disso, os fatores de compensação mencionados pela maioria já deveriam fazer parte das condições normais dentro de uma prisão, tais como "liberdade de movimento suficiente fora da cela e atividades adequadas fora da cela", e até mesmo, em termos muito gerais, a existência de "um centro de detenção apropriado". Há uma grave falha lógica neste raciocínio. Aqui os critérios da maioria dificilmente podem suportar a lâmina de Ockham. *Pluralitas non est ponenda sine necessitate*.

De forma absolutamente redundante, a maioria faz uso do que deveriam ser características comuns de um estabelecimento prisional para justificar um nível extraordinariamente baixo de espaço pessoal para indivíduos em detenção. Para a maioria, as condições normais de vida justificam condições anormais de espaço. A lógica exigiria que circunstâncias negativas extraordinárias fossem com-

774 *Varga e Outros*, citado acima, §§ 15, 16 e 51.

775 Ver já neste sentido, minha opinião em *Miranovas e Outros*, citada acima.

776 Ver a declaração de Malcolm Evans, Presidente do Subcomitê de Prevenção da Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (SPT) das Nações Unidas, e Mykola Gnatovskyy, Presidente do CPT, 24 de junho de 2016.

pensadas apenas por outras circunstâncias positivas extraordinárias. Este não é o caso na lógica da maioria. Nenhuma característica positiva extraordinária da vida prisional é exigida pela maioria para compensar a privação do direito de cada prisioneiro a uma acomodação adequada na detenção.

B. Uma abordagem cumulativa *pro persona* e coerente (§§ 54-59)

54. O requerente passou 240 dias em detenção no presente caso. De acordo com as plantas da Prisão de Bjelovar, que o Governo forneceu à Corte e que não são contestadas pelo requerente, ele recebeu quatro metros quadrados ou mais de espaço pessoal nas celas por um período não consecutivo de 70 dias no total.

Número da cela	Período de detenção	Número total de presos	Área total de superfície em metros quadrados	Espaço pessoal em metros quadrados	Superfície menos instalações sanitárias em metros quadrados	Espaço pessoal em metros quadrados
8/O	03.05-05.05.2010	5	22.88	4.58	20.98	4.19
8/O	08.05-09.05.2010	5	22.88	4.58	20.98	4.19
8/O	26.05.2010	5	22.88	4.58	20.98	4.19
8/O	03.06-04.06.2010	5	22.88	4.58	20.98	4.19
8/O	17.06-19.06.2010	5	22.88	4.58	20.98	4.19
8/O	27.08-30.08.2010	5	22.88	4.58	20.98	4.19
8/O	07.09.2010	4	22.88	5.72	20.98	5.24
8/O	08.09-16.09.2010	5	22.88	4.58	20.98	4.19
8/O	18.09.2010	5	22.88	4.58	20.98	4.19
8/O	02.10-05.10.2010	5	22.88	4.58	20.98	4.19
8/I	06.10-07.10.2010	5	22.18	4.44	20.28	4.05
8/I	08.10-19.10.2010	4	22.18	5.55	20.28	5.07
8/I	20.10-21.10.2010	3	22.18	7.39	20.28	6.76
8/I	22.10-23.10.2010	4	22.18	5.55	20.28	5.07
8/I	24.10-25.10.2010	5	22.18	4.44	20.28	4.05
8/I	29.10-30.10.2010	5	22.18	4.44	20.28	4.05
4/O	06.11-09.11.2010	5	22.36	4.47	20.46	4.09
8/O	01.03-15.03.2011	5	22.88	4.58	20.98	4.19

55. Novamente de acordo com os mesmos dados, o requerente passou 170 dias não consecutivos com menos de 4 m2 de espaço pessoal nas células.

Número da cela	Período de detenção	Número total de presos	Área total de superfície em metros quadrados	Espaço pessoal em metros quadrados	Superfície menos instalações sanitárias em metros quadrados	Espaço pessoal em metros quadrados
1/O	16.10-15.11.2009	6	19.7	3.28	17.8	2.96
1/O	16.11-19.11.2009	5	19.7	3.94	17.8	3.56
1/O	20.11.2009-05.02.2010	6	19.7	3.28	17.8	2.96
1/O	06.02-08.02.2010	5	19.7	3.94	17.8	3.56
1/O	09.02-10.04.2010	6	19.7	3.28	17.8	2.96
1/O	11.04.-20.04.2010	5	19.7	3.94	17.8	3.56
8/O	21.04.2010	8	22.88	2.86	20.98	2.62
8/O	22.04-29.04.2010	7	22.88	3.27	20.98	2.99
8/O	30.04-02.05.2010	6	22.88	3.81	20.98	3.49
8/O	06.05-07.05.2010	6	22.88	3.81	20.98	3.49
8/O	10.05.-25.05.2010	6	22.88	3.81	20.98	3.49
8/O	27.05-02.06.2010	6	22.88	3.81	20.98	3.49
8/O	05.06-16.06.2010	6	22.88	3.81	20.98	3.49
8/O	20.06-30.06.2010	6	22.88	3.81	20.98	3.49
8/O	01.07-02.07.2010	7	22.88	3.27	20.98	2.99
8/O	03.07-05.07.2010	8	22.88	2.86	20.98	2.62
8/O	06.07-17.07.2010	7	22.88	3.27	20.98	2.99
8/O	18.07-13.08.2010	8	22.88	2.86	20.98	2.62
8/O	18.08-26.08.2010	7	22.88	3.27	20.98	2.99
4/O	31.08-02.09.2010	8	22.36	2.80	20.46	2.55
4/O	03.09.2010	7	22.36	3.19	20.46	2.92
8/O	04.09-06.09.2010	6	22.88	3.81	20.98	3.49
8/O	17.09.2010	6	22.88	3.81	20.98	3.49
8/O	19.09-01.10.2010	6	22.88	3.81	20.98	3.49
8/I	26.10-28.10.2010	6	22.18	3.70	20.28	3.38
8/I	31.10-04.11.2010	6	22.18	3.70	20.28	3.38

4/O	05.11.2010	6	22.36	3.73	20.46	3.41
4/O	10.11-13.11.2010	6	22.36	3.73	20.46	3.41
4/O	14.11-18.11.2010	7	22.36	3.19	20.46	2.92
4/O	19.11-26.11.2010	8	22.36	2.80	20.46	2.55
4/O	27.11-30.11.2010	7	22.36	3.19	20.46	2.92
8/O	01.12-03.12.2010	6	22.88	3.81	20.98	3.49
8/O	04.12-09.12.2010	7	22.88	3.27	20.98	2.99
8/O	10.12-12.12.2010	8	22.88	2.86	20.98	2.62
8/O	13.12-21.12.2010	7	22.88	3.27	20.98	2.99
8/O	22.12-24.12.2010	8	22.88	2.86	20.98	2.62
8/O	25.12-31.12.2010	7	22.88	3.27	20.98	2.99
8/O	01.01-16.01.2011	6	22.88	3.81	20.98	3.49
8/O	17.01-25.01.2011	7	22.88	3.27	20.98	2.99
8/O	26.01-27.01.2011	6	22.88	3.81	20.98	3.49
8/O	28.01-23.02.2011	7	22.88	3.27	20.98	2.99
8/O	24.02-25.02.2011	8	22.88	2.86	20.98	2.62
8/O	26.02-28.02.2011	7	22.88	3.27	20.98	2.99
8/O	16.03.2011	6	22.88	3.81	20.98	3.49

56. Do total de 170 dias de detenção com menos de quatro metros quadrados, o solicitante passou cinquenta dias com menos de três metros quadrados.

Número da cela	Período de detenção	Número total de presos	Área total de superfície em metros quadrados	Espaço pessoal em metros quadrados	Superfície menos instalações sanitárias em metros quadrados	Espaço pessoal em metros quadrados
1/O	16.10-15.11.2009	6	19.7	3.28	17.8	2.96
1/O	20.11.2009-05.02.2010	6	19.7	3.28	17.8	2.96
1/O	09.02-10.04.2010	6	19.7	3.28	17.8	2.96
8/O	21.04.2010	8	22.88	2.86	20.98	2.62

8/O	22.04-29.04.2010	7	22.88	3.27	20.98	2.99
8/O	01.07-02.07.2010	7	22.88	3.27	20.98	2.99
8/O	03.07-05.07.2010	8	22.88	2.86	20.98	2.62
8/O	06.07-17.07.2010	7	22.88	3.27	20.98	2.99
8/O	18.07-13.08.2010	8	22.88	2.86	20.98	2.62
8/O	18.08-26.08.2010	7	22.88	3.27	20.98	2.99
4/O	31.08-02.09.2010	8	22.36	2.80	20.46	2.55
4/O	03.09.2010	7	22.36	3.19	20.46	2.92
4/O	14.11-18.11.2010	7	22.36	3.19	20.46	2.92
4/O	19.11-26.11.2010	8	22.36	2.80	20.46	2.55
4/O	27.11-30.11.2010	7	22.36	3.19	20.46	2.92
8/O	04.12-09.12.2010	7	22.88	3.27	20.98	2.99
8/O	10.12-12.12.2010	8	22.88	2.86	20.98	2.62
8/O	13.12-21.12.2010	7	22.88	3.27	20.98	2.99
8/O	22.12-24.12.2010	8	22.88	2.86	20.98	2.62
8/O	25.12-31.12.2010	7	22.88	3.27	20.98	2.99
8/O	17.01-25.01.2011	7	22.88	3.27	20.98	2.99
8/O	28.01-23.02.2011	7	22.88	3.27	20.98	2.99
8/O	24.02-25.02.2011	8	22.88	2.86	20.98	2.62

8/O	26.02 - 28.02.2011	7	22.88	3.27	20.98	2.99

57. Em outras palavras, uma simples avaliação estatística dos dados disponíveis mostra que o requerente passou mais de dois terços de sua detenção em celas superlotadas, de acordo com o padrão do Comitê de Ministros, o CPT e o CCP do CEPC. Os dados acima mostram que o requerente passou 29,1% de seu tempo de detenção com quatro metros quadrados ou mais de espaço pessoal nas celas e 70,9% com menos do que isso. Do total de dias em detenção, 20,8% foram gastos com menos de três metros quadrados de espaço pessoal nas celas. Está além do meu entendimento como a maioria pode argumentar que 20,8%, ou seja, um quinto dos dias de detenção do solicitante, representa uma redução "curta, ocasional e menor" do espaço pessoal mínimo exigido. Com uma avaliação estatisticamente tão estranha, a maioria dilui totalmente o significado comum destes adjetivos. Isto é particularmente grave em vista da violação adicional flagrante da lei nacional, que estava alinhada com o parâmetro de quatro metros quadrados do Conselho da Europa. De fato, o mesmo exercício de mascaramento já havia sido realizado pela Corte Constitucional, que usou alguns precedentes de Estrasburgo para desconsiderar de forma flagrante a lei nacional.

58. Finalmente, a maioria não considerou duas queixas principais que o requerente apresentou constantemente às autoridades nacionais. Primeiro, ele queria trabalhar e nenhuma possibilidade de trabalho foi oferecida nas instalações prisionais onde ele foi detido. A maioria confunde a ocupação proposital e produtiva do tempo do prisioneiro com assistir TV a maior parte do dia e ocasionalmente jogar basquete ou tênis de mesa por algumas horas. A falta de ocupação produtiva daqueles dispostos a trabalhar não é menos degradante do que o trabalho não remunerado ou mal remunerado.

59. Em segundo lugar, não lhe foi dada nenhuma possibilidade real de encontrar seus parentes ou de manter contato com sua família. Tendo em mente que sua família não podia se dar ao luxo de viajar para a prisão, o que não é contestado pelo Governo, as autoridades penitenciárias deveriam ter tomado providências para fornecer ao requerente mais tempo de telefone do que apenas vinte minutos por semana, com dez minutos adicionais nos feriados públicos. Além disso, também não está claro, pelos argumentos do Governo, por que o pedido do requerente de transferência para uma instalação prisional mais próxima do local de residência de sua família foi primeiramente ignorado e depois repetidamente rejeitado.

Tendo como pano de fundo as celas superlotadas onde ele tinha que morar, estas deficiências só agravaram a violação do art. 3 da Convenção.

VIII. Conclusão (§§ 60-63)

60. A Convenção e seus protocolos têm força jurídica plena e não diluída. No entanto, no direito europeu dos direitos humanos não há uma resposta direta "ou/ou" para o problema do limiar normativo. Uma vez retirado do domínio reservado dos Estados, a *soft law* pode deslizar para cima na escala da normatividade internacional, dependendo da presença de certos fatores de endurecimento. À luz de uma interpretação evolutiva da Convenção e dos outros instrumentos de "acordos" e "ações comuns" do Conselho da Europa, o limiar de normatividade será colocado onde se encontram as necessidades da sociedade para "maior realização dos direitos humanos" e "progresso econômico e social".

61. A *soft law* endurecida é uma fonte de direito com "considerável importância" ou "grande peso" no direito europeu dos direitos humanos. As RPE e seus comentários são o protótipo da *soft law* do Conselho da Europa. A decisão da maioria me parece estar descompassada em relação aos esforços de reforma de longa data feitos pelo Conselho da Europa e no resto do mundo no campo do direito prisional. As RPE têm como objetivo "compelir os governos a declarar standards específicos por meio do direito nacional, cujo cumprimento pode ser exigido", e esses parâmetros aplicáveis incluem certas "normas mínimas" europeias: "deve haver um espaço mínimo claro". A natureza circular do argumento redundante da maioria é óbvia: quando a falta de espaço pessoal é justificada por uma imagem impressionista da situação geral do centro de detenção, o exercício de compensação se torna um mascaramento questionável para encobrir uma desvalorização do nível geral de proteção dos direitos humanos dos prisioneiros.

62. O presente julgamento não presta atenção ao que os representantes dos quarenta e sete governos europeus eleitos democraticamente concordaram unanimemente no Comitê de Ministros do Conselho da Europa, ou mesmo ao trabalho mais louvável de renomados especialistas jurídicos, médicos, psicológicos, sociológicos e penológicos como os do CPT e do Conselho de Cooperação Penológica do Conselho da Europa.

63. Ao não prestar a devida atenção às próprias fontes de direito do Conselho da Europa, e ignorando o endurecimento da *soft law* relativa aos padrões prisionais na Europa e no mundo, a maioria estabeleceu um padrão que levará a uma aplicação da Convenção estritamente casuística e sensível aos fatos, deixando a porta bem aberta para uma regressão escorregadia do nível de proteção dos direitos humanos já alcançado pelo próprio Conselho da Europa. Com julgamentos deste tipo, enfraquecendo o sistema de proteção dos direitos humanos do Conselho da Europa a partir de dentro, a Corte não só desestimula o trabalho de outros órgãos do Conselho da Europa, mas, pior ainda, reforça a impressão de um sistema europeu incoerente de proteção dos direitos humanos.

Mursic Vs. Croácia: Contribuições do Juiz Paulo Sérgio Pinto de Albuquerque para o Endurecimento da *Soft Law* Prisional

Ana Maria D´Ávila Lopes[777]*

Introdução

Após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, percebeu-se não ser suficiente as legislações internas para proteger os direitos humanos, deflagrando a criação de mecanismos internacionais com essa finalidade. Desse modo, em 1948, foi instituído o sistema global de proteção dos direitos humanos pela Organização das Nações Unidas (ONU), sob cuja inspiração criaram-se outros três sistemas regionais, a exemplo do sistema europeu, instituído pelo Conselho da Europa em 1950.

O Sistema Europeu de Direitos Humanos (SEDH) possui como documento base a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), aprovada em 4 de novembro de 1950 e em vigor desde o 3 de setembro de 1953. Originalmente, o SEDH encontrava-se estruturado em dois órgãos: uma Corte e uma Comissão. No entanto, com a reforma introduzida pelo Protocolo nº 11, aprovado pelo Conselho da Europa em 11 de maio de 1994 e em vigor desde 1 de novembro de 1998, a Comissão foi extinta, mantendo-se a Corte Europeia (CorteEDH), composta atualmente por 47 juízes, com sede na cidade de Estrasburgo (França).

Ao longo de todos esses anos, a jurisprudência da CorteEDH tem se destacado pela sua solidez argumentativa, contribuindo não apenas com o fortalecimento da proteção e promoção dos direitos humanos no continente europeu, mas também inspirando as cortes dos sistemas interamericano e africano.

Contudo, algumas das decisões da CorteEDH têm também sido objeto

777 * Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (PQ2).

de questionamentos, o que pode ser verificado de forma mais precisa a partir dos votos discordantes dos seus membros. Uma dessas ocasiões foi a sentença do caso Mursic vs. Croácia, proferida em 2016, na qual o Juiz Paulo Sérgio Pinto de Albuquerque manifestou opinião divergente, invocando, como principal argumento, a necessidade do endurecimento do soft law.

Nesse contexto, o presente trabalho objetiva analisar esse caso no intuito de demonstrar a relevante contribuição do Juiz Pinto de Albuquerque no que se refere ao endurecimento da soft law prisional, e suas repercussões para o fortalecimento dos sistemas internacionais e nacionais de direitos humanos das pessoas presas.

Com essa finalidade, a sentença do caso Mursic vs. Croácia, incluindo o voto dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque, foi analisada, com auxílio da doutrina nacional e comparada, bem como da legislação e jurisprudência internacional. Os dados levantados foram analisados seguindo o método dedutivo-discursivo.

Desse modo, inicialmente, os elementos fático-jurídicos do caso Mursic vs. Croácia serão apresentados para, seguidamente, expor os principais argumentos levantados na sentença pelo pleno da CorteEDH. Posteriormente, os principais pontos do voto dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque são sintetizados. No final, esse voto é criticamente analisado, no intuito de apontar suas contribuições para a proteção dos direitos humanos das pessoas presas.

1. O CASO *MURSIC VS. CROÁCIA*

Em 19 de junho de 2008, o cidadão croata Kristijan Mursic foi condenado pela Corte Estadual de Cakovec a 2 (dois) anos de prisão pelo crime de roubo com arma. A sentença foi confirmada pela Corte Suprema da Croácia em 3 de fevereiro de 2009 (CORTEEDH, 2016, §10).

Poucos meses depois, em 2 de julho de 2010, a Corte Municipal de Cakovec condenou Kristijan Mursic a um ano de prisão pelo crime de furto, sendo a sentença confirmada pela Corte Estadual de Cakovec, em 3 de novembro de 2010 (CORTEEDH, 2016, §11).

Considerando essas duas sentenças, a Corte Estadual de Cakovec decidiu, em 26 de agosto de 2011, unificar as condenações fixando uma pena de 2 (dois) anos e 11 meses de prisão (CORTEEDH, 2016, §12).

Assim, em 16 de outubro de 2009, Kristijan Mursic foi transferido da prisão estadual de Turopolje, onde cumpria a pena de prisão em regime semiaberto relativa à primeira sentença imposta em 19 de junho de 2008, para a prisão estadual de Bjelovrar. A transferência foi atribuída ao comportamento inapropriado do condenado, bem como as tentativas de fuga (CORTEEDH, 2016, §13).

Kristijan Mursic ficou na prisão de Bjelovrar até 16 de março de 2011,

quando foi atendido seu pedido para ser transferido à prisão estadual de Varazdin, sob alegação de facilitar o contato com familiares e pelas más condições da prisão de Bjelovrar (CORTEEDH, 2016, §14).

A respeito do último ponto, alegou Kristijan Mursic que, durante sua permanência na prisão de Bjelovrar, foi mantido em cela superlotada durante um total de 50 dias, contando com menos de 3,0 m^2 de espaço individual na cela. Desse período de 50 dias, 27 foram consecutivos. Além do problema da falta de espaço, a cela era húmida, suja e com mobília (escaninhos e cadeiras) insuficiente para todos os presos. O banheiro encontrava-se na mesma cela, sem a adequada separação que garantisse privacidade, estando, inclusive, a menos de meio metro da mesa na qual realizava suas refeições, podendo sentir-se facilmente o cheiro de lá proveniente. Não tinha acesso a água quente, sendo permitido tomar banho apenas uma vez por semana e, eventualmente, 3 (três) vezes (CORTEEDH, 2016, §15).

Acrescentou, ainda, que, enquanto esteve preso em Bjelovrar, não lhe foi dada nenhuma oportunidade para trabalhar, sendo o acesso às atividades recreativas e educacionais limitadas. O único horário para se movimentar livremente fora da cela era das 16:00 h. às 19:00 h. em um pátio vazio. Já a alimentação era nutritivamente pobre (CORTEEDH, 2016, §16).

Em resposta, o Governo croata manifestou que o tamanho médio do espaço individual das 4 (quatro) celas nas quais Kristijan Mursic esteve preso em Bjelovrar é de 3,59 m^2, conforme consta na planta arquitetônica do presídio entregue à CorteEDH. Cada cela conta com janela que permite o ingresso de luz natural e ar fresco. É fornecida também luz artificial, bem como serviços gerais de calefação. O banheiro da cela é separado e possui seu próprio sistema de ventilação. Todas as celas contam com acesso a água potável. Os presos recebem o material de limpeza necessário para manter a higiene das celas. São disponibilizadas, também, camas limpas, sendo a troca da roupa de cama realizada a cada 15 dias ou menos, se for necessário. Essas celas foram objeto de diversas reformas buscando o aprimoramento das suas facilidades, nos anos 2007, 2009, 2010, 2011, 2012 e 2013. A alimentação é constantemente supervisionada por autoridades do Governo para garantir sua qualidade. São oferecidas 3 (três) refeições por dia, podendo ser consumidas em espaço comum ou no interior de cada cela. Os presos podem se movimentar livremente fora das suas celas 2 (duas) vezes ao dia, de manhã e de tarde (CORTEEDH, 2016, §18).

O Governo da Croácia acrescentou, ainda, que o presídio conta com academia, aberta das 8:00 h. às 12:30 h. e das 14:00 h. às 18:00 h., e quadra de basquete, aberta das 15:00 h. às 16:00 h., durante os dias úteis e de manhã e tarde nos fins de semana. A área de recreação conta também com quadra para badminton e equipamento para tênis de mesa. Os presos têm também acesso à biblioteca do presídio, podendo pegar livros emprestados. Em parceria com associações religiosas, são oferecidas atividades religiosas e culturais. Cada cela tem

acesso a serviços de televisão a cabo das 7:00 h. às 23:00h. em dias úteis e das 7:30 h. às 24:00 h. nos fins de semana, além de acesso a sinal de rádio. Há uma sala comum com jogos de tabuleiro, além de um espaço reservado para os presos receberem suas esposas. Oferece-se, também, a possibilidade de adquirir bens de fora do presídio. A existência dessas instalações foi provada com fotos tomadas em 2007, 2010 e 2011 durante os períodos de reforma do presídio, bem como por meio das plantas arquitetônicas do local (CORTEEDH, 2016, §19).

O Governo manifestou, também, que foi oferecida ao peticionário a possibilidade de educação, mas que foi rejeitada. Em relação a trabalho remunerado, em decorrência da crise econômica, foi oferecido apenas por um período limitado, existindo a opção de trabalhar fora do presídio. Contudo, o peticionário não foi considerado para essa opção em virtude das prévias tentativas de fuga. Sempre que o peticionário precisou, recebeu atendimento médico. Foram 4 (quatro) vezes que recebeu a visita de familiares, com quem podia falar por telefone por 20 minutos cada semana, mais 10 minutos adicionais nos feriados (CORTEEDH, 2016, §20).

Com base nos argumentos levantados pelo Governo, a Corte Constitucional da Croácia declarou, em 5 de junho de 2012, inadmissível a demanda realizada pelo peticionário em relação à violação dos artigos 14, §2 (igualdade perante a lei), 26 (igualdade perante as autoridades) e art. 29 (direito a um processo justo), principalmente a respeito das reclamações sobre o reduzido espaço individual das celas e a falta de oportunidade de trabalho (CORTEEDH, 2016, §39).

Em 26 de novembro de 2010, o peticionário tinha também realizado reclamação perante o Ombudsman em virtude de estar preso em local afastado da sua família e, novamente, das más condições do presídio. Em 12 abril de 2011, o Ombudsman respondeu, com base na Ata de Execução das Sentenças de Prisão, concordando com o peticionário em relação ao limitado espaço individual das celas do presídio de Bjelovar, embora tivessem sido reformadas em 2010 de modo a atender as exigências higiênicas e sanitárias. Observou o Ombudsman que 92% dos presos não realizavam trabalho remunerado pela falta de vagas disponibilizadas (CORTEEDH, 2016, §38).

2. Principais Argumentos da CorteEDH

A demanda de Kristijan Mursic contra o Estado da Croácia foi apresentada perante a Corte Europeia de Direitos Humanos (CorteEDH) em 17 de dezembro de 2012, pela violação do art. 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH). A sentença foi proferida em 20 de outubro de 2016 (CorteEDH, 2016).

Alegou o peticionário que seus direitos garantidos no art. 3º da CEDH, que prevê que "Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes" (CONSELHO DA EUROPA, 1950), tinham sido

violados durante o tempo que esteve no Presídio de Bjelovar (de 16 de outubro de 2009 até 16 de março de 2011), especialmente em relação ao tamanho reduzido do espaço individual que lhe foi atribuído (CORTEEDH, 2016, §74).

O processo foi inicialmente distribuído à Câmara presidida pela juíza Isabelle Berro que, por maioria, decidiu pela não violação do art. 3º da CEDH, em 12 de março de 2015. A Câmara entendeu que, apesar do peticionário ter ficado preso por 50 dias - 27 dos quais de forma consecutiva - em cela levemente inferior a 3 m^2, essa situação não configurava "o patamar de severidade necessário para considerar o tratamento desumano ou degradante nos termos do artigo da Convenção" (CorteEDH, 2016, §78). O juiz Linos-Alexandre Sicilianos emitiu voto divergente.

Diante dessa decisão, em 10 de junho de 2015, Kristijan Mursic solicitou, com base no art. 43 da CEDH, a devolução do processo ao pleno da CorteEDH, cujo deferimento foi dado em 6 de julho de 2015, abrindo-se prazo para as partes apresentarem suas alegações. Permitiu-se, também, a participação de terceiros interessados, a exemplo do Observatório Internacional das Prisões (OIP-SF). A audiência foi marcada para 6 de janeiro de 2016 (CORTEEDH, 2016, §5).

Na sentença, o pleno da CorteEDH iniciou confirmando o esgotamento dos recursos da jurisdição interna pelo peticionário, conforme já antes tinha se pronunciado a Câmara presidida pela juíza Isabelle Berro, indeferindo, portanto, a exceção preliminar levantada pelo Governo croata sobre a matéria. Desse modo, a CorteEDH, com base no princípio de subsidiariedade, ratificou sua competência para apreciar o caso (CorteEDH, 2016, §73).

A seguir, a CorteEDH esclareceu que, em outras oportunidades, já tinha sido provocada a se pronunciar sobre a violação do art. 3º da CEDH pelas más condições das prisões, especificando sua rica jurisprudência sobre o assunto (CorteEDH, 2016, §91).

A respeito do art. 3º da CEDH, a CorteEDH manifestou consagrar um dos mais fundamentais valores de uma sociedade democrática, que é proibir, de forma absoluta, a tortura e o tratamento desumano ou degradante, independentemente do comportamento da vítima. (CorteEDH, 2016, §93). Nesse sentido, afirmou que os Estados devem assegurar que toda pessoa seja detida em locais em condições compatíveis com o respeito à dignidade humana, de modo que a forma e o método de execução da pena não provoquem sofrimento ou privação da saúde ou bem-estar do detido (CorteEDH, 2016, §99).

Esclareceu, ainda, que a ausência da intenção de humilhar ou rebaixar um detido, ao colocá-lo preso em local em más condições, não necessariamente retira a possibilidade de se tratar de uma violação do art. 3º da CEDH, devendo o tempo de duração da prisão ser levado em consideração (CorteEDH, 2016, §101).

Especificamente sobre o presente caso, a CorteEDH afirmou que os princípios e normas para determinar a superlotação penitenciária que deriva da sua jurisprudência se referem às seguintes questões (CorteEDH, 2016, §102):

O espaço individual mínimo de detenção sob a perspectiva do art. 3º da CEDH:

Se a alocação de um espaço inferior ao requisito mínimo implica uma presunção ou constitui, por si só, uma violação do art. 3º da CEDH;

Os fatores que poderiam compensar a alocação de um espaço inferior ao mínimo.

Em relação à primeira questão, a CorteEDH tem reiterado em diversas ocasiões que, sob o estabelecido no art. 3º da CEDH, não se pode determinar, de forma definitiva, o número de metros quadrados que deve ter o espaço no qual uma pessoa é mantida presa, na medida em que há outros fatores relevantes a serem considerados, a exemplo do tempo da duração da detenção, a possiblidade de praticar exercícios fora da cela, as condições físicas e mentais do preso etc. (CorteEDH, 2016, §103). Contudo, isso não significa que desconsidere que a falta extrema de espaço pode ser determinante para qualificar como degradantes, nos termos do citado art. 3º, as condições nas quais uma pessoa é mantida presa (CorteEDH, 2016, §104).

A respeito da segunda questão, na maioria dos casos nos quais a CorteEDH tem decidido pela violação do art. 3º em decorrência das más condições do local de detenção, a exemplo do caso Idalov vs. Rússia, o standard mínimo que aceitou foi de 3 m^2 em acomodações de ocupação múltipla (CorteEDH, 2016, §107). Há, entretanto, alguns poucos casos (Cotlet vs. Romênia e Apostu vs. Romênia) nos quais tem considerado que o espaço individual inferior a 4 m^2 pode ser considerado suficiente para justificar a violação do art. 3º (CorteEDH, 2016, §108).

No que se que refere à terceira questão, apesar da CorteEDH não estar obrigada a seguir sua própria jurisprudência, reconheceu que, em nome da segurança jurídica, da previsibilidade e do tratamento igualitário perante a lei, os precedentes não devem ser afastados, salvo por uma boa razão (CorteEDH, 2016, §109).

Desse modo, neste caso concreto, a CorteEDH entendeu não haver motivos para afastar-se da sua própria jurisprudência, confirmando o standard de 3 m^2 para o espaço individual de detenção em acomodação de ocupação múltipla (CorteEDH, 2016, §110).

No tocante aos standards estabelecidos por outras instituições, a exemplo do Comitê de Prevenção da Tortura (CPT[778]), a CorteEDH afirmou não serem decisivos para determinar a violação do art. 3º da CEDH (CorteEDH, 2016, §111), pois devem ser levadas em consideração todas as circunstâncias relevantes do caso particular, sendo que o CPT, assim como outras instituições internacionais, apenas

778 O CPT foi instituído por meio da Convenção Europeia do Conselho da Europa para a Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumana ou Degradante de 1987/1989, tendo sido ratificada pelos 47 Estados membros do Conselho de Europa.

desenvolve standards gerais e para o futuro (CorteEDH, 2016, §112). Inclusive o próprio CPT tem reconhecido que a CorteEDH desempenha conceitualmente um papel diferente do realizado por ele (CorteEDH, 2016, §113).

Finalmente, a CorteEDH considerou relevante explicar a metodologia para calcular o espaço mínimo individual de detenção em acomodação de ocupação múltipla, de modo a atender as exigências do art. 3º da CEDH. Assim, esclareceu acompanhar a metodologia da CPT de não incluir o espaço ocupado pelos serviços sanitários, mas sim pelos móveis. O importante nesse cálculo é determinar se o preso pode se movimentar normalmente no interior da cela (CorteEDH, 2016, §114).

De qualquer forma, a CorteEDH reconheceu que não tem sido consistente em relação a determinar se o espaço individual inferior a 3 m^2 é suficiente para decidir pela violação do art. 3º da CEDH, ou se constitui apenas uma presunção que pode ser refutada com base em outras considerações (CorteEDH, 2016, §116). Sobre isso, elencou as seguintes aproximações:

a) Em muitos casos, a CorteEDH decidiu que um espaço individual inferior a 3 m^2 era suficiente para considerar a violação do art. 3º da CEDH (CorteEDH, 2016, §117);

b) Em outros casos, considerou que o espaço inferior a 3 m^2 era suficiente para determinar a violação do art. 3º da CEDH, passando a examinar as outras circunstâncias somente como agravantes adicionais (CorteEDH, 2016, §118);

c) Outra forma de abordagem usada, foi a aplicação do teste da "forte presunção", estabelecido no julgamento do piloto de Ananyev e Outros vs. Rússia (2012) consistente nos seguintes elementos: (i) cada detido deve ter um lugar individual para dormir na cela; (ii) cada um deve dispor de pelo menos 3 m^2 de área útil; e, (iii) a área total da superfície da cela deve permitir que os detidos se movimentem livremente entre os móveis. A ausência de qualquer de um desses elementos configuraria, de por si, uma forte presunção de que as condições de detenção constituem um tratamento degradante e violam o art. 3º (CorteEDH, 2016, §119);

Em consonância com essa abordagem, a CorteEDH manifestou que a determinação da violação do art. 3º depende de se "a forte presunção" é refutada por outros efeitos cumulativos das condições de detenção, ou seja, antes de chegar a uma conclusão final, examina os efeitos cumulativos das condições de detenção (CorteEDH, 2016, §121).

Para harmonizar essas posições divergentes, a CorteEDH asseverou guiar-se pelos princípios gerais de sua jurisprudência relativos ao nível mínimo de severidade para que os maus tratos se enquadrem no previsto no art. 3º, que possui caráter relativo. Acrescentou, ainda, que a avaliação desse mínimo depende de todas as circunstâncias do caso, como a duração do tratamento, seus efeitos físicos e mentais e, em alguns casos, o sexo, idade e estado de saúde da vítima (CorteEDH, 2016, §122).

Consequentemente, a CorteEDH afirmou que sua avaliação quanto à violação do art. 3º não podia reduzir-se a um cálculo numérico de metros quadrados atribuídos a um detido, devendo serem apreciadas as condições particulares da detenção para poder ter uma imagem precisa da realidade (CorteEDH, 2016, §123).

Desse modo, a CorteIDH esclareceu que, quando for identificado de forma conclusiva que um detido dispôs de menos de 3 m^2 da superfície do piso em acomodações para ocupação múltipla, o ponto de partida para realizar sua avaliação é considerar a existência de uma forte presunção de violação do art. 3º. Caberá ao Estado demandado demonstrar de forma convincente a existência de outros fatores capazes de compensar adequadamente o pouco espaço individual. O efeito cumulativo dessas condições determinará se, nas circunstâncias do caso concreto, a presunção da violação foi ou não refutada (CorteEDH, 2016, §126) [779].

A respeito dessas condições, a CorteIDH observou, em primeiro lugar, à luz da sua jurisprudência pós-Ananyev, que embora as reduções curtas e ocasionais do espaço individual atribuído a um detido constituem circunstâncias que podem não ser suficientes para refutar a forte presunção de violação do art. 3º (CorteEDH, 2016, §130), isso não significa aceitar que a brevidade do período em que o detido permaneceu nessas condições é suficiente para considerar a não violação (CorteEDH, 2016, §131), pois é necessário examinar se, além da redução do espaço individual da cela, o detido tem suficiente liberdade de movimento e acesso a atividades fora da cela adequadas, bem como, se o centro de detenção, em geral, constitui um local um apropriado (CorteEDH, 2016, §131).

No que diz respeito à questão da liberdade de movimento suficiente, em particular, no caso Ananyev, a CorteEDH referiu-se às normas estabelecidas pelo CPT, segundo as quais todos os detidos, sem exceção, devem gozar de pelo menos uma hora de exercício ao ar livre todos os dias e de preferência como parte de um programa mais amplo de atividades fora da cela, tendo em mente que as instalações de exercícios ao ar livre devem ser razoavelmente espaçosas e, sempre que possível, oferecer abrigo da intempérie. De fato, de acordo com os padrões internacionais relevantes, os presos devem poder passar uma parte razoável do dia fora de suas celas, envolvidos em atividades de natureza variada (trabalho, recreação, educação) (CorteEDH, 2016, §133).

Nesse sentido, a CorteEDH enfatizou a importância do papel preventivo do CPT no controle das condições de detenção e das normas que desenvolve a esse respeito, reafirmando que permanece atento a essas normas e ao cumprimen-

779 O fato de a CorteEDH ter aceitado o efeito cumulativo das condições, segundo as circunstâncias do caso concreto, é questionado por Dumbryte-Oziuniene (2019, p. 175), na medida em que isso pode dificultar o caminho a ser seguido pelos tribunais nacionais.

to das mesmas pelos Estados membros (CorteEDH, 2016, §141).

Por outro lado, a CorteIDH acrescentou que, embora o problema da superlotação das prisões tenha sido examinado em vários processos contra a Croácia, constatando-se a violação do art. 3º da CEDH, não considerou até agora que as condições de detenção nesse Estado revelassem um problema estrutural do ponto de vista do citado artigo. Além disso, nenhum dos casos sobre os quais se pronunciou referia-se às condições do presídio de Bjelovar, objeto do presente processo (CorteEDH, 2016, §142).

Após essa exaustiva análise a CorteEDH decidiu:

1) Rejeitar, por unanimidade, a objeção preliminar do Governo sobre o não esgotamento dos recursos internos;

2. Considerar, por unanimidade, que houve violação do art. 3.º da CEDH em relação ao período entre 18 de julho e 13 de agosto de 2010, durante os quais o peticionário ficou preso em cela com espaço individual inferior a 3 m^2;

3. Considerar, por dez votos a sete, que não houve violação do art. 3.º da CEDH no que diz respeito ao restante dos períodos não consecutivos em que o requerente dispôs de menos de 3 m^2 de espaço individual;

4. Considerar, por treze votos a quatro, que não houve violação do art. 3.º da CEDH no que se refere aos períodos durante os quais o peticionário dispôs entre 3 e 4 m^2 de espaço individual;

5. Considerar, por unanimidade,

(a) que o Estado deve pagar ao peticionário, no prazo de três meses, os seguintes valores, a serem convertidos em kunas croatas, à taxa aplicável na data da liquidação:

(i) 1.000 euros (mil euros), acrescidos de eventual imposto em razão de danos imateriais;

(ii) 3.091,50 euros (três mil noventa e um euros e cinquenta cêntimos), acrescidos de qualquer imposto que resulte da cobrança do peticionário, relativo às custas e despesas;

b) A partir do termo dos três meses acima mencionados até a liquidação, serão pagos juros simples sobre os valores acima referidos a uma taxa igual à do Banco Central Europeu, durante o período de incumprimento mais três pontos percentuais;

6. Rejeitar, por doze votos a cinco, o restante do pedido do peticionário.

A sentença foi proferida pela CorteEDH, presidida pelo juiz Guido Raimondi, em 20 de outubro de 2016, na cidade de Estrasburgo (França).

3. Voto Parcialmente Dissidente do Juiz Pinto de Albquerque

O juiz Pinto de Albuquerque iniciou seu voto parcialmente dissidente manifestando ser a favor de declarar a violação do art. 3º da CEDH em relação a todo o período (50 dias não consecutivos), durante o qual o peticionário, Kristijan Mursic, ficou preso no presídio estadual croata Bjelovar, em espaço individual inferior a 3m^2, e não apenas durante os 27 dias que foram consecutivos (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §1).

Com seu voto, o juiz Pinto de Albuquerque objetivou provar que a interpretação evolutiva, o consenso europeu e o endurecimento da soft law compõem os três pilares do sistema normativo do Conselho da Europa (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §2).

Sobre a soft law reconheceu ser um conceito controvertido, tendo sido considerada uma contradição por sua redundância, uma frase vazia que disfarça o atual direito internacional inflacionado, uma tentativa de impor aos Estados compromissos políticos sobre os quais não desejam consentir, uma cobertura para esconder o amplo poder de alguns Estados e outros atores não estatais etc. (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §3). Observou, ainda, que a soft law não está incluída nas fontes clássicas do direito internacional estabelecidas no Estatuto da Corte Internacional de Justiça (ECIJ), cuja ampliação requer um ônus probatório muito exigente (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016 §4).

De qualquer forma, esclareceu que a lista das fontes estabelecida no art. 38 do ECIJ (ONU, 1945) não é exaustiva, considerando, especialmente, as mudanças sofridas pelo direito internacional depois da Segunda Guerra Mundial, sendo possível, portanto, sua reformulação (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §5).

Por outro lado, assinalou que não há um único parâmetro para determinar a diferença entre hard e soft law, sendo as duas regras de conduta. A soft law manifesta-se de diversas maneiras como, por exemplo, uma norma de direito consuetudinário, devendo-se lembrar que o direito internacional não é totalmente rígido no que se refere a sua aplicabilidade e justiciabilidade (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §6). Assim, a soft law pode ser desconsiderada sem maior problema, mas a sua inobservância sim pode provocar consequências negativas, que não se limitam a serem de natureza moral, política ou reputacional (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §7).

Acrescentou que, quando há codificação, a soft law pode ser usada para ajudar a compreender a intenção dos autores do direito convencional, facilitar a aplicação dos instrumentos vinculantes, esclarecer pontos complexos e técnicos e adaptar o direito mais facilmente às mudanças sociais (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §8). Já quando não há codificação, a soft law pode atuar como uma prática relevante do direito internacional, podendo ser formativa da opinio juris e da prática estatal que constrói o direito internacional consuetudi-

nário. Apesar da sua relevância, nada até hoje tem sido feito para esclarecer como o Conselho da Europa, e principalmente a CorteEDH, tratam desta questão (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §9).

De qualquer forma, alertou que há que admitir que a CEDH não pode ser interpretada isoladamente, mas deve sê-lo em harmonia com o direito internacional e a soft law, pois não há regímenes autocontidos no direito internacional (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque 2016, §10).

A CEDH, enquanto instrumento vivo, observou o Juiz Pinto de Albuquerque (2016, §11), deve ser interpretada à luz das condições atuais e da evolução das normas do direito nacional e internacional, conforme decidido pela primeira vez no caso Tyrer vs. Reino Unido, de 1978.

Elucidou, ainda, que a interpretação evolutiva da CEDH, desde o início de funcionamento da CorteIDH, "esteve estreitamente vinculada à necessidade de uma leitura consensual do texto", fundada no "patrimônio comum de tradições políticas, ideias, liberdade e Estado de Direito, ao qual o Preâmbulo faz referência" (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §13).

Desse modo, a soft law constitui, segundo o Juiz Pinto de Albuquerque (2016, §14), a concretização desse consenso europeu e do patrimônio comum de valores que formam o quadro jurídico interno da grande maioria dos Estados membros, conforme decidido em Marckx vs. Bélgica, em 1979. Contudo, a semelhança da técnica interpretativa usada pela Corte Constitucional Europeia, a CorteEDH modula os efeitos das suas decisões de forma a, por exemplo, evitar aplicá-los retroativamente, preservando, assim, a segurança jurídica.

Por outro lado, explicou que a interpretação da CEDH deve refletir o mais alto padrão da proteção internacional dos direitos humanos, conforme decidido em Demir e Baykara vs. Turquia, de 2008 (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §17), o que significa que a invocação de outros tratados não depende da sua ratificação pelas partes, nem do número de Estados partes vinculados a eles, mostrando que hard law e soft law se entrelaçam no direito europeu (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §18). Sob essa mesma lógica, a CorteEDH tem também usado normas de outros órgãos do Conselho da Europa, ainda que não representem os Estados partes da CEDH (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §19).

Da importância dada ao consenso no caso Tyrer vs. Reino Unido, de 1978, emana, segundo manifestou o Juiz Pinto de Albuquerque, (2016, §20) a compreensão da existência de "uma democracia deliberativa e internacional na qual uma proporção majoritária ou representativa das Partes Contratantes da Convenção é considerada para falar em nome de todos e, portanto, tem o direito de impor sua vontade a outras Partes", mostrando uma desvinculação entre consenso e unanimidade, ou seja, o consenso pode existir ainda que não todos concordem.

Todavia, o Juiz Pinto de Albuquerque, nesse mesmo parágrafo do seu voto dissidente, lembrou a crítica levantada contra a CorteEDH em relação a sua legitimidade para interpretar de forma inovadora a CEDH, "utilizando a soft law para contornar os órgãos legislativos competentes e para desprezar os princípios da democracia, do Estado de direito e da subsidiariedade" (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §20). Crítica que, para ele, pode ser considerada démodé por se inspirar no superado lema soberanista do dubio pro mitius.

Assinalou que o Preâmbulo da CEDH preconiza que o objetivo do Conselho da Europa é criar uma maior unidade entre os Estados membros, com base na compreensão e observância comuns sobre os direitos humanos, jogando, nessa lógica, o princípio in dubio pro persona um papel fundamental (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §21).

Demonstrou, assim, que "a interpretação evolutiva, o consenso europeu e o endurecimento da soft law compõem os três pilares do sistema normativo europeu", sem que isso signifique dispensar o consentimento dos Estados. A ordem jurídica europeia, acrescentou, não pode continuar sendo reduzida a um acordo internacional de egoísmos justapostos, nem a soberania um dado absoluto (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §22).

Todavia, o Juiz Pinto de Albuquerque (2016, §23) alertou que o direito europeu dos direitos humanos ainda está atrelado à teoria formal das fontes de direito. Assim, com base na doutrina da Corte Internacional de Justiça, a CorteEDH considera que, para uma disposição se torne direito internacional consuetudinário, precisa obedecer às seguintes condições:

Possuir natureza fundamentalmente normalizadora, de forma que possa ser usada como base para uma norma geral do direito;

Ser uma prática consolidada pelos Estados; e,

Existir "prova de uma crença de que tal prática é tornada obrigatória pela existência de uma norma de direito que a exija (opinio juris sive necessitatis)".

Contudo, o Juiz Pinto de Albuquerque esclareceu que na CorteEDH "nunca houve o monopólio do formalismo no estabelecimento do direito internacional". Essa "desformalização" do direito europeu dos direitos humanos, entretanto, não deve ser interpretada como uma negação da legalidade, mas como a adoção de uma "perspectiva cosmopolita da universalidade dos direitos humanos e de uma compreensão dialógica do patrimônio comum de valores das sociedades europeias" (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §24).

Nesse sentido, apontou que a regra de reconhecimento não é mais uma regra bilateral voluntarista de cima para baixo, centrada no Estado, mas "um mecanismo de criação de parâmetros do tipo democrático, centrado no indivíduo, amplamente multilateral, propositalmente consensual, de baixo para cima, que

envolve Estados europeus e outros atores não estatais", ou seja, um "verdadeiro jus gentium". De qualquer forma, a soft law está sujeita ao controle democrático pelo Conselho da Europa e seus órgãos, confirmando seu caráter subsidiário e reforçando "a natureza democrática do processo e capacidade de resposta do sistema internacional" (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §25).

Essa compreensão mais complexa sobre a regra de reconhecimento não deve ser interpretada como o aumento do grau de incerteza jurídica, pois, advertiu o Juiz Pinto de Albuquerque (2016, §26), "a segurança jurídica dependerá mais da substância do discurso", do que aspectos de forma ou procedimento.

Entre soft law e hard, adicionou o Juiz Pinto de Albuquerque (2016, §27), há uma normatividade gradual derivada de vários fatores. Cabe à CorteEDH decidir como esses fatores contribuem para o endurecimento da soft law, podendo se referir tanto ao procedimento de elaboração como de aplicação de normas. Esses fatores são: (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §28)

A linguagem normativa utilizada, de modo que um texto escrito com uma linguagem prescritiva, deverá, em princípio, ser lido com um texto normativo;

O grau de exatidão linguística e de precisão do conteúdo do texto constituem indicativos da sua pretensão normativa;

A existência de trabalhos preparatórios sobre as causas e consequências das "escolhas políticas feitas, aumentam a densidade normativa do texto";

A complexidade do processo de deliberação, incluindo o quórum de votação, é um indicativo de endurecimento;

O grau de publicidade dado ao texto normativo revela a preocupação com sua divulgação e consequente conscientização e cumprimento;

Indicativo também de endurecimento é a delegação a um terceiro independente a interpretação e resolução de conflitos, bem como a previsão de mecanismos de acompanhamento;

A prática subsequente, especialmente pela mesma autoridade, reforça sua pretensão normativa.

A CorteEDH tem entendido, advertiu, que esses fatores não são apenas fatos, ou simples realidade sociológica, mas fontes de direito, sujeitos ao princípio jura novit curia (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §29).

Afirmou que, uma vez configurado o endurecimento, a soft law produz os mesmos efeitos legais da hard law. Desse modo, os Estados estão obrigados a agir segundo a soft law, sendo seu desrespeito considerado um ilícito internacional. Acrescentou, ainda, que a soft law endurecida tem efeito abrogatório em relação a outras leis, além de não poder ser suavizada de novo (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §30).

Sobre este último ponto, o Juiz Pinto de Albuquerque (2016, §32) foi muito enfático ao afirmar que "o direito europeu de direitos humanos hard não pode ser tornado de novo soft". A flexibilização implicaria ir contra a CEDH e o objetivo do Conselho da Europa, podendo dar lugar à suspensão do Estado, com base no previsto no art. 3º do Estatuto do Conselho.

A soft law é, portanto, um meio a partir do qual o direito europeu pode se desenvolver, servindo para enriquecer a hard law ou, no caso da sua ausência, para preencher esse vazio normativo (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §33).

Em relação ao caso concreto, o Juiz Pinto de Albuquerque iniciou sua exposição lembrando que as recomendações e resoluções do CPT são verdadeiras fontes de soft law, nas quais é possível identificar alguns dos 7 (sete) fatores de endurecimento elencados no §28 do voto e que foram sintetizados linhas acima do presente texto (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §34).

Lembrou que, apesar desses documentos do CPT não possuírem natureza estritamente vinculante, têm sido utilizados, em diversas ocasiões, pela CorteEDH, que tem reconhecido sua "considerável importância" (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §35), por isso, lamentou que a maioria tivesse desconsiderado a importância do papel do CPT na proteção dos direitos dos presos na Europa (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §36). Essa posição majoritária contraria todos os esforços que há anos o sistema global da Organização das Nações Unidas e os sistemas regionais interamericano e africano de direitos humanos vêm envidando para garantir uma maior e melhor proteção às pessoas presas (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §37-§38).

Especificamente no âmbito europeu, observou que a revisão das RPE realizada em 2006, especialmente o comentário à Regra 18, preencheu a lacuna existente em relação ao espaço apropriado em celas individuais de acomodações coletivas nas prisões (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §39). Explanou que as RPE se fundam nos parâmetros fixados pela CPT, que estabeleceu como padrão mínimo 4 (quatro) m^2, devendo-se, entretanto, levar em consideração uma análise ampla sobre o presídio e o tempo que o preso permanece na cela (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §40).

Essas RPE, incluindo os respectivos comentários, possuem, alertou, o selo do mais alto órgão político do Conselho da Europa, seu Comitê de Ministros, não podendo, portanto, serem ignoradas (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §41).

Apontou, ainda, que ignorar as RPE implica ignorar também os trabalhos penológicos realizados pelos especialistas membros do Conselho de Cooperação Penológica ("CCP") do Comitê Europeu sobre Problemas Criminais ("CEPC"), sem que qualquer estudo científico que fundamente essa posição tenha sido apresentado (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §42).

A superlotação das prisões constitui um problema estrutural dos sistemas de justiça criminal europeus, que a CorteEDH, desde 2000, tem colocado na sua agenda (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §43). Acrescentou, ainda, que "Um espaço de vida pessoal adequado é uma condição sine qua non para a ressocialização dos prisioneiros" (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §44).

Explicitou o Juiz Pinto de Albuquerque (2016, §45), que o Comitê Internacional da Cruz Vermelha tem recomendado 5,4 m^2 por pessoa em célula individual e 3,4 m^2 em acomodação compartilhada (2016, §45), já as RPE fixam 6 m^2 de para celas individuais (excluindo a instalação sanitária) devendo-se acrescentar 4 m^2 por detento para as compartilhadas, além de determinadas condições de ar, iluminação, aquecimento e ventilação. Verifica-se, portanto, que a capacidade prisional não é um conceito, cuja flexibilidade "pode ser usada para manipular a realidade prisional e tornar a superlotação mais ou menos aparente"

No presente caso, a maioria da CorteEDH contornou a proibição absoluta do art. 3º da CEDH ao aceitar um espaço inferior (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §48). Essa maioria usou a abordagem do "efeito cumulativo" para mitigar as obrigações previstas no art. 3º (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §49).

A falta de espaço individual, afirmou o Juiz Pinto de Albuquerque (2016, §51), não pode ser compensada por outras condições materiais, como luz natural, ventilação, alimentação adequada etc. caso fosse assim, "diluiria o padrão absoluto do art. 3º, convidando as autoridades penitenciárias a caírem num terreno escorregadio, sem limites objetivos" (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §51).

Para a maioria da CorteEDH, questionou o Juiz Pinto de Albuquerque (2016, §52), a presunção forte de violação do art. 3º da CEDH nos casos de aprisionamento em espaço individual de acomodação compartilhada inferiores a 3 m^2 pode ser refutada pelo Governo se demonstra que foi durante períodos curtos e ocasionais, contrariando regras claras da ONU e dos órgãos europeus.

Mais contraditório ainda, asseverou o Juiz Pinto de Albuquerque (2016, §52), foi a maioria da CorteEDH entender que essa falta de espaço podia ser compensada por outras boas condições da cela e do presídio em geral, sendo que essas condições já devem normalmente fazer parte de toda prisão. Há, portanto, "uma falha lógica de raciocínio".

Relatou o Juiz Pinto de Albuquerque (2016, §54 a §57) que, em total, o requerente passou 240 dias preso, sendo que em 170 dias não consecutivos permaneceu em celas com espaço inferior a 4 m^2. Desses, 50 dias não consecutivos foram em espaço inferior a 3 m^2, 27 dos quais foram consecutivos. Isso significa que o requerente esteve 20,8% do tempo preso em espaço inferior ao mínimo de 3 m^2, o que não pode ser entendido como uma redução "curta, ocasional e menor".

Por fim, apontou que foram desconsideradas outras duas queixas de grande relevância: a falta de trabalho, sendo que a ausência de atividade produtiva quando se quer trabalhar é tão degradante quanto o trabalho mal ou não remunerado; e a falta de possibilidade real do requerente de se encontrar e manter contato com sua família, com quem só podia se comunicar por telefone uma vez por semana durante 20 minutos, sendo o pedido de transferência ignorado e depois negado (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §59).

Concluiu, dessa maneira, que a CEDH tem força jurídica plena e não diluída, sendo que a soft law pode ter sua normatividade internacional elevada conforme a presença dos fatores de endurecimento no intuito de uma maior realização dos direitos humanos (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §60).

A soft law endurecida é fonte de direito, portanto, as RPE deveriam ter sido respeitadas, bem como os trabalhos dos membros da CPT e do CCP do CEPC, respaldados pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §61e §62).

A maioria da CorteEDH, ao ignorar as fontes de direito do Conselho da Europa, incluindo a soft law endurecida, relativizou os padrões prisionais europeus e do mundo, enfraquecendo o sistema de proteção dos direitos humanos e demonstrando uma posição incoerente[780] (CorteEDH. Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §63).

4. Análise Crítica do Voto Parcialmente Dissidente do Juiz Pinto de Albquerque

O Juiz Paulo Sérgio Pinto de Albuquerque, formado em Direito pela Universidade de Lisboa, representou Portugal na CorteEDH de 1 de abril de 2011 a 31 de agosto de 2020, tendo sua passagem por esse tribunal confirmado sua qualidade de grande jurista e defensor dos direitos humanos.

Antes de ocupar esse ilustre cargo, foi juiz em outros tribunais portugueses e teve uma notável trajetória acadêmica, que inclui a obtenção dos títulos de mestre e doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa, em 1994 e 2003 respectivamente, e do exercício da docência na Universidade Católica Portuguesa e também como professor visitante na Illinois College of Law, nos Estados Unidos, dentre outras instituições estrangeiras, demonstrando uma sólida experiência profissional e acadêmica, que fazem dele um dos mais destacados juízes da CorteEDH, com uma rica produção bibliográfica, sempre voltada à defesa dos direitos humanos.

780 Alastair Mowbray (2017) aponta que os críticos dessa decisão especulam que o motivo da maioria da CorteEDH ter desconhecido o standard mínimo de 4 m^2 fixado pelo CPT, tenha sido a preocupação pelo aumento dos processos denunciando a superlotação das prisões europeias. Nessa linha, Síofra O'Leary (2020, p. 60), que fez um importante levantamento estatístico e análise dos casos relativos às condições das prisões europeias após *Mursic vs. Croácia*, observa que a posição assumida pela CorteEDH tem sido a de reafirmar seu caráter subsidiário e de considerar os Estados como os principais responsáveis pelo cumprimento das normas da CEDH. Face essa constatação, adverte O'Leary (2020, p. 60) que o Conselho de Europa "tem muito trabalho pela frente".

No caso objeto do presente texto, Mursic vs. Croácia, uma vez mais o Juiz Pinto de Albuquerque destacou-se pela sua clara e contundente posição voltada à defesa do ser humano, expressa no seu voto parcialmente dissidente.

Há, nesse voto, um ponto temático que deve ser especialmente salientado por sua contribuição à teoria e prática dos direitos humanos: o endurecimento da soft law e consequente reconhecimento de fonte do direito internacional.

Sobre esse ponto, contribuiu o Juiz Pinto de Albuquerque ao explicitar os fatores de endurecimento da soft law, auxiliando na sua compreensão conceitual e fortalecendo a segurança jurídica do seu uso: a) uso de linguagem prescritiva; b) exatidão linguística e precisão do conteúdo; c) existência de trabalhos preparatórios; d) complexidade do processo de deliberação; e) publicidade dada ao texto normativo; f) delegação a um terceiro independente a interpretação e resolução de conflitos, bem como a previsão de mecanismos de acompanhamento; g) a prática subsequente, especialmente pela mesma autoridade (Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §28).

Contribuiu, também, ao afirmar que uma vez endurecida a soft law, adquire caráter de fonte de direito, não havendo lugar para seu retrocesso, ou seja, para ser novamente suavizada, em função da natureza evolutiva dos direitos humanos (Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §30).

Justamente, para o Juiz Pinto de Albuquerque, a soft law constitui uma forma por meio da qual o direito europeu se desenvolve. A soft law existe para enriquecer e não para enfraquecer a hard law, em cuja ausência, a soft law pode "exercer sozinha sua reivindicação normativa" (Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §33).

Nesse sentido, os Estados devem agir em conformidade com a soft law endurecida em virtude do seu caráter imperativo, sob o risco de, ao não o fazer, incorrer em ilegalidade internacional (Juiz Pinto de Albuquerque, 2016, §30).

No caso concreto, a maioria da CorteEDH ignorou esse caráter de fonte de direito da soft law endurecida das REP, arguindo que o espaço individual de aprisionamento inferior a 3 m^2 constitui apenas uma "presunção forte" de violação ao art. 3º da CEDH, que o Governo croata conseguiu refutar (CorteEDH, 2016, §116).

Para a CorteEDH a violação foi somente parcial porque o Governo demonstrou que foram apenas 27 dias consecutivos em que o recorrente ficou preso em cela com espaço inferior a 3 m^2 e porque as outras boas condições do presídio compensaram essa deficiência nos dias não consecutivos. Entendeu, ainda, a CorteEDH (2016, §123) que "a violação do artigo 3 não pode ser reduzida a um cálculo numérico de metros quadrados atribuídos a um detido. Tal abordagem, além disso, desconsideraria o fato de que, em termos práticos, apenas uma abordagem abrangente para as condições particulares de detenção pode fornecer uma imagem precisa da realidade para os detidos".

Trata-se, sem dúvida, de um erro grave da CorteEDH, apontado de forma precisa, objetiva e fundamentada pelo Juiz Pinto de Albuquerque, para quem não apenas o caráter de soft law endurecida das REP foi suavizada, mas também porque a CorteEDH adotou uma posição contraditória ao relativizar as normas de proteção dos direitos humanos, no momento que aceitou que um Governo compense a violação desses direitos com outros atos que também fazem parte da sua obrigação, fragilizando a proteção das pessoas presas na Europa e no mundo[781].

Verifica-se, portanto, a grande contribuição do Juiz Pinto de Albuquerque ao categoricamente apontar esses dois problemas que, se espera, possam se objeto de uma maior reflexão por parte da CorteEDH de modo a considerar a possibilidade de alterar sua posição, especialmente porque a própria CorteEDH (2016, §109) tem manifestado expressamente que não se encontra vinculada a sua jurisprudência, podendo mudar caso se apresente uma boa razão.

Conclusão

Em 20 de outubro de 2016, a CorteEDH proferiu sentença condenatória contra o Estado da Croácia pela violação do art. 3º da CEDH (proibição de tortura e penas ou tratamentos desumanos ou degradantes) por ter mantido preso por 27 dias consecutivos Kristijan Mursic, em cela com espaço individual inferior a 3 m^2, ferindo os padrões mínimos europeus.

Em total, Kristijan Mursic permaneceu preso 240 dias, sendo que, em 23 deles, também ficou preso em espaço inferior a 3 m^2, embora não de forma consecutiva, motivo pelo qual, a CorteEDH entendeu que as outras boas condições da cela e do presídio compensaram essa deficiência, isentando de responsabilidade o Governo croata em relação a esse período.

Contra essa posição, o Juiz Paulo Sérgio Pinto de Albuquerque emitiu voto parcialmente dissidente, por considerar, principalmente, que a CorteEDH não respeitou as RPE, cuja natureza é de soft law endurecida e, portanto, possuem caráter imperativo.

---

781 Impende observar que, no Brasil, a Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1994, (BRASIL, 1994) estabelece, na alínea "b", do parágrafo único do art. 88, que o condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório, com espaço mínimo de 6 m^2, sendo esta uma das inúmeras normas de proteção dos direitos humanos das pessoas presas que não são respeitadas. O grau de desrespeito dessas normas alcançou um nível tão alto de gravidade que, em 9 de setembro de 2015, o pleno do Supremo Tribunal Federal concedeu medida cautelar em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (MC-ADPF 347), de modo a reconhecer formalmente "o estado de coisas inconstitucional no âmbito do sistema penitenciário brasileiro ante o cenário de violação generalizada e permanente de direitos fundamentais de presos custodiados em presídios e em delegacias de polícia do país, resultante de 'falhas estruturais e falência de políticas públicas'" (LOPES; FREIRE, 2016, p. 286). Desde essa data até hoje, pouco tem se avançado para reverter esse quadro de grave violação aos direitos humanos. Daí a importância que tribunais internacionais, como a CorteEDH, adotem uma postura mais firme na proteção à dignidade humana, para que possam servir de guias, inclusive como *soft law*, para a elaboração, interpretação e aplicação das normas nacionais, sob o risco de, no caso contrário, estarem auxiliando a consolidar situações de total abandono jurídico de milhares de seres humanos no mundo.

Para fundamentar sua posição, o Juiz Paulo Sérgio Pinto de Albuquerque explicitou que o endurecimento da soft law acontece quando presentes determinados fatores (a exemplo do uso de linguagem imperativa, complexidade da sua aprovação, ampla publicidade etc.), conforme aconteceu com as RPE, inclusive porque também foram expressamente adotadas pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, constituindo inquestionável fonte de direito europeu.

A soft law, junto com a interpretação evolutiva e o consenso europeu, constitui um dos pilares do sistema normativo do Conselho de Europa e, portanto, a CorteEDH não pode desconsiderá-la e menos quando endurecida, pois neste caso equipara-se à hard law.

Em Mursic vs. Croácia, a CorteEDH suavizou as RPE. Em lugar de adotar uma posição evolutiva da proteção dos direitos humanos das pessoas presas, retrocedeu, empobrecendo o sistema jurídico europeu e, mais grave ainda, considerou ser possível um Estado compensar a violação do art. 3º da CEDH com outras ações que já faziam parte das suas obrigações.

Erros graves que nunca serão tarde de serem corrigidos e que graças a vozes firmes e sábias, como a do Juiz Pinto de Albuquerque, exemplo de jurista e de defensor dos direitos humanos, permanecerão ecoando na sociedade até a CorteEDH reverter sua posição.

Referências

BRASIL. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm Acesso em: 16 abr. 2021.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4 de novembro de 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf Acesso em: 19 mar. 2021.

CORTEEDH – CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Mursic vs. Croácia*, Aplicação nº 7334/13, de 30 de outubro de 2016. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":["mursic"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"],"itemid":["001-167483"]} Acesso em: 5 mar. 2021.

DUMBRYTÉ-OZIUNIENE, Monika. Damage claims for improper prison conditions: the jurisprudence of the Supreme Administrative Court of Lithuania from the perspective of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. *Social Transformtions in Contemporatary Society***, Lituania, n. 7, p. 171-183, 2019. Disponível em:** http://stics.mruni.eu/wp-content/uploads/2019/06/STICS_2019_7_171-183.pdf **Acesso em: 18 abr. 2021.**

LOPES, Ana Maria D'Ávila; FREIRE, Cylviane. Maria Cavalcante. O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 10, p. 285-312, 2016. Disponível em: http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/103/29 Acesso em: 19 abr. 2021.

MOWBRAY, Alastair. *European Court of Human Rights*: May 2016 – April 2017, 2017. Disponível em: https://nottingham-repository.worktribe.com/output/902640 Acesso em: 15 abr. 2021.

O'LEARY, Síofra. Conditions of detention in the case-law of the ECTHR: minimum conditions, pilot judgments and effective remedies. *Visnyk of the Lviv University*. Series Law. Leópolis, v. 70 p. 49-64, 2020. Disponível em: http://publications.lnu.edu.ua/bulletins/index.php/law/article/viewFile/10954/11184 Acesso em: 20 abr. 2021.

ONU - ORGANIZAÇAO DAS NAÇÕES UNIDA. *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*, 26 de junho de 1945. Disponível em: http://www.faap.br/responsabilidadesocial/pdf/carta_onu.pdf Acesso em: 19 mar. 2021

ONU - ORGANIZAÇAO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes*, 10 de dezembro de 1984. Disponível em: Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm 15 abr. 2021.

IV. Direito a um Julgamento Justo
Lagutin e Outros C. Rússia

Opinião Concorrente do Juiz Pinto de Albuquerque, Acompanhado Pelo Juiz Dedov

1. O caso *Lagutin e Outros* expande a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos ("a Corte") sobre técnicas especiais de investigação. A novidade do caso reside na falta de revisão judicial sobre a existência de provas incriminatórias que fundamentaram a ordem de operação secreta e, consequentemente, a extensão do envolvimento da polícia no crime[782]. Muito acertadamente, a Corte constatou violação do artigo 6 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos ("a Convenção") e criticou fortemente as deficiências da legislação russa aplicável, nomeadamente a Lei das Atividades de Pesquisa Operacional de 12 de agosto de 1995. Contudo, poderia e deveria ter ido mais longe — e dado orientação adequada às autoridades russas sobre a introdução de legislação apropriada sobre técnicas especiais de investigação ("atividades de pesquisa operacional"). Em vista da falha sistêmica da ordem jurídica russa, observada anteriormente pela Corte, e repetida no presente caso, o momento era oportuno para a Corte estabelecer os requisitos da legislação em conformidade com a Convenção sobre técnicas especiais de investigação, e impor ao Estado demandado a obrigação de revisar sua legislação de acordo com esses requisitos[783]. Além disso, os casos em questão contêm alguns aspectos particularmente graves que mereciam a atenção da Corte, como a longa duração do inquérito policial de um dos suspeitos, a gravação de áudio e vídeo das operações secretas e a realização de uma operação secreta

782 As expressões "operação secreta" e "experimento operativo" foram usadas neste caso em um sentido amplo, o que inclui infiltração, gravação oculta de áudio e vídeo, venda de teste de drogas e outras "atividades de busca operacional". Este conceito amplo pode ser equiparado ao conceito de "técnicas de investigação especial", conforme definido na Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, Rec (2005) 10 sobre "técnicas de investigação especial". Embora não haja uma definição legal geralmente aceita, as técnicas especiais de investigação são enganosas por natureza, na medida em que são elaboradas e implementadas de forma a reunir evidências do sujeito da técnica sem o seu conhecimento. A natureza encoberta ou secreta da técnica não é suficiente para ser qualificada como uma "técnica de investigação especial", uma vez que deve haver um elemento adicional de engano, disfarce, astúcia e subterfúgio.

783 Ver os §§ 93 e 115 do acórdão e os processos anteriores *Vanyan c. Rússia*, no. 53203/99, §§ 46-47, 15 de dezembro de 2005; *Khudobin c. Rússia*, no. 59696/00, § 135, CtEDH 2006-XII; *Bannikova c. Rússia*, no. 18757/06, §§ 49-50, 4 de novembro de 2010; e *Veselov e Outros c. Rússia*, nos. 23200/10, 24009/07 e 556/10, §§ 106 e 126-127, 2 de outubro de 2012.

enquanto a pessoa suspeita estava em estado de intoxicação. O objetivo desta opinião é o de abordar essas questões específicas, juntamente com o problema geral levantado pela obrigação do Artigo 46.

Técnicas Especiais de Investigação em Direito Internacional

2. Com base nos padrões atuais de direito internacional em geral e na jurisprudência da Corte em particular, bem como na pesquisa de direito comparado sobre o quadro jurídico relevante em alguns países europeus, pode-se afirmar que um consenso internacional emergiu em relação ao conteúdo mínimo da legislação compatível com os direitos humanos sobre técnicas especiais de investigação. Este consenso foi refletido, para todo o mundo, no Anexo IV da Convenção Internacional sobre Assistência Administrativa Mútua para a Prevenção, Investigação e Repressão de Infrações Aduaneiras (1977), arts. 1, g), e 11 da Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988), art. 20 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (2000), art. 50 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003), arts. 11 e 12 da Convenção Internacional sobre Assistência Administrativa Mútua em Matérias Aduaneiras (2003), art. 14 do Acordo Modelo de Cooperação Policial da INTERPOL, Recomendações 31 e 37 das Recomendações do GAFI sobre Normas Internacionais de Combate à Lavagem de Dinheiro e Financiamento do Terrorismo e Proliferação (2012)[784], Recomendações do G8 sobre Técnicas Especiais de Investigação e outras Medidas Críticas de Combate ao Crime Organizado e Terrorismo (2004)[785] e art. 5 do Regulamento Modelo da Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD) Relativo aos Delitos de Lavagem de Dinheiro com o Tráfico Ilícito de Drogas e Outros Delitos Graves (1992, última modificação em 2005).

3. Na Europa, este consenso foi expresso nos arts. 40 e 73 da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (1990), art. 4 (2) da Convenção sobre Lavagem de Dinheiro, Busca, Apreensão e Confisco dos Produtos do Crime (1990)[786], arts. 21 e 22 da Convenção sobre Auxílio Judiciário Mútuo e Cooperação entre Administrações Aduaneiras (Convenção de Nápoles II) (1997)[787], art. 23 da Convenção Penal sobre Corrupção (1999)[788], arts. 12 e 14 da Convenção sobre Assistência Mútua em Matéria Penal entre os Estados Membros da União

784 Ver a mencionada Recomendação 36 das Recomendações do FATF (versão de 1996) e a Recomendação 27 das Recomendações do FATF (versão de 2003).

785 Aprovado na reunião dos Ministros da Justiça e Assuntos Internos do G8 em Washington, 11 de maio de 2004.

786 ETS no. 141 e §§ 29 e 30 do Relatório Explicativo. A Federação Russa está vinculada a este tratado desde 1 de dezembro de 2001.

787 Ato do Conselho 98 / C 24/01 de 18 de dezembro de 1997.

788 ETS no. 173. A Federação Russa está vinculada por este tratado desde 1º de fevereiro de 2007.

Europeia (2000)[789], arts. 17 a 19 do Segundo Protocolo Adicional à Convenção Europeia de Assistência Mútua em Matéria Penal (2001)[790], art. 7 (3) da Convenção do Conselho da Europa sobre a Lavagem, Detecção, Apreensão e Confisco dos Produtos do Crime e sobre o Financiamento do Terrorismo (2005)[791], art. 6 , § 1 (a) (vi), da Decisão do Conselho de 28 de fevereiro de 2002 que cria a Eurojust com vista a reforçar a luta contra a criminalidade grave, alterada pela Decisão do Conselho 2009/426/JHA, Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa Rec (2001)11 sobre os princípios orientadores da luta contra o crime organizado, Diretriz VI das Diretrizes do Comitê de Ministros sobre direitos humanos e luta contra o terrorismo (2002), e a Recomendação do Comitê de Ministros Rec (2005)10 sobre "técnicas especiais de investigação" em relação a crimes graves, incluindo atos de terrorismo.

Assim, a legislação compatível com os direitos humanos sobre técnicas especiais de investigação deve ter, pelo menos, as seguintes características:

(1) A lei deve prever um catálogo de infrações graves que podem ser investigadas por meio de técnica de investigação especial; isto se refere a uma lista de crimes específicos ou, geralmente, a crimes puníveis com quatro ou mais anos de prisão[792].

(2) A lei deve prever um catálogo de técnicas especiais de investigação, tais como compras -teste, vendas-teste, importação controlada, exportação controlada, trânsito controlado, outras operações controladas, infiltração e operações secretas[793].

(3) A lei deve fornecer um catálogo das pessoas que podem executar técnicas especiais de investigação, tais como policiais, oficiais da alfândega e outras autoridades legais ou pessoas privadas que trabalhem sob as instruções das agências de implementação da lei.

(4) A lei deve estabelecer o tempo máximo de duração das técnicas de investigação especial, que pode ser prorrogado uma ou mais vezes — após uma avaliação pelas autoridades competentes dos resultados das fases iniciais da operação, mas em qualquer caso com um prazo máximo imposto para toda a operação[794].

(5) A lei deve indicar as "boas razões" que podem justificar a adoção de uma técnica especial de investigação, como a aplicação da lei e a prevenção e

789 Ato do Conselho de 29 de maio de 2000.

790 ETS no. 182 e §§ 132-158 do Relatório Explicativo.

791 CETS nº 198 e §§ 79-90 do Relatório Explicativo. A Federação Russa assinou, mas ainda não ratificou este tratado.

792 O Artigo 2 (b) da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional define "crime grave" como conduta punível com uma pena máxima de privação de liberdade de pelo menos quatro anos ou uma pena mais grave. O Relatório Explicativo sobre a Recomendação Rec (2005) 10 do Comitê de Ministros segue essa referência.

793 Ver § 27 do Relatório Explicativo sobre a Recomendação Rec (2005) 10 do Comitê de Ministros, e a Diretriz VI das Diretrizes do Comitê de Ministros do Conselho da Europa sobre direitos humanos e luta contra o terrorismo.

794 Ver § 156 do Relatório Explicativo sobre o Segundo Protocolo Adicional à Convenção Europeia de Assistência Mútua em Matéria Penal.

repressão ao crime[795].

(6) A lei deve exigir a observância do teste de proporcionalidade[796], de acordo com as seguintes regras:

(6.1) A técnica de investigação especial deve ser proporcional aos "bons motivos" indicados, o que exige que se encontre um equilíbrio justo entre os direitos do suspeito em conflito com os "bons motivos" citados como justificativa para a técnica de investigação especial;

(6.2) O exercício de equilíbrio também deve levar em consideração os direitos e interesses das supostas vítimas e, portanto, por exemplo, uma entrega controlada não é apropriada em casos de tráfico de pessoas;

(6.3) Quanto mais graves forem as suspeitas de crimes e as suas consequências passadas ou futuras, mais intrusiva e extensa pode ser a técnica de investigação especial;

(6.4) A técnica de investigação especial deve garantir que a essência (ou núcleo essencial) dos direitos da pessoa suspeita seja respeitada, como o seu direito à vida e à integridade física.

(7) A lei deve exigir o cumprimento do princípio da necessidade[797], de acordo com as seguintes regras:

(7.1) Deve ser necessária a técnica especial de investigação, o que exige que a ingerência nos direitos dos suspeitos atenda adequadamente aos objetivos das "boas razões" citadas e não vá além do necessário para atingir esses objetivos;

(7.2) A técnica especial de investigação deve ser justificada apenas como medida de último recurso, ou seja, quando nenhum outro meio de obtenção de provas estiver disponível;

(7.3) A técnica especial de investigação deve ser adaptada para evitar, na medida do possível, atingir pessoas ou instituições que não sejam responsáveis pelos crimes suspeitos; e

(7.4) A operação deve ser imediatamente interrompida quando deixar de atender aos objetivos das "boas razões" citadas.

(8) A lei deve estabelecer a lista de autoridades competentes para emitir ordem técnica de investigação especial, como juiz, promotor, delegado de polícia

795 Ver Capítulo II, § 2, da Recomendação Rec (2005) 10 do Comitê de Ministros, e *Ramanauskas c. Lituânia* [GC], no. 74420/01, § 63, CtEDH 2008, e *Malininas c. Lituânia*, no. 10071/04, § 36, 1 de julho de 2008.

796 Ver Capítulo II, § 5, da Recomendação Rec (2005) 10 do Comitê de Ministros e § 46 do seu Relatório Explicativo.

797 Ver Capítulo II, § 6, da Recomendação Rec (2005) 10 do Comitê de Ministros e § 155 do Relatório Explicativo sobre o Segundo Protocolo Adicional à Convenção Europeia sobre Assistência Mútua em Matéria Penal.

ou outro agente legal sênior[798], de acordo com as seguintes regras:

(8.1) Deve haver autorização judicial, e revisões regulares da técnica de investigação especial sempre que envolver interferências no direito à proteção da imagem, voz ou vida privada[799], como nos seguintes casos:

(8.1.1) entrada e escuta dentro das residências ou moradias privadas;

(8.1.2) entrada e grampeamento dentro de estabelecimentos do clero, de médicos e de advogados;

(8.1.3) grampeamento fora de residências privadas;

(8.1.4) rastreamento e escuta de conversas telefônicas;

(8.1.5) rastreamento e interceptação de telecomunicações e comunicações eletrônicas;

(8.1.6) interceptação de correspondência;

(8.1.7) vigilância acústica e ótica, por meio de fotografia encoberta e gravação encoberta de áudio ou vídeo;

(8.1.8) uso de sistemas de posicionamento guiado por satélite *Global Positioning System* (GPS);

(8.1.9) comparação automática de dados pessoais, definida como a triagem de características pessoais específicas da pessoa suspeita em dados armazenados para outros fins, que não a prevenção criminal e ação penal; e

(8.1.10) observação de longo prazo, definida como a observação por um período ininterrupto de mais de vinte e quatro horas ou em mais de dois dias que forneça uma "imagem em movimento" (*Bewegungsbild*) da vida do suspeito.

(8.2) Em casos de urgência, uma técnica especial de investigação que envolva as interferências mencionadas em (8.1) pode ser autorizada por um promotor público — mas deve ser confirmada por um juiz dentro de um curto período de tempo.

(8.3) Uma técnica especial de investigação que não envolva as interferências mencionadas em (8.1) também pode ser autorizada por um promotor público, delegado de polícia, ou outro agente legal sênior.

(8.4) O agente autorizador não deve estar envolvido de forma alguma na execução da operação, ou seja, não deve ser o agente executor, pertencer ao mesmo serviço do agente executor ou ter poder hierárquico ou fiscalizador sobre o

798 Ver Capítulo II, §§ 1 e 3, da Recomendação Rec (2005) 10 do Comitê de Ministros.

799 Não se deve confundir o uso de certas tecnologias com técnicas especiais de investigação. O uso de tais tecnologias não é, por si só, uma técnica especial de investigação.

agente de execução[800].

(9) A lei deve estabelecer o procedimento a ser seguido para a emissão e execução de uma ordem técnica de investigação especial[801], que inclui o seguinte:

(9.1) O pedido de uma técnica de investigação especial deve ser apoiado por provas incriminatórias que forneçam, pelo menos, causa suficiente para suspeitar (*hinreichende Tatverdacht*) que uma infração foi, está sendo, ou será cometida; esse padrão é inferior ao de uma evidência clara e forte (*dringende Tatverdacht*), mas é superior ao de uma mera suspeita inicial de boa-fé (*Anfangsverdacht*)[802];

(9.2) A autoridade competente deve proferir uma decisão fundamentada sobre a justificação, finalidade e limites da operação e, se necessário, sobre a autorização do agente do Estado (ou pessoa privada sob a instrução de um agente do Estado) para usar um identidade falsa, documentos falsos, dinheiro falsificado ou armas ilegais — para agir em nome de pessoas jurídicas falsas, para realizar transações falsas ou para cometer outros crimes que sejam instrumentais para os fins da operação, com exceção de crimes contra a vida ou integridade física[803];

(9.3) O agente do Estado (ou particular sob a instrução de agente do Estado) deve documentar, por meio de relatórios escritos, todas as atividades realizadas e incidentes ocorridos durante a operação, e deve apresentar esses documentos regularmente ao órgão autorizador .

(10) A lei deve estabelecer o procedimento judicial para a avaliação e eventual exclusão das provas coletadas durante a operação[804], mesmo em caso de confissão de culpa[805], que deve levar em consideração as seguintes quatro regras probatórias:

(10.1) Apenas as provas referentes a atos criminosos e omissões constantes do catálogo supramencionado (1) podem ser consideradas para fins de processo criminal e condenação, e as provas de infrações fora deste catálogo não podem ser consideradas para quaisquer fins de aplicação da lei;

(10.2) Somente as provas que se refiram a atos criminosos e omissões não instigadas pelo agente podem ser consideradas para fins de ação penal e condenação – e as provas dos delitos instigados, incitados ou provocados pelo agente do Estado (ou um particular sob a instrução de um agente do Estado) não podem ser consideradas para quaisquer fins de aplicação da lei;

(10.3) O ônus da prova para demonstrar que não houve instigação, incitamento ou provocação cabe à acusação[806];

(10.4) As provas recolhidas por meio da técnica de investigação especial devem ser corroboradas por outras provas convincentes obtidas de forma legal, e, portanto, uma condenação criminal não pode ser baseada únicamente ou em medida decisiva nas provas coletadas por meio da operação[807].

(11) A lei deve prever o procedimento judicial de exame contraditório (*cross-examination*) pelas partes das provas recolhidas por meio da técnica especial de investigação[808], com regras específicas que permitam ao arguido apresentar queixa de *entrapment* (armadilha)[809] e garantindo a proteção do sigilo da identidade do agente do Estado (ou a identidade da pessoa privada sob a instrução de um agente do Estado), dos métodos policiais de investigação, ou outras informações relevantes com base na imunidade de interesse público — mas em qualquer caso fornecendo salvaguardas suficientes para que o réu possa contestar as provas apresentadas pela acusação[810].

(12) A lei deve prever a possibilidade de recurso para contestar a legalidade da recolha de provas e a sua confiabilidade.

(13) A lei deve prever a exclusão da responsabilidade criminal do agente do Estado (ou da pessoa privada sob a instrução de um agente do Estado), apenas na medida em que as infrações criminais cometidas por ele(a) durante a investigação sejam instrumentais para os fins da operação, e tenham sido previamente autorizadas e em conformidade com (9.2) — além de o agente ter cumprido as condições mencionadas em (10.1) e (10.2). Quaisquer crimes cometidos contra a vida ou a integridade física pelo agente do Estado (ou um particular sob a ins-

800 Ver *Khudobin*, citado acima, § 135.

801 Ver *Khudobin*, citado acima, § 135, e *Ramanauskas*, citado acima, § 53.

802 Ver Capítulo II, § 4, da Recomendação Rec (2005) 10 do Comitê de Ministros e § 44 do seu Relatório Explicativo.

803 *Sequeira c. Portugal* (dez.), No. 73557/01, CtEDH 2003-VI; *Eurofinacom c. França* (dec.), No. 58753/00, CtEDH 2004-VII; *Vanyan*, citado acima, § 49; e *Khudobin*, citado acima, § 134.

804 O escopo da revisão judicial deve incluir as razões pelas quais a operação secreta foi montada, a extensão do envolvimento da polícia no delito e a natureza do incitamento ou pressão a qual o réu foi submetido (ver *Ramanauskas*, citado acima, § 71), e o tribunal deve ter o poder de excluir provas que não estejam em conformidade com o quadro legal das operações secretas (ver *Khudobin*, citado acima, §§ 133-135).

805 Ver Capítulo II, § 7, da Recomendação Rec (2005) 10 do Comitê de Ministros, e *Ramanauskas*, citado acima, § 72.

806 Existe incitamento ou instigação quando o suspeito não teria cometido o crime senão por ação do agente do Estado (ver *Teixeira de Castro c. Portugal*, 9 de junho de 1998, §§ 34-36, Relatórios de Julgamentos e Decisões 1998-IV e *Ramanauskas*, citado acima, § 70). A Lei Russa de 1995, conforme emendada por uma Lei Federal de 2007, proíbe expressamente medidas de busca operacional "para incitar, induzir, encorajar, direta ou indiretamente, a cometer atos ilícitos (provocação)".

807 Ver § 114 do acórdão do presente processo. Esta regra foi aceita, por exemplo, na Alemanha (Circular Conjunta do Ministério da Justiça e do Ministério do Interior sobre Informantes, Informantes da Polícia e Agentes Disfarçados, 1994), França (Artigo 706-87 do Código de Processo Penal), Croácia (Artigo 333 § 3 do Código de Processo Penal), Bulgária (Artigo 177 do Código de Processo Penal), "Antiga República Iugoslava da Macedônia" (secção 339 (3) da Codigo de Processo Penal) e Grécia (julgamento da Corte Grega de Cassação n.º 193/2009, e Resolução do Comitê de Ministros CM/ResDH (2011) 11 sobre a execução do acórdão de *Pyrgiotakis*).

808 Ver *Sequeira*, citado acima, e *Bannikova*, citado acima, § 76.

809 Ver a Diretriz VI das Diretrizes do Comitê de Ministros do Conselho da Europa sobre direitos humanos e luta contra o terrorismo, e *Ramanauskas*, citado acima, § 69.

810 Ver *Doorson v. Holanda*, 26 de março de 1996, § 70, Relatórios 1996-II; *Edwards e Lewis c. Reino Unido* [GC], nos. 39647/98 e 40461/98, § 46, CtEDH 2004-X; *A. e Outros c. Reino Unido* [GC], no. 3455/05, §§ 205-224, CtEDH 2009; e *Bannikova*, citado acima, §§ 62-65.

trução de um agente do Estado) durante a operação só podem ser justificados nos termos gerais do direito penal (por exemplo, em legítima defesa, estado de necessidade ou conflito de funções).

Aplicação da Norma Delineada Acima para os Casos Presentes

4. À luz do acima exposto, as deficiências da conduta da polícia no presente caso são marcantes, e os tribunais internos e promotores, além disso, forneceram apenas remédio limitado (ou nenhum remédio). No caso contra os irmãos Lagutin, a segunda e terceira operação violaram o princípio da necessidade, uma vez que a coleta de provas na primeira operação tinha sido suficiente para apoiar o caso da promotoria, como o Presidium do Tribunal Regional de Stavropol acertadamente decidiu. As provas subsequentes foram, portanto, contaminadas pela violação do princípio da necessidade. Além disso, a primeira e a segunda operação secreta com relação aos irmãos foram gravadas em vídeo[811]. A gravação em vídeo, da operação, tem uma consequência dupla. Por um lado, aumenta o grau de interferência da operação nos direitos do suspeito, na medida em que a sua voz e imagem são captadas sem consentimento. Mas, por outro lado, também garante uma revisão reforçada por parte do juiz e das partes da legalidade e confiabilidade das provas recolhidas. Portanto, a videogravação deve ser autorizada por um juiz, de acordo com a natureza do direito à proteção da própria imagem e voz como um direito da Convenção[812]. Não tendo sido obtida autorização judicial no caso dos irmãos Lagutin, as provas contra eles reunidas com base na operação encoberta, ou dela decorrente de qualquer forma, deveriam ter sido excluídas pelos tribunais internos[813]. Esta conclusão é tão mais assertiva, que nenhum relatório foi feito pelo agente secreto aos seus superiores sobre o modo de suas comunicações com os suspeitos antes e entre as compras-teste.

5. No caso contra o Sr. Semenov, o agente secreto "Ivanov" era um informante da polícia cuja identidade era mantida em segredo. O juiz poderia ter pedido os detalhes de sua identidade, mas a legislação nacional não é clara sobre a possibilidade de o promotor ocultar, diante de solicitação judicial, tais informações. Embora interrogado no tribunal, o agente "Ivanov" não respondeu a nenhuma das questões relevantes que lhe foram colocadas. Além disso, o Governo reconheceu que a polícia manteve um arquivo sobre o suspeito durante um ano e meio antes da compra-teste, mas este arquivo não foi fornecido ao tribunal nem apresentado às partes para exame. Ainda mais extraordinário é o fato de tal

811 Ver § 15 do acórdão

812 Ver § 5 da notável decisão nº. 21 de 27 de junho de 2013 do Plenário do Supremo Tribunal da Federação Russa: "segundo a jurisprudência do Tribunal Europeu, usar a imagem de uma pessoa sem o consentimento dela constitui uma violação dos direitos relevantes garantidos pela Convenção", e também o parecer do juiz Pinto de Albuquerque no processo *Söderman c. Suécia* [GC], no 5786/08, CtEDH 2013.

813 Ver §11 da decisão nº. 21 do Plenário do Supremo Tribunal da Federação Russa, citado acima.

vigilância encoberta ter durado tanto tempo sem a supervisão de um juiz[814]. Com efeito, de acordo com o atual enquadramento legal, a vigilância poderia prolongar-se durante anos, uma vez que nada impede a polícia de seguir de perto, vigiar e fiscalizar a vida de uma pessoa por um período de tempo ilimitado, sem nunca revelar tal observação de longo prazo a um juiz ou procurador. Para concluir, não houve um verdadeiro exame contraditório das provas apresentadas pela acusação e, pior ainda, a maior parte das atividades de investigação da polícia, incluindo a gravação de áudio da operação secreta, foi realizada sem qualquer supervisão efetiva de um juiz. Aqui, novamente, as provas coletadas pela polícia estão aquém do padrão internacional de direitos humanos.

6. No processo contra a Sra. Shlyakhova, a suspeita foi intoxicada por entorpecentes durante a operação secreta e a sua intoxicação foi evidente para o agente secreto[815]. O princípio da proporcionalidade, pelo menos, senão o princípio básico da solidariedade humana, exige que os agentes do Estado não iniciem ou continuem uma ação prejudicial aos direitos e interesses dos cidadãos quando estes estiverem gravemente doentes ou intoxicados. O estado particular de vulnerabilidade da pessoa suspeita deveria ter levado o agente secreto a suspender a operação. Mais gravemente, a ré alegou que seu estado de intoxicação havia sido causado pelo próprio agente secreto[816]. Tal alegação deveria ter recebido o maior cuidado e atenção dos tribunais nacionais. No entanto, os tribunais nacionais não investigaram esta alegação com seriedade, tendo omitido qualquer consideração a respeito em suas sentenças. Na verdade, as sentenças não levaram em consideração o estado de intoxicação da ré. Além disso, os tribunais internos não fizeram o menor esforço para esclarecer a flagrante contradição entre o promotor público e os policiais durante a audiência de julgamento[817]. Em conclusão, mesmo supondo que o agente secreto não intoxicou a ré, o que é incerto, as provas resultantes da operação secreta foram contaminadas e deveriam ter sido excluídas pelos tribunais nacionais, porque o agente secreto em qualquer caso agiu em violação ao princípio da proporcionalidade, continuando a sua atividade quando a suspeita estava gravemente intoxicada. Esta conclusão é reforçada pelo fato de que as decisões que autorizam as compras-teste foram realizadas pelo mesmo responsável operacional que organizou as compras-teste e lavrou os documentos a elas pertencentes, o que anulou, *ab initio,* todo o procedimento de autorização.

7. No caso do Sr. Zveryan, o tribunal de recurso nem sequer se pronunciou sobre o fundamento de armadilha, deixando o arguido sem qualquer tipo de

814 Ver § 25 do acórdão.

815 Ver § 37 do acórdão.

816 Ver § 42 do acórdão.

817 Ver § 38 do acórdão.

proteção jurídica[818]. Aqui, novamente, não houve supervisão da operação secreta por um juiz ou promotor — bem como nenhuma autorização para a gravação de áudio da operação por um juiz.

8. Em todos os casos perante a Corte, o Governo argumentou que, de acordo com a seção 12 da Lei das Atividades de Pesquisa Operacional de 12 de agosto de 1995, os dados sobre as fontes de informação relativos à realização de uma compra-teste não deviam ser divulgados nos presentes processos por constituírem segredo de Estado e, embora pudessem ser desclassificados por meio de despacho do titular da operação, não houve necessidade de desclassificá-los, pois as provas de que dispunham os tribunais nacionais eram suficiente para determinar se houve alguma provocação. Essa linha de argumentação não convence por duas razões. Em primeiro lugar, não se discutiu durante o processo interno se as investigações policiais constituíam segredo de Estado, alegação apresentada pela primeira vez perante a Corte. Em segundo lugar, nada nos autos permite concluir que, no momento em que foram tomadas as decisões sobre a validade das técnicas especiais de investigação, as provas de que dispunham os diversos tribunais nacionais eram suficientes para determinar se houve alguma provocação. Contrariamente ao que afirma o Governo, resulta dos autos que os tribunais nacionais presumiram, sem qualquer hesitação, que existiam provas incriminatórias suficientes para servir de base à ordem de operação secreta e, consequentemente, que não houve provocação policial. A falta de revisão judicial das operações encobertas envolvendo gravação de áudio ou vídeo foi agravada pela circunstância de não haver supervisão efetiva e regular do inquérito policial pelo Ministério Público. De fato, a prática existente reflete as deficiências do quadro jurídico de "atividades de busca operacional", a qual carece de garantias básicas de direitos humanos, e a possibilidade de o requerente intentar uma ação judicial visando declarar um "experimento operativo" ilegal e solicitar a exclusão de seus resultados como prova obtida ilegalmente é evidentemente insuficiente[819].

Conclusão

9. A luta contra o tráfico de drogas é uma prioridade na Europa e as técnicas especiais de investigação são um meio poderoso de perseguição nesta luta. Mas, na Europa, existem limites muito precisos para os meios que podem ser usados pelos tribunais e agentes de aplicação da lei. E esses limites foram seriamente ultrapassados nos casos perante a Corte, como em outros semelhantes. A fim de enfrentar este problema sistêmico, o Estado requerido não deve apenas reformar sua legislação sobre técnicas especiais de investigação de acordo com os padrões internacionais de direitos humanos acima mencionados, mas também

818 Ver § 59 do acórdão

819 *Bykov c. Rússia* [GC], no. 4378/02, §§ 80-83, CtEDH 2009.

deve tomar as medidas administrativas adicionais para alcançar a implementação efetiva da nova legislação na prática de todas as agências de implementação da lei e, especialmente, a polícia. Além disso, nos casos específicos perante a Corte, os tribunais nacionais devem necessariamente anular as condenações injustas proferidas com base nas operações secretas impugnadas e, consequentemente, inocentar os réus das acusações deduzidas contra eles, uma vez que as condenações injustas dos requerentes ainda estão afetando-os gravemente[820]. Qualquer outra solução seria uma afronta ao Estado de Direito.

820 Esta conclusão aplica-se também a pessoas que possam estar em situação semelhante à das recorrentes. Ver novamente os §§ 17 e 21 da ampla decisão no. 21 do Plenário do Supremo Tribunal da Federação Russa, citado acima.

Caso Lagutin e Outros vs. Rússia: um *Leading Case* Sobre os Limites das Operações Policiais Secretas com Provocação de Conduta Delituosa por Agentes Disfarçados

Silvio Beltramelli Neto[821]

Introdução

Um convite para comentar uma obra de um jurista da importância do professor e juiz Paulo Pinto de Albuquerque, vindo de um outro jurista paradigmático, como o professor André de Carvalho Ramos, é daqueles que nos causa um sentimento dual. Ao mesmo tempo em que nos preenche de satisfação e nos faz acreditar no bom caminho da nossa própria trajetória profissional e acadêmica, nos toma de insegurança quanto a apresentar um escrito que esteja à altura das expectativas.

Não bastasse o cumprimento, com brilhantismo ímpar, de 9 (nove) anos de mandato junto a Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH), entre 2011 e 2020, o professor Paulo Pinto de Albuquerque já havia se feito reconhecer, mundialmente, por sua relevância na judicatura e no meio universitário português e internacional, tendo por isso sido conduzido a inúmeros postos acadêmicos e político-judiciários em seu País e fora dele, inclusive vindo a participar, sempre a convite, de importantes movimentos legislativos, como a reforma da legislação processual penal alemã (1999) e a reforma penal de Portugal (2005-2007).

A *expertise* teórica e prática do professor Pinto de Albuquerque em matéria penal e processual penal permitiram-lhe presentear a comunidade jurídica mundial com uma manifestação em forma de voto para o Caso Lagutin e Outros vs. Rússia — relativo aos limites e possibilidades da autorização e execução das chamadas "técnicas especiais de investigação" —, que entra para a história da jurisdição dos direitos humanos pelo seu rigor metodológico e sua capacidade para apreensão transnacional.

821 Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas), Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Faculdade de Direito, vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, integrante da linha de pesquisa "Cooperação Internacional e Direitos Humanos" e do Grupo de Pesquisa "Direito num Mundo Globalizado". Membro do Ministério Público do Trabalho. Autor do livro "Curso de Direitos Humanos" (6. ed. Editora Atlas, 2021).

Com meus sinceros agradecimentos ao professor André de Carvalho Ramos pelo convite e como expressão de minha homenagem ao legado do professor Pinto de Albuquerque, ofereço a singela análise que segue, a partir do seguinte itinerário alusivo ao caso sob exame: a retomada dos fatos, de seu processamento nacional e da decisão da Corte EDH; a apresentação da Opinião Concorrente do juiz Pinto de Albuquerque; a enfatização de seu caráter paradigmático, a partir das premissas adotadas (dever estatal de proteção dos direitos humanos e força normativa do consenso geral de Estados); e, finalmente, o apontamento das lições que o posicionamento do juiz oferta ao tratamento de recentes mudanças legislativas brasileiras que guardam relação com a temática do julgamento em evidência.

1. Apresentação do Caso

O Caso Lagutin e Outros vs. Rússia (doravante simplesmente "Caso Lagutin") foi julgado pela Corte EDH, em 1º de abril de 2014, tendo sido adjudicado à Primeira Seção daquele Tribunal, à época composta pelos juízes Isabelle Berro-Lefèvre, Julia Laffranque, Linos-Alexandre Sicilianos, Erik Møse, Ksenija Turković, Dmitry Dedov e Paulo Pinto de Albuquerque (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014).

O Caso é produto da reunião para apreciação conjunta de cinco petições individuais autônomas apresentadas a Corte EDH por cinco cidadãos russos contra a Federação Russa, nos termos do artigo 34 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH)[822]. Os referidos peticionamentos envolveram os irmãos Srs. Ivan Lagutin e Viktor Lagutin, bem como o Sr. Semenov, a Sra. Shlyakhova, o Sr. Zveryan.

Cada um dos peticionantes foi alvo de operações sigilosas conduzidas pela polícia russa, na forma do que se convencionou denominar "compra-teste" (*test purchase*) de drogas, com base nas seções 7 e 8 da "Lei de Atividades Operacionais de Pesquisa", lei russa de 12 de agosto de 1995. Tais operações redundaram em condenações criminais pelo Poder Judiciário da Rússia por prática de tráfico de drogas. Em nenhum dos casos a polícia russa esclareceu ao Juízo nacional quais as fontes das informações sobre atividades criminosas pretéritas dos réus que ensejaram as operações de compra-teste e as condenações criminais assentadas.

Todos os cinco pleitos contestam a versão policial de prática de tráfico de drogas, a partir da alegação de que os acusados apenas realizaram intermediação episódica entre os traficantes e os policiais disfarçados, na medida em que os peticionantes tinham acesso aos vendedores dos entorpecentes, em virtude de suas

822 Convenção Europeia de Direitos Humanos, art. 34: "O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem-se a não criar qualquer entrave ao exercício efetivo desse direito".

condições de usuários. Alegaram, portanto, que apenas agiram como relatado porque instigados por uma armadilha policial.

Os cinco casos apresentam a mesma matéria controvertida, por isso que, dentro dos limites espaciais deste escrito, opta-se pela reprodução de apenas um deles, para a melhor compreensão da dimensão fática em análise.

Os irmãos Ivan Lagutin e Viktor Lagutin eram funcionários de um quiosque de aluguel de vídeo e áudio, no momento de suas prisões por venda de pequena quantidade de maconha (*Cannabis sativa* l) a policial disfarçado, que agiu em nome da polícia antidrogas russa (Serviço Federal de Controle de Drogas).

Durante o processo judicial nacional, restou incontroverso pelas partes que o policial disfarçado chegou a Ivan Lagutin por meio de um conhecido e lhe perguntou se forneceria maconha para uso próprio. Contudo, as partes divergiram quanto a Ivan Lagutin ter concordado em fazê-lo, pois o Estado Russo alega pronta aquiescência de Ivan, ao passo em que este sustenta haver dito ao interlocutor que não dispunha da droga, mas, supondo ser este um usuário de *cannabis*, dispôs-se a perguntar à pessoa de quem comprava para uso pessoal, frequentadora eventual do quiosque, se havia disposição para realizar a venda direta ao solicitante. Com a aquiescência do policial disfarçado, diz Ivan que contatou o traficante, adiantou dinheiro do quiosque para a compra da droga, realizou o negócio e, depois, valeu-se de seu irmão Viktor para entregar a encomenda ao comprador, ressarcindo o caixa do quiosque com o montante recebido em pagamento. Este tipo de venda ocorreu em três ocasiões diferentes, dentro do mês de novembro de 2007, sempre por solicitação do mesmo policial, tendo envolvido, respectivamente, 7,8, 7,5 e 10 gramas de maconha.

As comunicações telefônicas entre o policial e os solicitantes não foram gravadas ou interceptadas. Em dezembro de 2007, a polícia russa revistou o quiosque e apreendeu 7,6 gramas de maconha embrulhada em jornal e uma garrafa de plástico cortada com papel alumínio dentro, denotando dispositivo para o consumo da maconha. Os irmãos Lagutin foram então presos e acusados de adquirir grandes quantidades de drogas narcóticas, atuando como parte de uma organização criminosa.

Perante a Justiça russa, os irmãos Lagutin admitiram parcialmente a intermediação da compra da droga para o policial disfarçado, mas negaram pertencimento a organização criminosa ou prática de tráfico de drogas, sustentando que a conduta adotada foi pontual e motivada pelo ímpeto de atender ao interesse do interlocutor. Em juízo, o agente e um colega, incumbidos da operação disfarçada, negaram-se a apresentar a fonte da informação que suscitou a investigação dos réus, classificando-a como sigilosa.

Em 1.º de outubro de 2008, o Tribunal Distrital de Stavropol de Promyshlennyy condenou Ivan Lagutin a seis anos de prisão e Viktor Lagutin a cinco anos de prisão, tendo os réus apelado à segunda instância, contestando a prisão policial, sob argumento de que os resultados das compras incitadas deveriam ser excluídas do conjunto de provas obtidas ilegalmente. Infirmaram, ainda, a alegação de que a polícia dispunha de informações prévias que indicasse a prática de venda de drogas pelos condenados. O recurso restou desprovido por decisão que não examinou a alegação de ilegalidade da prisão por fato decorrente de situação preparada pela polícia.

Após pedidos revisionais da Procuradoria-Geral da Região, o Tribunal Regional de Stavropol acatou o argumento segundo o qual o delito já havia sido suficientemente caracterizado na primeira compra, tornando dispensáveis as outras duas, estas sim consideradas incitações intencionais da polícia e, por isso, passíveis de não configuração do tráfico. Por consequência, a pena imposta à Ivan Lagutin foi reduzida a cinco anos e dois meses de prisão, enquanto que a reprimenda de Viktor Lagutin permaneceu inalterada.

Todos os cinco peticionantes do Caso Lagutin alegaram a Corte EDH violação pelo Estado Russo ao artigo 6.º da CEDH[823], em razão de condenação por delitos relacionados a drogas, praticados no contexto de ação preparada pela polícia nacional.

Na decisão para o caso, a Primeira Seção da Corte EDH retomou alguns cânones assentados em sua jurisprudência pretérita sobre a matéria sob exame. Os princípios gerais relativos às garantias de um julgamento justo, no âmbito de técnicas de investigação encobertas utilizadas para combater o tráfico de drogas e a corrupção, estão expostos na extensa jurisprudência resumida nos casos Bannikova v. Rússia e Veselov e Outros. A saber.

Primeiramente, a Corte repisou que aceita o uso de agentes infiltrados como uma técnica de investigação legítima para combater crimes graves, contanto que sejam previstas salvaguardas adequadas contra abusos na persecução criminal, pois o interesse público não pode justificar o uso de provas obtidas como resultado de incitação policial. Sustentou que a CEDH não impede sejam creditadas, na fase de investigação preliminar e quando a natureza do delito o justifica, informações vindas de fontes anônimas. Entretanto, este tipo de fonte só é aceitável, uma vez mais, na hipótese de haver salvaguardas adequadas e suficientes contra abusos, notadamente um procedimento transparente e previsível para autorizar, executar e fiscalizar o uso de agentes disfarçados.

---

823 Art. 6.º, CEDH: "1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça".

Dito de outro modo, segundo a Corte EDH, em casos em que as principais provas tenham origem em uma operação secreta, como uma compra-teste de drogas, é preciso demonstrar a existência de boas razões que justifiquem uma operação deste tipo, em especial evidenciadas a partir de provas concretas e objetivas da adoção pelos investigados de providências iniciais para cometer os atos objetos dos processos judiciais que se originam da apuração. Ademais, aduziu a Corte que qualquer informação utilizada como fonte pelas autoridades deve ser verificável.

O Tribunal Europeu corrobora, ainda, que qualquer operação secreta deve contemplar uma investigação que seja conduzida de forma essencialmente passiva, afirmando ser crucial a prova de que o ato criminoso já estava em curso, no momento da intervenção policial.

A decisão da Corte EDH fez questão de relembrar o histórico do Estado Russo junto à sua jurisdição, o que se refere à atuação policial mediante compra-teste, revelador de que a polícia russa não prestava contas da conduta de seus agentes e informantes infiltrados, o que reputa-se resultado da ausência de um procedimento transparente e previsível para autorizar compras-testes.

Enfatizou, por conseguinte, a Corte EDH que, dada a sensibilidade de casos criminais que tenham como prova exclusiva o resultado de operações secretas, com uso de agentes disfarçados, a observância do direito ao julgamento justo reclama um processo contraditório, minucioso, abrangente e conclusivo sobre a questão da ação encoberta, recaindo, necessariamente, ônus da prova sobre a acusação, com vistas a demonstrar que não houve incitação. Em sendo assim, a jurisdição nacional tem a obrigação de perquirir sobre as razões pelas quais a operação secreta foi organizada, a extensão do envolvimento da polícia no delito e sobre a natureza de qualquer induzimento ou instigação a que o requerente tenha porventura sido submetido, algo que, a juízo da Corte EDH, a jurisdição russa não fez nos cinco casos analisados.

A decisão do Tribunal Europeu ainda assinalou que, diante da controvérsia entre as partes a respeito de como os fatos ocorreram, a falta de transparência da polícia russa em relação às suas fontes e ao seu *modus operandi* atribui importância decisiva à análise que fora realizada pelas instâncias judiciárias nacionais acerca daquelas perquirições acima apontadas.

Com base nestas premissas, a Corte EDH concluiu que, nos cinco casos reportados, os tribunais nacionais não apuraram, adequadamente, as razões pelas quais as operações secretas aconteceram, a extensão do envolvimento da polícia no delito e a natureza de qualquer incitamento ou pressão a que os réus tinham sido submetidos. Não se estabeleceu, portanto, um processo justo, com observância da única garantia de que dispõe alguém sujeito a uma operação secreta. Por conseguinte, a Corte EDH declarou violado pelo Estado Russo o artigo 6.º, item 1, da CEDH, determinando indenizações compensatórias a todos os peticionantes.

2. O VOTO DO JUIZ PINTO DE ALBUQUERQUE

O Juiz Pinto de Albuquerque ofereceu Opinião Concorrente para o Caso Lagutin e Outros, enriquecendo os fundamentos declarados na sentença, a partir de uma crítica à timidez que identificou na decisão colegiada, logo após haver reconhecido tratar-se de um *decisum* histórico e paradigmático, porque expande a jurisprudência da Corte IDH a respeito do emprego de técnicas investigativas, inovando ao declarar violação do artigo 6.º da CEDH na hipótese de falta de exame judicial, na esfera nacional, sobre a efetiva pré-existência de provas incriminatórias aptas a justificar uma ordem de operação secreta e, por conseguinte, a atuação de agente policial disfarçado. A despeito dos elogios, o juiz Pinto de Albuquerque pontou, com a costumeira acuidade:

> Muito acertadamente, a Corte constatou violação do artigo 6 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos ("a Convenção") e criticou fortemente as deficiências da legislação russa aplicável, nomeadamente a Lei das Atividades de Pesquisa Operacional de 12 de agosto de 1995. Contudo, poderia e deveria ter ido mais longe — e dado orientação adequada às autoridades russas sobre a introdução de legislação apropriada sobre técnicas especiais de investigação ("atividades de pesquisa operacional"). Em vista da falha sistêmica da ordem jurídica russa, observada anteriormente pela Corte, e repetida no presente caso, o momento era oportuno para a Corte estabelecer os requisitos da legislação em conformidade com a Convenção sobre técnicas especiais de investigação, e impor ao Estado demandado a obrigação de revisar sua legislação de acordo com esses requisitos. Além disso, os casos em questão contêm alguns aspectos particularmente graves que mereciam a atenção da Corte, como a longa duração do inquérito policial de um dos suspeitos, a gravação de áudio e vídeo das operações secretas e a realização de uma operação secreta enquanto a pessoa suspeita estava em estado de intoxicação. O objetivo desta opinião é o de abordar essas questões específicas, juntamente com o problema geral levantado pela obrigação do Artigo 46. (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014)

A argumentação do voto concorrente de que se trata parte do desvelamento de um consenso internacional acerca dos parâmetros de aceitação do uso das chamadas "técnicas especiais de investigação", dentre as quais encontram-se as operações sigilosas e, no desenrolar destas, a "compra-teste" por agentes disfarçados, consenso tal proveniente de inúmeras normas de Direito Internacional Público de alcance global e regional[824].

---

824 O juiz Pinto de Albuquerque é minudente no apontamento destas fontes normativas, não deixando dúvidas sobre a existência do alegado consenso. A este propósito, são citadas as seguintes normas de Direito Internacional Público de caráter global ou regional: Anexo IV da Convenção Internacional sobre Assistência Administrativa Mútua para a Prevenção, Investigação e Repressão de Infrações Aduaneiras (1977); arts. 1, "g", e 11 da Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988); art. 20 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (2000); art. 50 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003), arts. 11 e 12 da Convenção Internacional sobre Assistência Administrativa Mútua em Matérias Aduaneiras (2003); art. 14 do Acordo Modelo de Cooperação Policial da INTERPOL; Recomendações 31 e 37 das Recomendações do GAFI sobre Normas Internacionais de Combate à Lavagem de Dinheiro e Financiamento do Terrorismo e Proliferação (2012); Recomendações do G8 sobre Técnicas Especiais de Investigação e outras Medidas Críticas de Combate ao Crime Organizado e Terrorismo (2004); art. 5 do Regulamento Modelo da Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD) Relativo aos Delitos de Lavagem de Dinheiro com o Tráfico Ilícito de Drogas e Outros Delitos Graves (1992, última modificação em 2005); arts. 40 e 73 da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (1990); art. 4 (2) da Convenção sobre Lavagem de Dinheiro, Busca, Apreensão e Confisco dos Produtos do Crime (1990); arts. 21 e 22 da Convenção sobre Auxílio Judiciário Mútuo e Cooperação entre Administrações Aduaneiras (Convenção de Nápoles II)

A partir deste paradigma, revela-se um padrão basilar de conformidade com o Direito Internacional dos Direitos Humanos a ser seguido pelas legislações nacionais que versem sobre técnicas especiais de investigação. O juiz Pinto de Albuquerque, referenciando as fontes normativas correlatas dentre aquelas arroladas, enumera diversas "características" que conformam este padrão, cujas principais passa-se a sumariar.

É preciso que a lei nacional preveja catálogos de: (i) infrações graves — crimes específicos ou, geralmente, crimes puníveis com quatro ou mais anos de prisão, nos termos do artigo 2 (b) da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional — que podem ser investigadas por meio de técnica de investigação especial; (ii) técnicas especiais de investigação, tais como a compra-teste e outras atividades investigativas típicas de operações sigilosas; (iii) pessoas aptas e autorizadas a executar técnicas especiais de investigação.

Indispensável que seja estabelecido, legalmente, tempo máximo de duração do emprego das técnicas especiais de investigação, bem como que sua prorrogação, sempre com limitação temporal, seja possível apenas mediante avaliação e admissão por autoridade competente, por meio de exame de sua pertinência, à luz dos resultados das etapas investigativas iniciais.

A previsão legal nacional deve, ainda, explicitar as razões passíveis de serem invocadas para justificar a adoção de uma técnica especial de investigação, bem como deve exigir a satisfação do teste de proporcionalidade, no contexto da razão justificadora correlata. Para ser proporcional sob o ponto de vista da adequação, o uso da técnica especial de investigação deve: zelar pelo justo equilíbrio entre os direitos do suspeito e a razão justificadora do ato investigativo; levar em consideração os direitos e interesses das supostas vítimas (*v.g.* a não adequação de uma entrega controlada para casos de tráfico de pessoas); zelar para que sejam as técnicas investigativas mais intrusivas e extensas quanto mais graves forem as suspeitas de crimes e as suas consequências passadas ou futuras; garantir o respeito ao núcleo essencial dos direitos da pessoa suspeita, o que inclui seu direito à vida e à integridade física. Já para a proporcionalidade sob o prisma da necessidade, a lei nacional deve prever que a investigação: não vá além do necessário para atingir os objetivos traçados, dentro dos limites da razão justificadora que autorizou seu

(1997); art. 23 da Convenção Penal sobre Corrupção (1999); arts. 12 e 14 da Convenção sobre Assistência Mútua em Matéria Penal entre os Estados Membros da União Europeia (2000); arts. 17 a 19 do Segundo Protocolo Adicional à Convenção Europeia de Assistência Mútua em Matéria Penal (2001); art. 7 (3) da Convenção do Conselho da Europa sobre a Lavagem, Detecção, Apreensão e Confisco dos Produtos do Crime e sobre o Financiamento do Terrorismo (2005); art. 6 , § 1 (a) (vi), da Decisão do Conselho de 28 de fevereiro de 2002 que cria a Eurojust com vista a reforçar a luta contra a criminalidade grave, alterada pela Decisão do Conselho 2009/426/JHA; Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa Rec (2001)11 sobre os princípios orientadores da luta contra o crime organizado; Diretriz VI das Diretrizes do Comitê de Ministros sobre direitos humanos e luta contra o terrorismo (2002); e a Recomendação do Comitê de Ministros Rec (2005)10 sobre "técnicas especiais de investigação" em relação a crimes graves, incluindo atos de terrorismo.

emprego; apresente-se como *ultima ratio*, i.e como única medida possível, uma vez descartados todos os outros meios de obtenção de provas; esteja adaptada para evitar, na medida do possível, o atingimento de pessoas ou instituições que não sejam responsáveis pelos crimes suspeitos; e esteja apta a ser imediatamente interrompida, quando deixar de atender à sua razão justificadora.

A lei nacional precisa, ainda, nomear as autoridades competentes para requerer e para autorizar o uso de técnica especial de investigação, observadas as seguintes regras: indispensabilidade de autorização judicial e revisões regulares da investigação, sempre que envolver interferências no direito à proteção da imagem, voz ou vida privada; em casos de urgência, pode ser admitido que uma investigação que envolva as interferências acima mencionadas seja autorizada por um promotor público, contanto que confirmada por um juiz, dentro de um curto período de tempo; admissão de que investigação que não envolva as interferências mencionadas pode ser autorizada por um promotor público, delegado de polícia, ou outro agente legal de alto cargo; o agente autorizador não pode ter qualquer grau de envolvimento com a execução da operação ou com a instituição que a execute.

A legislação doméstica deve estabelecer um procedimento a ser seguido para a emissão e execução de uma autorização de investigação especial, que contemple: apoio em provas incriminatórias que permitam, pelo menos, razoável suspeita de que uma infração foi, está sendo, ou será cometida, o que significa corresponder a algo menos robusto do que uma evidência clara e forte, conquanto mais forte do que uma mera suspeita inicial de boa-fé; decisão autorizadora pormenorizada que estabeleça, inequivocamente, a finalidade e os limites da operação e que, na hipótese de operação secreta com agente disfarçado, aponte, discriminadamente, todas as ações simuladas admitidas para o caso; a obrigação de o agente investigador documentar, por meio de relatórios escritos, todas as atividades realizadas e incidentes ocorridos durante a operação, a serem regularmente apresentados à autoridade que autorizou a investigação especial.

Há de ser previsto em lei, ademais, que todas as provas coletadas durante a operação sejam revisadas por autoridade judicial — com possibilidade de exclusão, ainda que em caso de confissão de culpa —, observadas quatro regras probatórias: apenas as provas referentes a atos criminosos e omissões constantes do catálogo previamente previsto em lei podem ser consideradas para fins de processo criminal e condenação, desconsiderando-se, sumariamente, as que não atendam a esse critério; apenas provas que se refiram a atos criminosos e omissões não instigadas pelo agente investigador podem ser consideradas para fins de ação penal e condenação, descartando-se as provas de atos provocados por quem investiga; o ônus da prova de que não houve instigação, incitamento ou provocação recai sobre a acusação; as provas obtidas por meio de investigação especial devem ser corroboradas por outras provas convincentes, obtidas legalmente, de modo que uma condenação criminal não pode ser baseada exclusivamente ou decisivamente com lastro nas provas coletadas por meio da operação.

A lei nacional também deve prever, em âmbito judicial, o exame contraditório (*cross-examination*) pelas partes das provas recolhidas por meio da técnica especial de investigação, com regras específicas que permitam ao acusado apresentar alegação de *entrapment* (armadilha) e garantindo a proteção do sigilo da identidade do agente disfarçado, dos métodos policiais de investigação ou outras informações relevantes com base no interesse público, mas, em qualquer caso, fornecendo salvaguardas suficientes para que o acusado possa contestar as provas apresentadas pela acusação. Há que se prever, ademais, a possibilidade de recurso para contestar a legalidade da recolha de provas e a sua confiabilidade.

Por fim, a lei que regulamenta o uso da técnica de investigação especial deve prever a exclusão da responsabilidade criminal do agente investigador, apenas na medida em que as infrações criminais por este cometidas, durante a investigação, sejam instrumentais para os fins da operação e tenham sido previamente autorizadas pela decisão que admitiu a investigação especial, bem como se comprovado que o agente investigador cumpriu as condições mencionadas em relação às provas passíveis de consideração em juízo.

É a partir deste detalhado paradigma que o juiz Pinto de Albuquerque, em seu voto concorrente, examina as investigações especiais realizadas nos cinco casos que integram o Caso Lagutin, assim como o procedimento do Poder Judiciário russo quanto à avaliação destas investigações, apontando falhas e tolerâncias injustificáveis desde a autorização das operações com agentes disfarçados, chegando à desídia da jurisdição nacional quanto ao exame da proporcionalidade das investigações levadas a efeito, tal como das provas obtidas em cada situação, tudo albergado por uma legislação deficiente. Como resultado de sua análise, o voto concorrente vaticina:

> A fim de enfrentar este problema sistêmico, o Estado requerido não deve apenas reformar sua legislação sobre técnicas especiais de investigação de acordo com os padrões internacionais de direitos humanos acima mencionados, mas também deve tomar as medidas administrativas adicionais para alcançar a implementação efetiva da nova legislação na prática de todas as agências de implementação da lei e, especialmente, a polícia. Além disso, nos casos específicos perante a Corte, os tribunais nacionais devem necessariamente anular as condenações injustas proferidas com base nas operações secretas impugnadas e, consequentemente, inocentar os réus das acusações deduzidas contra eles, uma vez que as condenações injustas dos requerentes ainda estão afetando-os gravemente[825]. Qualquer outra solução seria uma afronta ao Estado de Direito. (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014)

A posição do juiz Pinto de Albuquerque revela rigoroso zelo, na *práxis* jurisdicional, com premissas próprias do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

825 Esta conclusão aplica-se também a pessoas que possam estar em situação semelhante à das recorrentes. Ver novamente os §§ 17 e 21 da ampla decisão no. 21 do Plenário do Supremo Tribunal da Federação Russa, citado acima.

3. Premissas de um Histórico *Leading Case*

É cediço que uma efetiva proteção dos direitos humanos requer, para além de sua declaração, a instituição de instrumentos que permitam coibir as ameaças de violação aos direitos declarados e reprimir a afronta praticada. Desta função estão incumbidos direitos de natureza prevalentemente processual, também conhecidos como "garantias". Um sistema que pretenda proteger direitos humanos sem a instituição de garantias correlatas está fadado à não-efetivação por estabelecer-se apenas no plano retórico, destituído da aptidão de responder à sua contrariedade (CARVALHO RAMOS, 2020, p. 65). A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) não descurou dessa exigência, prevendo, em seu art. 8.º, que "todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei"[826].

O Caso Lagutin e Outros traz à baila debate aplicado sobre garantias, porquanto tratar das possibilidades e limites do emprego de técnicas especiais de investigação por agentes com poder de polícia, a serem contempladas pelas leis nacionais e reexaminadas pela jurisdição doméstica. O dever estatal de proteção dos direitos humanos foi, portanto, posto à prova, em relação a diversas instâncias do Estado, alcançando o Estado-Polícia, o Estado-Legislador e o Estado-Juiz[827]. Todas essas sensíveis questões foram enfrentadas pelo voto do juiz Pinto de Albuquerque, que se destaca pelo rigor metodológico na análise, ao estabelecer paradigmas normativos atinentes aos direitos humanos aplicados ao mote do caso.

A descrição e adoção de um padrão normativo delineado a partir de um consenso extraído de uma visão sistemática de tratados e resoluções internacionais atinentes ao tema *sub judice* corrobora a tendência contemporânea de compreensão das fontes do Direito Internacional Público (DIP), à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH).

Entre tantos autores que se dedicaram ao assunto, Cançado Trindade afirma que o movimento de "humanização do Direito Internacional" no pós-Guerras Mundiais do século XX transformou a clássica compreensão das fontes do DIP, vinculada ao rol trazido pelo art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ)[828] e aficionada pelo consentimento individual estatal como substra-

826 Assim também, dentre outras tantas normas internacionais de alcance global e regional, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no art. 2.º, item 3.

827 Em termos práticos, vale lembrar que o dever estatal de proteção dos direitos humanos reclama todo tipo de ação dos agentes de Estado, dentro de suas competências, para, de um lado, tornar efetiva a reprovação legal de graves violações dos direitos humanos e, de outro, oferecer repostas institucionais adequadas ao impedimento ou, quando esse não for possível, a adequada punição ao ofensor e a proporcional reparação à vítima (CANOTILHO, 2003, p. 407-410; CANARIS, p. 65-75).

828 Art. 38 do Estatuto da CIJ: "A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d) sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciárias e a doutrina dos juristas

to da vinculação às normas internacionais e à jurisdição internacional.

Relembra Cançado Trindade (2015, p. 74-75) que, nos anos de 1950 e 1971, a CIJ já proferira dois pareceres — "Interpretação dos Tratados de Paz" e "Namíbia", respectivamente —, nos quais refutou alegações estatais de ausência de reconhecimento de sua jurisdição pelos Estados envolvidos como circunstância obstativa para a produção dos opinativos, abrindo caminho para a superação do consentimento com substrato único da formação da norma internacional. Em sintonia com essa tendência, os trabalhos preparatórios da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 já mencionaram a *opinio juris* como manifestação de uma "consciência jurídica da humanidade". Já entre as décadas 1970 e 1980, a mesma CIJ, ao examinar casos contenciosos[829], referiu-se ao "consenso geral dos Estados" como fonte de normas de direito internacional, conferindo relevância a *opinio juris* e considerando-a decorrente não apenas das práticas estatais, mas também das posições adotadas no âmbito das organizações internacionais. Tal movimento foi estimulado pelas ações de compilação e codificação de normas de direito internacional, promovidas pelas organizações internacionais, com base na obtenção de consensos de seus Estados Membros. Tais precedentes ajudaram à formação da seguinte convicção:

> (...) a teoria clássica das "fontes" do Direito Internacional, além de repousar em uma analogia inadequada com as fontes de criação dos ordenamentos jurídico internos, não reflete a complexidade do processo de formação do Direito Internacional Contemporâneo, devido em parte à própria expansão da comunidade internacional em nossos dias. Assim, a teoria clássica das "fontes", por exemplo, não toma em devida conta a considerável produção normativa emanada das organizações internacionais, a qual tem contribuído decisivamente à superação do paradigma interestatal do ordenamento jurídico internacional. (CANÇADO TRINDADE, 2015, p. 75)

Na mesma linha segue Anne Peters (2006), entendendo este processo como um "fenômeno transversal" de "erosão da exigência de consentimento", que se estabelece acompanhada de uma tendência do enfraquecimento da regra do objetor persistente — Estado que se coloca desde sempre, de maneira sistemática, contra certas normas internacionais, com o que pretende eximir-se de sua vinculação a estas. Peters devota o citado fenômeno à prática do voto majoritário, no âmbito de organizações internacionais, e à competência reconhecida aos órgãos internacionais de monitoramento para proferirem decisões vinculantes contra Estados. Por consequência, a superação do consentimento como fonte única do direito internacional implica na reformulação da soberania estatal, de forma a transformá-la no direito e no poder de participar, mas não de vetar a tomada de decisões internacionais.

Desde esta perspectiva, assentou-se a compreensão de que o consentimento jamais pode ser tomado como "fonte última do Direito Internacional, e responder por sua própria validade". Não se trata de recusar o papel das fontes

mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito".

829 Cf. Casos "Plataforma Continental do Mar do Norte" (1969) e "Nicarágua vs. Estados Unidos" (1986).

formais e do consentimento individual de formadores do direito internacional. Cuida-se, em verdade, de não reduzir a normogênese internacional a essas fontes, dando espaço privilegiado para a consideração de outros tipos de normas e das fontes materiais para esse processo.

Ao associar, sistematicamente, um vasto número de normas de direito internacional de variadas naturezas jurídicas e alcances geográficos (tratados, declarações, regulamentos, decisões da própria Corte EDH, relatórios interpretativos de normas etc.) e destas extrair *standards* normativos alusivos à admissão extraordinária do emprego de técnicas especiais de investigação aplicáveis à Rússia e a qualquer outro país, independentemente do consentimento estatal para cada norma indicada, o voto do juiz Pinto de Albuquerque, ao mesmo tempo em que desvela e corrobora a força normativa do consenso geral dos Estados, conformador de uma consciência jurídica universal sobre o tema em apreço, aplica-o às circunstâncias do caso concreto sob sua jurisdição. Ao assim se posicionar, o juiz português adensou as razões de decidir da Corte EDH e, com isso, alçou-o, de modo absolutamente histórico e inovador, como *leading case* em matéria de operações secretas com agentes disfarçados, na medida em que oferece um modelo hermenêutico preciso de avaliação da autorização e da execução deste tipo especial de investigação, a ser observado não apenas por instâncias revisionais internacionais, mas, sobretudo, por autoridades legislativas e jurisdicionais nacionais.

É dizer: a partir do voto em apreço, a comunidade jurídica mundial passou a contar com um verdadeiro roteiro prático, normativamente fundamentado, para a regulamentação, a execução e a avaliação judicial de investigações especiais, notadamente no plano nacional, alinhavado de modo a conferir legalidade a tais práticas, em consonância com os direitos humanos (incluindo as garantias) atribuídos tanto a vítimas como a investigados.

O voto do juiz Pinto de Albuquerque consagra-se, ademais, como viva expressão da observância do dever de proteção dos direitos humanos no exercício da jurisdição, uma vez que sua fundamentação respeita esta premissa, ao passo em que também a impõe aos Estados.

4. Lições do Voto do Juiz Pinto de Albuquerque às Controvérsias do "Agente Disfarçado" na Processualística Penal Brasileira

A inovação trazida pelo posicionamento do juiz Pinto de Albuquerque para o Caso Lagutin e Outros não consiste propriamente na limitação da criminalização de condutas suscitadas por agentes disfarçados em operações secretas, porquanto é possível perceber uma movimentação em vários países europeus e na jurisprudência pretérita da própria Corte EDH, no sentido de excluir a ilicitude de comportamentos diretamente incentivados por atividade policial ou judicial simulada (ALDEA, 2017). A vanguarda do voto concorrente advém, como dito,

do paradigma hermenêutico apresentado para a autorização legal excepcional e controle judicial do uso legítimo e conforme os direitos humanos das técnicas de investigação especial. Criou-se, portanto, um *standard* passível de evitar nuances arbitrárias verificáveis em legislações e avalições jurisdicionais nacionais.

De todo modo, o que se percebe da história da jurisprudência da Corte EDH e, principalmente, do quanto estabelecido na sentença e no voto do juiz Pinto de Albuquerque, é uma tendência de rigorosa restrição ao uso de técnicas especiais de investigação, notadamente as operações secretas com agentes disfarçados que provocam as condutas posteriormente tipificadas como crime, em observância ao sistema acusatório e ao sistema de garantias individuais.

O assunto, de há muito, é bastante explorado na doutrina penal e na jurisprudência brasileiras, por ocasião do tema do "flagrante provocado" ou "preparado", que abarca a atuação do "agente provocador" (*agente provocateur*), em especial agindo disfarçadamente. O Supremo Tribunal Federal (STF) tem vigente, até hoje, a Súmula n.º 145, aprovada em 1963, nestes termos: "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação". Assim, o "flagrante preparado" é considerado crime impossível, sendo que, segundo a longeva interpretação da Corte Constitucional pátria, será considerada ilegítima a prisão cautelar nesta hipótese, bem como consideradas ilícitas as provas obtidas a partir dessa medida, máxime quando provocada pela agência policial.

Este cenário, contudo, sofreu alteração com a recente aprovação da Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019, também conhecida como "Lei Anticrime". Dentre as várias mudanças na legislação penal e processual penal brasileira, a Lei n.º 13.964/2019, agindo como *novatio legis incriminadora*, criou três novos delitos, dois dos quais na Lei n.º 10.826/2013 ("Estatuto do Desarmamento") e um na Lei n.º11.343/2006 ("Lei de Drogas").

Em ambas as leis, foram acrescentadas disposições de agravamento de penas e atinentes à ação de agente disfarçado na configuração dos delitos de comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo (arts. 17, § 2.º, e 18, parágrafo único, do Estatuto do Desarmamento), bem como na tipificação do crime de tráfico de entorpecentes (art. 33, § 1.º, IV, da Lei de Drogas), tornado delitos as condutas de venda ou entrega do produto do crime a "agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente".

Tais alterações legislativas suscitaram intensos debates doutrinários, a começar pelo cabimento de distinção entre as figuras do "agente provocador" e do "agente disfarçado", na medida em que, por um lado, a ação daquele, segundo o referido entendimento sumulado do STF, impede a criminzalização da conduta incitada pelo comportamento policial; e, por outro, a legislação brasileira até então desconhecia o uso da expressão última, tratando-se de novidade.

Já a ação de "agentes infiltrados" é admitida pela legislação brasileira desde as alterações promovidas nos artigos 1.º e 2.º da Lei n.º 9.034/1995, que dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, depois vindo a ter seu uso ampliado para a investigação dos crimes previstos na já citada "Lei de Drogas" (art. 53) e contra a dignidade sexual de criança e de adolescente (artigos 190-A a 190-E da Lei n.º 8.069/90, acrescentados pela Lei n.º 13.441/17). A regulamentação da atuação de agentes infiltrados, todavia, veio a ocorrer apenas com a Lei n.º 12.850/2013 (arts. 10 a 14), que dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal em relação às organizações criminosas. É possível afirmar que, em geral, a regulamentação brasileira das ações de agentes inflitrados obedece a quase todos os critérios apontados pelo voto concorrente do juiz Pinto de Albuquerque para o Caso Lagutin e Outros, tornando o emprego desta técnica investigativa absolutamente excepcional e subsidiária às demais técnicas de investigação. Todavia, a expressão "agente disfarçado" e a configuração de delito em ação de entrega de produto de crime a este tipo de agente são, de fato, novidades da "Lei Anticrime" de 2019.

De modo a tentar esquivar-se da proibição da Súmula n.º 145 do STF, percebe-se que o legislador instituiu a presença de "elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente" como condição de validade para as provas obtidas por meio de ação de agente disfarçado, buscando diferenciação em relação ao flagrante preparado. Sobre isso, Rocha Júnior sumaria importante reflexão sobre a pertinência prática desta diferenciação e, consequentemente, da própria instituição da figura do agente disfarçado:

> Até mesmo na raríssima hipótese de o agente infiltrado se deparar com a ocorrência de venda ou entrega de armas ilegal para terceiro, quando estivesse "disfarçado" para se aproximar e efetivar compra e recebimento – estranha hipótese em que não ocorreria flagrante preparado – vê-se que tal circunstância seria absolutamente desnecessária. Sim, pois o fato de se deparar com a ocorrência já seria suficiente para a configuração do flagrante e respectiva prisão. Ou seja, para a atividade que imaginou o legislador que poderia desempenhar, a norma não pode ser aplicada. Para as hipóteses em que poderia ser eventualmente aplicada, ela é desnecessária. (Rocha Júnior, 2020, p. 56)

Uma reflexão honesta quanto a esta indagação somente poderia redundar na seguinte conclusão:

> Uma leitura acrítica do texto em comento poderia sustentar que caso a investigação descarte a conduta criminosa preexistente, ou seja, caso revele tratar-se de vendedor casual dos produtos ilícitos, não seria possível a arrecadação de provas através do procedimento criado pela Lei 13.964/2019, ora em debate.
>
> Nada obstante, a expressão não traz qualquer solução dogmática e constitucionalmente respaldada para a questão proposta. Isso porque não há fundamento jurídico para se afirmar que a diferença entre um flagrante preparado e a atuação de um agente disfarçado residiria na circunstância de que essa estaria legitimada quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. Pode-se afirmar que a existência de conduta criminal preexistente não altera a essência da conduta: ter havido arranjo anterior entre o agente estatal e o suspeito. Se houve essa prévia combinação, a situação é de flagrante preparado. Se não houve essa combinação, tem-se uma investigação preliminar legítima. É de se reparar que não há

> qualquer alteração nessas constatações a partir do histórico criminal do suspeito, exceto se o processo se estruture a partir de um paradigma de direito penal do autor que, como se sabe, afasta-se dos cânones constitucionais necessários da atividade de investigação preliminar. (Rocha Júnior, 2020, p. 56-57)

Não obstante, a sustentação da subsistência de crimes com participação de agentes disfarçados, segundo a lei brasileira, tem no conteúdo do voto do juiz Pinto de Albuquerque para o Caso Lagutin e Outros os fundamentos jurídicos de direito internacional — plenamente aplicáveis ao Brasil, pelos motivos expostos alusivos ao consenso normativo internacional — que impõem, como condição de validade jurídica da prova colhida, minudente regulamentação do instituto, tal como verificado com a figura do agente infiltrado. Esta regulamentação há de estar em plena consonância com o paradigma proposto pelo mencionado voto, no que tange às atividades do legislador (ao regular a matéria), do agente policial (ao executar a ação investigativa) e do Ministério Público e do Poder Judiciário (ao examinarem a pertinência do uso e da adequação da execução da técnica de investigação especial).

Outra não pode ser a expectativa, exatamente em razão da submissão do Estado brasileiro ao predito dever de proteção dos direitos humanos, o qual, no caso do Brasil, também decorre, expressamente, do art. 2.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), ratificada pelo País e que estipula, segundo a interpretação autêntica da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), o dever de "adotar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limitem ou violem um direito fundamental e suprimir as medidas e práticas que restrinjam ou violem um direito fundamental" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003). Ademais, a este propósito, convém pontuar que todo o tipo de medida de direito interno adotada a pretexto da consecução do dever de proteção precisa ser eficaz, em observância ao denominado Princípio do *Effet Utile*, consolidado pelo direito consuetudinário internacional e acatado também em âmbito interamericano[830].

Quanto ao ponto, a excelência da metodologia construída pelo juiz Pinto de Albuquerque, em seu voto para o Caso Lagutin e Outros, impõe-se como caminho seguro para um esforço de análise da novidade legislativa brasileira e de sua eventual regulamentação que garanta efetividade à proteção dos direitos humanos e das garantias adjudicadas aos criminalmente acusados por práticas

830 Como denota outra decisão da Corte IDH, uma vez mais a propósito do art. 2.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: "**No direito das gentes, uma regra consuetudinária prescreve que um Estado que ratificou um tratado de direitos humanos deve introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar o fiel cumprimento das obrigações assumidas. Esta regra é universalmente aceita, com respaldo jurisprudencial. A Convenção Americana estabelece a obrigação geral de cada Estado Parte de adequar seu direito interno às disposições desta Convenção para garantir os direitos nela consagrados. Este dever geral do Estado Parte implica que as medidas de direito interno têm de ser efetivas (princípio do *effet utile*). Isso significa que o Estado deve adotar todas as medidas para que o estabelecido na Convenção seja efetivamente cumprido em seu ordenamento jurídico interno, tal como requer o artigo 2 da Convenção. Estas medidas apenas são efetivas quando o Estado adapta sua atuação à normativa de proteção da Convenção" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001).

com participação de agentes disfarçados, mas que não configurem flagrante preparado. Acaso este esforço legislativo contemple os *standards* propostos pelo juiz português, será possível sustentar que a *novatio legis incriminadora* da Lei Anticrime, envolvendo agentes disfarçados, é juridicamente válida. Do contrário, mais uma vez o voto concorrente examinado afirmar-se-á paradigmático, na medida em que descortinará toda a impropriedade da novidade legislativa brasileira, evidenciando que o Brasil vai na contramão da preservação das garantias enquanto direitos humanos de todas e todos.

Conclusões

Na perspectiva das garantias como direitos humanos instrumentais, a temática do Caso Lagutin e Outros fez avançar a jurisprudência da Corte EDH a respeito das técnicas especiais de investigação, mais precisamente no que diz respeito a operações secretas, com atuação de agentes policiais disfarçados enquanto provocadores de condutas criminosas.

Os direitos humanos como escudo contra a arbitrariedade estatal conforma uma noção que está na raiz histórica desta qualidade de direitos, contudo, sua manifestação na especificidade das múltiplas atividades do Estado sempre comportou e continuará comportando tremendos desafios, em especial quando a atividade em pauta é a atividade policial.

Não bastasse isso, esta dificuldade se avoluma e se aprofunda em tempos de exacerbação de nacionalismos e extremismos invocadores da intervenção penal máxima do Estado, fomentadas por uma maciça desilusão decorrente do fracasso das promessas de justiça e igualdade de uma Modernidade que se revelou, na prática, colonial, opressiva e encarceradora, notadamente nos países periféricos.

Neste cenário obscuro, os direitos humanos e as instituições que por esses zelam são colocados em xeque, desmerecidos e, no limite, desconstruídos. Toda sorte de argumentos impróprios desvirtuam os efeitos dos direitos humanos para a sociedade moderna, contra o quê, do ponto de vista das instituições, a resiliência e a consistência jurídico-argumentativa emergem como ferramentas centrais de resistência aos ataques sofridos. É fundamental, nesta quadra histórica, que os direitos humanos sejam praticados, institucionalmente, com coerência, acuidade técnica e senso de urgência histórica.

A despeito das pressões de viés punitivista, a decisão da Corte EDH para o Caso Lagutin e Outros firma convicção sobre os limites do Estado-Polícia e sobre as obrigações do Estado-Legislador e do Estado-Juiz com os direitos humanos e com sua manifestação instrumental na forma de garantias. A consistência e acuidade técnica com se viu tratada a questão meritória tiveram, no voto concorrente do juiz Pinto de Albuquerque, destrinchados fundamentos jurídicos globalmente construídos e critérios de exame que se apresentam com aptidão para seguimento

global, tamanha a sua coerência técnica, densidade argumentativa e compromisso com os direitos humanos.

Referências Bibliográficas

ALDEA, Adrian et al. Criminal Procedure Concept of Instigation. The ECHR Perspective and Comparative. *Bulletin of the Transilvania University of Braşov, Series VII: Social Sciences and Law*, v. 10, n. 1, p. 155-160, 2017.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A humanização do direito internacional*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CANARIS, Claude-Whilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer Consultivo OC-18/03, de 17 de Setembro de 2003, Solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos*: A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados. San José da Costa Rica, 2003. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_por.pdf. Acesso em: 24 dez. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso "A Última Tentação de Cristo" (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile***.** Sentença de 5 de fevereiro de 2001, (Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2001, p. 32 (87). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_por.pdf. Acesso em: 24 dez. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Lagutin and Others v. Russia (Applications nºs. 6228/09, 19123/09, 19678/07, 52340/08 and 7451/09)*. *Judgment*. Strasbourg, 24 April 2014. Avaliable on: https://cutt.ly/yvGZA2r. Access in: 18 apr. 2021.

PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures. *LJIL*, v. 19, p. 579–610, 2006.

ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rego Monteiro. Agentes infiltrado e disfarçado na lei 13.964/2019: uma discussão sobre os limites da produção probatória. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, v. 15, n. 1, p. 47-60, 2020.

V. Direito à Assistência Jurídica

Dvorski c. Croácia

Opinião Dissidente Conjunta dos Juízes Kalaydjieva, Pinto de Albuquerque e Turković

1. Concordamos com a opinião da maioria de que houve, neste caso, uma violação do art. 6º, §§ 1º e 3º, c), da Convenção, mas não concordamos completamente com sua motivação. Em nossa opinião, o presente caso suscita quatro questões importantes que devem ter uma abordagem baseada em princípios. Em primeiro lugar: se o direito de acesso a um advogado implica, em si mesmo, o direito de obter assistência jurídica de sua livre escolha desde a fase inicial do processo. Em segundo lugar: em que consiste o direito de escolher um advogado. Terceiro: se o direito a um advogado de sua escolha deve estar sujeito a um padrão de proteção menor do que o direito genérico de ter acesso a um advogado. Em quarto lugar, se a Corte deve avaliar a equidade do julgamento como um todo, e ponderar (análise de erros sanáveis) situações em que foi negado a um requerente o direito de escolher um advogado durante uma investigação policial em curso, na qual ele(a) fez declarações autoincriminatórias. Trataremos dessas questões com observância da jurisprudência da Corte, dos padrões atuais do direito internacional dos direitos humanos e do direito penal internacional.

O direito a um advogado da sua escolha desde o início do processo.

2. No caso *Salduz*, a Corte declarou que, como regra, o acesso a um advogado deve ser providenciado desde o primeiro interrogatório de um suspeito pela polícia, a menos que possa ser demonstrado, à luz das circunstâncias específicas, que a restrição foi devida à razões convincentes[831]. Mesmo nos casos em que um suspeito tenha permanecido em silêncio e não tenha sido interrogado durante a detenção, uma restrição no direito à assistência jurídica desde a apreensão pode não cumprir os requisitos do que é previsto no art. 6º, §§ 1º e 3º, c) da Convenção[832]. A razão para tal é que não cabe à Corte conjecturar sobre o impacto que o acesso do requerente a um advogado, durante a custódia policial, teria no

831 *Salduz v. Turquia* [GC], no. 36391/02, § 55, CTEDH 2008.
832 *Dayanan v. Turquia*, no. 7377/03, §§ 32-33, 13 de outubro de 2009.

curso do processo[833]. No entanto, o julgamento do caso *Salduz* deixou em aberto a questão de saber se, e em que medida, o direito de acesso a um advogado englobaria a escolha individual do advogado. Desde o caso *Salduz*, o direito à escolha de advogado durante a fase anterior ao julgamento tem sido discutido, mas nunca como questão central[834]. Acolhemos a conclusão da maioria (nos §§ 78 e 108 do acórdão) que reconhece expressamente o direito à escolha de advogado desde a fase inicial do processo, interpretando, assim, o texto legal do art. 6º, § 3º, c), de acordo com as normas jurídicas internacionais. No entanto, acreditamos que esta conclusão merece um raciocínio mais detalhado.

3. Em instrumentos internacionais comparáveis à Convenção, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14º, §3º, b)), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, § 2º, d)) e a Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos (art. 7º, §1º, c)), o direito de um suspeito à escolha do advogado, na fase anterior ao julgamento, não foi expressamente estabelecido, mas foi reconhecido na prática.

4. O Comitê de Direitos Humanos da ONU concluiu, em uma série de casos, que a designação de um advogado, pelo tribunal, durante a investigação anteior ao julgamento (mesmo que apenas por um dia) viola o princípio de um julgamento justo, caso o suspeito tenha escolhido advogado qualificado, disponível e que concorde em representá-lo[835], e caso os atos de investigação tenham sido realizados[836]. Além disso, o Comitê, em seu Comentário Geral nº 32[837], enfatizou que o direito de se comunicar com a defesa requer que o acusado tenha

833 Ver *Salduz*, citado acima, §58, e *Huseyn e Outros v. Azerbaijão*, nos. 35485/05, 45553/05, 35680/05 e 36085/05, § 172, 26 de julho de 2011.

834 Ver *Martin v. Estônia*, no. 35985/09, §§ 90 e 93, 30 de maio de 2013, e *Erkapić v. Croácia*, no. 51198, §§ 82-89, 25 de abril de 2013.

835 Ver, por exemplo, *Kasimov v. Uzbequistão*, Comunicação nº 1378/2005, CCPR / C / 96 / D / 1378/2005, 30 de julho de 2009, § 9.6, e *Aleksandr Butovenko v. Ucrânia*, Comunicação nº 1412/2005 , CCPR / C / 102 / D / 1412/2005, 19 de julho de 2011, § 7.8. De particular interesse em relação ao presente caso é *Lyashkevich v. Uzbequistão* (Petição-queixa nº 1552/2007, CCPR / C / 98 / D / 1552/2007, 11 de maio de 2010, § 9.4), onde a autora alegou que o direito de seu filho a defesa foi violado porque o advogado que ela contratou em 11 de Agosto de 2003 foi impedido de defender o seu filho nesse dia, apesar de importantes atos de investigação terem decorridos. O Comitê observou que o Estado Parte apenas afirmou que todos os atos de investigação em relação ao Sr. Lyashkevich foram conduzidos na presença de um advogado, sem abordar especificamente a questão do acesso do Sr. Lyashkevich ao seu advogado privado contratado. Nessas circunstâncias, e na ausência de qualquer outra informação das partes, o Comitê concluiu que negar ao filho do autor o acesso à um advogado de sua escolha por um dia e interrogá-lo e conduzir outros atos de investigação com ele durante esse tempo constituía uma violação dos direitos do Sr. Lyashkevich nos termos do art. 14, § 3, b), do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

836 Ver, contrariamente, *Pavel Levinov v. Bielo-Rússia*, Comunicação n.º 1812/2008, CCPR / C / 102 / D / 1812/2008, 25 de agosto de 2011, § 8.3. O autor alegou uma violação de seus direitos de defesa nos termos do art. 14, § 3, b), do Pacto, alegando que, imediatamente após sua prisão, a polícia se recusou a permitir que um parente ou conhecido do autor atuasse como seu representante, apesar de terem estado presentes na delegacia após a sua detenção e de lhe terem dado oportunidade de designar um advogado. O Comitê observou que o autor foi representado por um advogado em seu julgamento, e que não apareceu, na documentação, que quaisquer atos de investigação foram realizados antes do início do julgamento do autor. Assim, o Comitê considerou que os direitos de defesa do Sr. Levinov não foram violados no presente caso.

837 Comentário Geral No. 32, Artigo 14: Direito à igualdade perante cortes e tribunais e a um julgamento justo (CCPR / C / GC / 32 (2007)).

pronto acesso ao advogado. Com efeito, o Comitê declarou que "*todas as pessoas presas devem ter acesso imediato a um advogado*".[838] Da mesma forma, este direito foi consistentemente afirmado na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos[839] e da Comissão Africana de Direitos humanos e dos Povos[840].

5. A Diretiva 2013/48/UE da União Europeia garante que todos os suspeitos têm o direito de serem defendidos por um advogado desde a primeira fase do interrogatório policial e ao longo de todas as fases subsequentes do processo penal e, também, do procedimento de mandado de detenção europeu, e que, durante a prisão, os suspeitos podem se comunicar com suas famílias e com as autoridades consulares, caso estejam fora de seu país de origem[841].

6. O direito à escolha de advogado, durante a fase anterior ao julgamento, também se encontra previsto tanto em instrumentos de *soft law* europeus (ver §§ 62-65 do acórdão)[842], quanto em instrumentos universais[843]. Isso está totalmente em conformidade com o Princípio 1 dos Princípios Básicos da ONU sobre Advogados, que afirma que "todas as pessoas têm o direito de solicitar a assistência de um advogado de sua escolha para proteger e estabelecer seus direitos, e defendê-los em todas as fases do processo penal"[844] O princípio 5 dos Princípios Básicos sobre Advogados e o Princípio 17 do Conjunto de Princípios sobre o Direito a um Julgamento Justo e a Recurso[845] preveem especificamente que quando uma

838 Ver as Observações Finais do Comitê, Geórgia, CCPR / C / 79 Add.75, 1 de abril de 1997, ª 27). Ver também o Relatório do Relator Especial sobre a Independência de Juízes e Advogados sobre a Missão do Relator Especial no Reino Unido, E / CN.4 / 1998/39 / Add.4, 5 de março de 1998, § 47.

839 Ver, por exemplo, *Barreto Leiva v. Venezuela*, acórdão de 17 de novembro de 2009 (Mérito, Reparações e Custas), §§ 58-64, e em particular §62: "Se o direito de defesa surge a partir do momento em que a investigação é ordenada em relação a uma pessoa física (par. 29 *supra*), o acusado deve ter acesso a representação legal a partir desse momento, especialmente durante o procedimento de sua declaração. Impedir o arguido de ser aconselhado por um advogado significa limitar estritamente o direito à defesa, o que conduz a um desequilíbrio processual e deixa o indivíduo desprotegido perante a autoridade punidora".

840 Ver, por exemplo, *Avocats sans Frontières (em nome de Bwampamye) v. Burundi*, outubro / novembro de 2000. A Comissão concluiu (no ponto 30) que era do interesse da justiça que o acusado tivesse o benefício da assistência de um advogado "em cada fase do processo".

841 Diretiva 2013/48 / UE, de 22 de outubro de 2013, relativa ao direito de acesso a um advogado em processos penais e em processos de mandado de detenção europeu.

842 Após sua visita à Turquia em julho de 2000, o Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes publicou um relatório, reiterando "mais uma vez a recomendação de que a todas as pessoas privadas de liberdade pelas agências de aplicação da lei, incluindo os suspeitos de infrações da competência dos Tribunais de Segurança do Estado, será concedido, desde o início da sua custódia, o direito de acesso a um advogado. O Comitê reconhece que, a fim de proteger os legítimos interesses do inquérito policial, pode ser excepcionalmente necessário atrasar por um determinado período o acesso da pessoa detida a um advogado de sua escolha; entretanto, em tais casos, o acesso a outro advogado independente deve ser providenciado "(CPT / INF (2001) 25, § 61).

843 Em seu Comentário Geral nº 2, o Comitê contra a Tortura (CAT) declarou: "Certas garantias básicas se aplicam a todas as pessoas privadas de liberdade. Algumas delas estão especificadas na Convenção, e o Comitê convoca sistematicamente os Estados Partes a usá-las. As recomendações do Comitê sobre medidas eficazes visam esclarecer o nível mínimo atual e não são exaustivas. Essas garantias incluem, *inter alia*, ... o direito de receber prontamente assistência jurídica independente "(Comentário Geral CAT, 24 de janeiro de 2008 (CAT/C/GC/2), §13).

844 Adotado pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento de Delinquentes, Havana, Cuba, 27 de agosto a 7 de setembro de 1990.

845 Anexo II, HRC, Relatório Final, 46ª Sessão, E CN.4/Sub.2/1994/24, 3 de junho de 1994.

pessoa é presa, acusada ou detida, ela deve ser prontamente informada do direito à assistência jurídica de sua escolha. Finalmente, o Princípio 7 dos Princípios Básicos sobre Advogados exige que os governos garantam que todas as pessoas presas ou detidas tenham acesso a um advogado dentro de 48 horas, a partir do momento de sua prisão ou detenção.

7. No direito penal internacional, o direito de escolher um advogado em procedimentos pré-processuais está bem estabelecido, tanto nos Estatutos e Regras de Procedimento e Provas dos vários tribunais internacionais, como na prática. Com base no art. 21, §4º, do Estatuto do Tribunal Criminal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPIJ), art. 20, §4º, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR), art. 17, §4º do Estatuto do Tribunal Especial para Serra Leoa (SCSL) e arts. 55, §2º, 56 e 67, §1º, d), do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI), a prática tem sido que apenas uma pequena porcentagem dos acusados é representada por advogados privados escolhidos por eles próprios. Na maioria dos casos, os tribunais fornecem ao arguido uma lista de advogados credenciados à sua escolha. Nesses casos, os tribunais são obrigados a nomear, com celeridade, advogado para toda a duração do processo, inclusive durante qualquer interrogatório do réu[846]. Quando o direito a um advogado não é observado, as provas resultantes devem ser excluídas[847].

Escolha livre e informada do advogado

8. Em nossa opinião, a questão central no caso *Dvorski* é saber se as autoridades tomaram as medidas ativas necessárias para garantir o gozo efetivo do direito do requerente à assistência judiciária de sua escolha. Em outras palavras, se forneceram ao requerente as informações de que elas dispunham que, no contexto do direito interno, eram necessárias para que o suspeito realizasse uma escolha informado de advogado. Como concluiu a maioria, "a polícia não informou o réu da disponibilidade do advogado G.M. para defendê-lo, tampouco de sua presença na delegacia de Rijeka" (ver § 112 do acórdão) e, portanto, como a acórdão enfatiza (ver § 93), "apesar de o requerente ter, formalmente, escolhido o advogado M.R. para representá-lo durante o interrogatório policial, sua escolha não foi embasada em premissas esclarecidas".

846 Ver Câmara de Recursos do ICTY, *Prlić et al*., 5 de setembro de 2008, § 14; Câmara de Recursos do ICTR, *Nahimana et al.*, 28 de novembro de 2007, §§ 172-174; e Câmara de Recursos do ICC, *Lubanga*, 20 de abril de 2007, § 6.

847 Ver Câmara de Julgamento do ICTY, *Procurador v. Delačić, Mucić, Delić e Landzo*, Decisão sobre a moção de Zdravko Mucić para a exclusão de provas, 2 de setembro de 1997, §§ 43 e 55; Câmara de Julgamento do ICTR, *Promotor v. Bagosora et al.*, Decisão sobre a Moção do Promotor para a Admissão de Certos Materiais nos termos da Regra 89 (C), 14 de outubro de 2004, § 21; e *Promotor v. Karemera, Ngirumpatse e Nzirorera*, Decisão sobre o Moção da Promotoria para Admissão em Provas de Entrevistas Pós-prisão com Joseph Nzirorera e Mathieu Ngirumpatse, 2 de novembro de 2007, §§ 23-32.

9. De acordo com o Código de Processo Penal croata, a polícia possui a obrigação de auxiliar os suspeitos a obterem as informações necessárias para que façam uma escolha informada de seu representante legal, fornecendo-lhes uma lista de advogados elegíveis. A legislação doméstica autoriza que os familiares contratem um advogado para o investigado, e, em contrapartida, prevê a possibilidade de este recusar o causídico contratado, bem como de nomear e constituir, oralmente, outro advogado. No caso, seria necessário que a polícia tivesse agido em conformidade com o supracitado e informado o suspeito – logo que ele informou o desejo de nomear defesa – de que seus familiares já tinham contratado advogado[848].

10. O Governo requerido nunca contestou o fato de a polícia não ter informado o requerente sobre o advogado contratado por seus pais, nem apresentou qualquer justificativa objetivamente razoável para esta falha; enquanto que o requerente rejeitou o advogado escolhido por ele e retirou sua confissão assim que possível — no dia seguinte. O Governo, que tinha o ônus da prova, também não demonstrou que ao requerente foi assegurado o direito de escolha de um advogado.

11. A única razão citada pelo Governo para não terem informado o requerente de que seus pais haviam contratado G.M. como seu advogado era o fato de que G.M., na visão da polícia e dos tribunais nacionais, não possuía procuração adequada para representar o requerente no momento. A este respeito, a Corte observou que G.M. alegou, perante as autoridades nacionais que, de fato, era titular de procuração escrita concedida pelos pais do réu em 14 de Março de 2007 (ver § nº 24 do acórdão). Isso foi refutado no processo interno, embora não de forma convincente (ver §§ 55 e 95 do acórdão). Seja como for, a retenção de tais informações por motivos puramente formais — por exemplo, por o advogado não ter procuração escrita, e em circunstâncias em que o advogado já havia representado o requerente em processo anterior, e estava em contato telefônico com a mãe do requerente na Itália, e tudo isso levado ao conhecimento da polícia — não pode ser tida como objetiva e razoavelmente justificada.

12. Por último, o Governo alegou também que o recorrente teve oportunidade de escolher por meio de uma lista de advogados em exercício em 14 de Março de 2007, mas não forneceu à Corte uma cópia da lista. O réu sustentou que essa lista não existia. O Governo respondeu que os arquivos da delegacia policial não guardavam tais listas. Ao contrário, enviaram uma lista com, supostamente, o mesmo conteúdo da lista de 2007. Tendo em vista a existência de duas afirmações contraditórias sobre a existência da lista de 2007, entendemos que o ônus da prova deveria recair sobre o Governo, no que se refere à sua alegação de que tal lista existia e que foi fornecida ao requerente. Cabia ao Governo provar o fato positivo da existência da lista, bem como de o recorrente ter escolhido um

848 Ver §§ 60 e 105 do acórdão.

advogado dessa lista – e não cabia ao recorrente provar o fato negativo de que a lista não existia e de que não teve oportunidade de escolher advogado desta forma. O Governo não disponibilizou as provas relevantes à Corte.

13. Em nossa opinião, isto é suficiente para justificar a conclusão de que o não fornecimento de informações relevantes ao requerente foi uma omissão ilícita, que resultou no fato de o réu ter sido erroneamente privado da sua primeira escolha de advogado. Em outras palavras, houve interferência em seu direito à escolha livre e informada de advogado. Tal interferência, inevitavelmente, levanta suspeitas sobre a polícia potencialmente não ter agido de boa fé e, portanto, pode não ter garantido o exercício efetivo dos direitos de defesa do requerente, nos termos do art. 6º, §3º, c), e a equidade do julgamento, nos termos do art. 6º, §1º.

Privação errônea de escolha de advogado

14. O objetivo do direito à escolha de um advogado é garantir a justiça do processo penal por meio de assistência profissional adequada. Na ausência de prova em contrário, uma negação/restrição/interferência injustificada deste direito sempre deixará a impressão inevitável de uma tentativa das autoridades de influenciar a escolha do suspeito por assistência profissional, de modo a impor-lhe um advogado que seja "conveniente" para a polícia ou acusador, e que levante dúvidas e suspeitas de que sua finalidade era enganar o investigado, com vistas à obtenção de provas em violação aos princípios de justiça[849]. A mera aparência de má-fé por parte da polícia é suficiente para lançar dúvidas sobre se uma confissão autoincriminatória dada em tais circunstâncias teria sido realmente voluntária.

15. Por esta razão, não consideramos uma "negação de escolha" de advogado injustificada ou errônea como "menos séria" que uma "negação de acesso" a um advogado. Assim, ao contrário da maioria, consideramos que a situação no caso *Dvorski* deveria ter sido analisada segundo as mesmas linhas de motivação da situação no caso *Salduz*. Consequentemente, nós respeitosamente discordamos que os casos *Croissant*[850] e *Klimentyev*,[851] que lidam com alegadas situações de "negação de escolha" de advogado, sejam aplicáveis ao presente caso.

Impacto dos erros estruturais na equidade do processo penal

16. No processo penal, existem alguns direitos processuais básicos para um julgamento justo, e suas violações jamais podem ser consideradas como justas ou

849 Para o réu, às vezes pode ser mais prejudicial ter um advogado imposto pelo Estado sob qualquer forma (seja porque não houve escolha ou nenhuma escolha significativa, ou porque a escolha foi injustificadamente restringida) do que não ter um advogado. Para exemplos reveladores, veja os casos do Comitê, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Comissão Africana citados acima.

850 *Croissant v. Alemanha*, 25 de setembro de 1992, Série A no. 237-B.

851 *Klimentyev v.* Rússia, no. 46503/99, 16 de novembro de 2006.

justificadas[852]. A violação desses direitos resulta em erro estrutural, que afeta o quadro dentro da qual o julgamento prossegue.[853]

17. A Corte já aceitou que tais erros estruturais podem surgir em relação às confissões obtidas em violação ao art. 3º, e às provas obtidas como resultado direto de tortura[854] e da negação errônea de acesso a um advogado.[855] Como a Corte sublinhou no caso *Salduz*, as provas obtidas durante a fase de investigação determinam o quadro dentro do qual o crime será considerado no julgamento e, portanto, quaisquer erros processuais cometidos durante esta fase terão, necessariamente, um impacto sobre a equidade do processo[856]. A "regra de exclusão" foi estabelecida para a proteção do privilégio contra a autoincriminação, e o uso de provas coletadas em violação deste privilégio básico sempre tornará um julgamento injusto — independentemente de quaisquer outras circunstâncias do caso. Assim, a Corte considerou, no caso *Salduz*, que qualquer condenação baseada em uma confissão ou declaração obtida em violação do direito de acesso a um advogado consiste em uma violação do direito geral a um julgamento justo garantido pelo art. 6º, §1º, da Convenção.[857] Em outras palavras, o caso *Salduz* introduziu uma regra de exclusão automática para declarações autoincriminatórias obtidas sem a presença de um advogado durante o interrogatório, quando não houver razões imperiosas para a negativa de acesso ao advogado (ou seja, em situações de negação injustificada de acesso a um advogado).

18. Sustentamos que a negação errônea da escolha de um advogado constitui outro exemplo de um erro estrutural em processo penal que deve resultar automaticamente na exclusão de todas as declarações autoincriminatórias contaminadas por esse erro.[858] Se uma declaração autoincriminatória contaminada não

852 Nas palavras da Suprema Corte dos EUA, "sua infração nunca pode ser tratada como erro inofensivo". Ver Chapman v. Califórnia, 386 U.S. 18 (1967), citando os casos de um juiz parcial, uma confissão forçada e a negação do direito a advogado no julgamento como exemplos de erros estruturais.

853 *Arizona v. Fulminante*, 499 U. S. 279, 309-310.

854 Ver *Jalloh v. Alemanha* [GC], no. 54810/00, §§ 99 e 105, CTEDH 2006-IX; *Harutyunyan v. Armênia*, no. 36549/03, § 63, CTEDH 2007-III; e *Gäfgen v. Alemanha* [GC], no. 22978/05, § 176, CTEDH 2010.

855 *Salduz*, citado acima, § 58

856 Ver *Salduz*, citado acima, § 54, e *Dayanan*, citado acima, § 33. Essa mesma abordagem foi repetida em *Huseyn e Outros* (citado acima, § 172): "parece que, nos primeiros dias de sua detenção, o primeiro, terceiro e quarto suspeitos foram questionados sem o benefício de assistência jurídica, e fizeram algumas declarações que foram incluídas no processo criminal. Não parece que algum deles renunciou expressamente ao seu direito a um advogado após a sua detenção. Tendo em conta as informações disponíveis sobre este assunto, a Corte não pode especular sobre o impacto exato que o acesso dos recorrentes a um advogado durante esse período teria tido no processo que se seguiu e se a ausência de um advogado durante esse período afetou irremediavelmente o seu direito de defesa."

857 Ver *Salduz*, citado acima, §§ 55 e 58.

858 Como disse o juiz Scalia: "Diferentes advogados seguirão diferentes estratégias com relação à investigação e descoberta, desenvolvimento da teoria de defesa, seleção do júri, apresentação das testemunhas e estilo de interrogatório e motivação do júri. E a escolha do advogado afetará se e em que termos o réu cooperará com a acusação, negociará com a acusação ou se, em vez disso, decidirá ir a julgamento. À luz dessa miríade de aspectos de representação, a negação errônea de advogado tem relação direta com o 'quadro dentro da qual o julgamento prossegue', *Fulminante*, *supra*, em 310 — ou mesmo se ele prossegue. É impossível saber quais escolhas diferentes o advogado rejeitado teria feito, e então quantificar o impacto dessas escolhas diferentes no resultado do processo... A avaliação de erro inofensivo em tal contexto seria

é excluída antes do julgamento, tal erro em si deve ser visto como uma violação da Convenção, sem que haja qualquer necessidade de avaliar a equidade geral do processo. Se essas provas contaminadas vierem ao conhecimento dos juízes do caso, a condenação deve ser automaticamente anulada. Nenhum outro recurso legal poderia retificar tais erros e, em última instância, garantir o direito fundamental a um julgamento justo. Em nossa opinião, a utilização de qualquer forma de ponderação em tais situações ameaça subordinar a garantia fundamental da assistência jurídica de sua própria escolha a outros interesses que têm menos importância — se é que possuem alguma importância — nos termos da Convenção.

19. Quando lidos com atenção, os §§ 111 e 112 do acórdão apenas falam, de maneira aparente, sobre o princípio da avaliação da justiça geral do processo, porque, em última análise, a maioria considera que o "provável impacto significativo" da confissão do requerente no desenrolar do processo penal deve ser levado em consideração. Isso significa que a maioria não considera que o prejuízo causado ao recorrente, por ser injustamente privado da escolha do advogado, deve ser avaliado no contexto das outras provas apresentadas, a fim de determinar se o erro foi inofensivo e se o processo foi justo como um todo. O "impacto provável" do erro de procedimento é suficiente para a maioria estabelecer uma violação ao art. 6º. Esta linguagem não está muito longe, substancialmente, daquela dos casos *Salduz* e *Huseyn e Outros*.[859]

20. Assim, avaliar a equidade geral de um processo, com base em uma ponderação, se consubstancia em abordagem demasiadamente maleável. Existe o perigo potencial de que isso dê origem a um poder discricionário excessivo na forma como as violações de direitos processuais básicos, como o direito a um advogado da sua escolha, são comparadas com outros interesses processuais. Como a avaliação de erro inofensivo, a avaliação de equidade geral dos procedimentos pode produzir resultados muito nefastos quando, por exemplo, provas altamente persuasivas (como uma confissão feita por um réu sem assistência jurídica independente) são incluídas no processo criminal e, finalmente, no julgamento. Qualquer pensamento diferente seria ignorar o papel único que o advogado desempenha no processo penal como o "cão guardião da regularidade processual" ou negar propositadamente o Estado de Direito[860]. Nas palavras de Andrew Ashworth,[861] "O critério do julgamento justo é flexível o suficiente para que, com

uma investigação especulativa sobre o que poderia ter ocorrido em um universo alternativo" (*Estados Unidos v. Gonzalez-Lopez*, 548 US 140 (2006)). Tais erros estruturais incluem a negação de advogado (ver *Gideon v. Wainwright*, 372 US 335 (1963)), a negação do direito de autorrepresentação (ver *McKaskle v. Wiggins*, 465 US 168, 177-178, n. 8 (1984)), a negação do direito a julgamento público (ver *Waller v. Georgia*, 467 US 39, 49, n. 9 (1984)) e a negação do direito a julgamento por júri pela concessão de uma instrução deficiente sobre a dúvida razoável (ver *Sullivan v. Louisiana*, 508 US 275 (1993)).

859 Ver *Salduz*, citado acima, § 58, e *Huseyn e Outros*, citado acima, § 172

860 *Ensslin, Baader e Raspe v. República Federal da Alemanha*, nos. 7572/76, 7586/76 e 7587/76, Decisão da Comissão de 8 de julho de 1978, § 20.

861 Andrew Ashworth, "Excluding Evidence as Protecting Rights" (1977), Crim. L. Rev. 723.

tantos fatores em jogo, cada juiz possa decidir, de fato, o que é um 'julgamento justo'". Portanto, a maioria deveria ter rejeitado expressamente qualquer ponderação da negação errônea da escolha do advogado com outros interesses, como a Corte consistentemente concluiu nos casos *Salduz*, *Dayanan* e *Huseyn e Outros* em situações comparáveis de "negação de acesso" injustificada a um advogado.

Conclusão

21. Somos da opinião que o direito de acesso a um advogado engloba o direito de escolha de um advogado desde a fase inicial do processo, o que implica o direito de uma escolha livre e informada. Consequentemente, esconder — de forma consciente — de um suspeito informações relevantes, quando ele(a) está escolhendo um advogado, constitui-se em negação errônea do direito de escolha. A negação da escolha do advogado não é "questão menos grave" do que a negação do acesso a um advogado, em termos de consequências jurídicas. Assim, tanto a negação errônea de acesso a um advogado, como a negação errônea de escolha de um advogado, constitui um erro estrutural em processo penal que deve resultar automaticamente na exclusão de declarações autoincriminatórias contaminadas por esse erro antes do julgamento. Se o réu for condenado depois de tais provas contaminadas chegarem ao conhecimento dos juízes presentes no caso, a condenação deve ser automaticamente anulada. Se a infração ainda não prescreveu, pode seguir-se um novo julgamento com a exclusão de todo o material contaminado.

O Direito à Assistência de um Defensor de Sua Própria Escolha nas Fases Pré-Processuais: Análise Comparativa Entre Os Sistemas Internacionais De Proteção Dos Direitos Humanos

Breno Baía Magalhães[862]

Raysa Antonia Alves Alves[863]

Introdução

Os tratados sobre direitos humanos preveem, geralmente, o direito de acusados disporem de defesa técnica fornecida por profissional capacitado. Em princípio, a decisão sobre quem irá realizar essa função processual caberá ao implicado pela denúncia criminal, a não ser que não tenha condições de custeá-la.

O direito de ser assistido no processo criminal por um advogado, ou por si mesmo, quando for o caso, é um dos mais importantes corolários do devido processo legal, no entanto dúvidas permanecem sobre a aplicação desse direito às frases pré-processuais. Para fins de ilustração, a jurisprudência nacional sugere que não se aplicam, em sua totalidade, os princípios do contraditório e ampla defesa durante a fase de inquérito policial[864]. Ademais disso, os documentos internacionais não deixam claro as consequências decorrentes da escolha, da escolha não informada ou da imposição estatal de um defensor ao acusado.

Muitos destes questionamentos, entretanto, foram enfrentados pela jurisprudência internacional e devem ser conhecidas e depuradas pelos operadores do

862 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor de Direito Internacional e de Direitos Humanos da Universidade Federal do Pará (UFPA). Menção honrosa no prêmio CAPES (2016). E-mail: brenobaiamag@gmail.com.

863 Mestranda em Direito Público pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX/CAPES). Especialista em Direitos Humanos e Políticas Públicas pela UNISINOS. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Membro do Núcleo de Direitos Humanos da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (NDH/UNISINOS) e Pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional da Universidade Federal de Uberlândia (GEPDI/ UFU). E-mail: raysaantoniaalves@gmail.com.

864 STJ – Quinta Turma – RHC n. 57.812/PR – Rel. Min. Felix Fischer, Dje de 22.10.2015; STJ – Sexta Turma – HC n. 259.930/RJ – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Dje de 23.05.2013 e STF – 2ª Turma, PETIÇÃO 7.612/DF – Rel. Edson Fachin – Dje 12.03.2019.

direito nacionais, os quais se beneficiarão dos argumentos refinados e de autoridade fornecidos pelos órgãos internacionais competentes. Dessa forma, o cerne da análise deste capítulo é a extensão, ou não, desse direito às fases pré-processuais e o alcance da escolha livre de um defensor nessa fase da investigação criminal na visão dos sistemas internacionais de proteção, com especial atenção à seminal contribuição do Juiz Pinto de Albuquerque para o tema.

Escolhemos analisar os casos da Corte Europeia de Direitos Humanos, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Africana de Direitos Humanos e Comitê de Direitos Humanos que discorreram sobre o tópico objeto deste estudo, a fim de traçar linhas comparativas, lacunas das construções particulares e sugerir elementos para sua integração ou harmonização.

1) O Direito à Assistência de um Defensor de sua Própria Escolha nas Fases Pré-Rocessuais na Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

O artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) estipula que qualquer pessoa tem direito ao devido processo legal (*a fair trial*). Um processo equitativo é aquele que garante aos criminalmente acusados um exame equitativo de sua causa e em um prazo razoável, por tribunal independente e imparcial e estabelecido em lei. No item 03, a Convenção garante ao acusado um conjunto de direitos mínimos, dentre eles, o direito de defender-se a si próprio ou a ter assistência de um defensor da sua escolha. É válido ressaltar que o artigo 6º do texto convencional não explica ou estabelece qual a relação daquele conjunto de direitos com o devido processo legal. Não fica claro, portanto, com base em sua redação, se uma violação a algum dos direitos elencados naquele item implica em violação automática ao devido processo legal como um todo.

O propósito do artigo 6, 3, *c* é assegurar que os procedimentos contra um acusado não ocorrerão sem uma representação adequada no caso pela defesa. Visto como um corolário da igualdade de armas, essa garantia processual prescreve que o acusado não esteja em posição de desvantagem em relação à acusação. Sua aplicação se estende a todas as fases do processo criminal – da denúncia ao recurso (HARRIS; O'BOYLE; WARBRICK, p. 2009, p. 312-314). O cerne da análise deste capítulo é a extensão, ou não, desse direito às fases pré-processuais e o alcance da escolha livre de um defensor nessa fase da investigação criminal.

Se não há dúvidas quanto a incidência do 6,3, *c* às fases processuais, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH) tem desenvolvido uma jurisprudência errática sobre a aplicabilidade da assistência jurídica nas fases que antecedem a apresentação da acusação criminal formal, principalmente nas hipóteses em que tenha havido a detenção da pessoa por autoridade policial, seguida de

interrogatório desassistido e que embasa ou influencia condenações criminais na fase processual. Por outro lado, o direito de escolher ou indicar o defensor que acompanhará sua causa é entendido como um direito humano do acusado não absoluto, sujeito a restrições justificadas por razões convincentes e suficientes.

No julgamento do caso *Murray c. Reino Unido* (1996), a CtEDH atestou que o direito à assistência jurídica de um advogado nos estágios iniciais de uma investigação policial não é absoluto, e, quando houver boas razões, pode ser restringido. John Murray, acusado de atos terroristas, permaneceu em silêncio durante seu interrogatório prestado em órgão policial, onde estava custodiado pelas últimas 48 horas sem a presença de advogado, e sua postura fora considerada como um indício de sua culpa no processo criminal. Tanto a proibição de acompanhamento da defesa, quanto a utilização do silêncio como indício de culpa estavam previstos em lei.

Para a corte, nessas hipóteses, a restrição deve ser analisada com base na integralidade dos procedimentos para que a violação ao devido processo legal possa ser atestada. No caso, muito embora a negativa de defesa pré-processual por advogado possa estar legitimamente justificada com base na coleta de informações para a repressão de atos terroristas, a legislação interna extraia das declarações dos detidos durante fase investigativa uma inferência de culpa (JACOBS; WHITE; OVEY, 2010, p. 292). Portanto, o direito de ser assistido por um advogado fora violado (MARTINEZ SANTOS, 2020, p. 111).

Alguns anos depois, no paradigmático caso *Salduz c. Turquia* (2008), a corte alterou sua jurisprudência ao criar o teste *Salduz* para aferir a existência de violação ao direito de acesso a um advogado durante a fase pré-processual. No caso, um Turco de 17 anos foi condenado com base em declarações feitas durante seu interrogatório policial realizado sem a presença de advogado. Sua apreensão decorreu de sua participação em supostos atos terroristas e estava baseada na legislação Turca de segurança. Via de regra, decidiu a corte, o advogado deve estar presente desde o primeiro interrogatório do suspeito pela polícia, pois o processo penal poderá macular-se de forma irremediável quando uma condenação penal se sustentar em declarações autoincriminadoras prestadas ante os agentes policiais sem acesso a assistência letrada, a não ser que haja razões convincentes para restringi-la e que o Estado comprove que a restrição imposta não tenha repercutido negativamente no resto das garantias a um processo justo.

Dessa forma, o teste *Salduz* pode ser entabulado da seguinte forma:

> 1) Há razões convincentes ou relevantes para limitar ou impedir o acesso do detido em sede policial a um advogado e antes da formalização de uma denúncia criminal?
>
> Se não forem apresentadas razões que justifiquem a restrição, o direito terá sido violado e não é necessário seguir adiante com o teste. Em caso de resposta positiva sobre a existência de razões convincentes,
>
> 2) O Estado deve comprovar que a limitação do direito à assistência jurídica letrada na delegacia surtiu efeitos processuais que repercutiram de alguma forma na decisão final e que, por esse motivo, o requerente se viu afetado quanto ao adequado exercício do direito a um processo justo.

O teste foi interpretado como uma determinação bifásica de caráter prejudicial. Ou seja, na ausência de razões convincentes, o direito restaria violado e dispensaria a aplicação do segundo critério, o qual demanda uma avaliação holística do procedimento criminal. *Salduz* (2008) foi a primeira vez que a corte considerou o acesso a um advogado como uma regra, cujo não cumprimento acarretaria a exclusão de um material probatório capaz de incriminar os réus; desde *Murray* (1996) a abordagem era holística sobre o conceito de um julgamento justo, uma vez que a CtEDH demandava um juízo avaliativo completo dos procedimentos judiciais, ao passo que em *Salduz* ela estabeleceu que aqueles direitos eram imperativos, não importando o destino dos procedimentos subsequentes (CELIKSOY, 2018, p. 232). Ou seja, a Grande Câmara (GC) considerou que a segunda fase da análise (avaliação da justiça geral do processo) não seria necessária para encontrar uma violação do Artigo 6 § 3 (c), se já for constatado, na primeira fase do teste, que não havia razões convincentes para justificar a restrição ao direito de acesso a um advogado (CELIKSOY, 2019, p. 08).

Logo após o julgamento da GC, a 2ª Seção decidiu em *Dayanan c. Turquia* (2009, § 31 -32) que, para que se mantenha a equidade dos procedimentos sob o art. 6º, o investigado deve ter acesso à assistência jurídica desde o momento em que seja levado à custodia da polícia ou no momento da detenção que anteceda o julgamento, ainda que não seja interrogado. Exatamente um ano depois, em *Brusco c. França* (2010, §45-47) a 5ª Seção determinou que a pessoa sob custódia policial tem o direito de ser assistido por um advogado desde o início, inclusive durante os atos interrogatórios, principalmente quando ela não for informada de seu direito de permanecer em silêncio. No caso, o suspeito não foi informado de seu direito de não se autoincriminar e não foi garantido a ele acesso a um advogado durante seu interrogatório policial.

A despeito da resistência da CtEDH em considerar que tenha mudado de abordagem mais recentemente[865], o teste *Salduz* foi superado ou, no mínimo enfraquecido, em *Ibrahim e Outros c. Reino Unido* (2016). Em mais um caso envolvendo atos terroristas, quatro islâmicos foram condenados por atentados fracassados em Londres e não tiveram acesso à assistência jurídica técnica no período em que estiveram detidos na polícia, de acordo com normativa interna que dispunha sobre as "entrevistas de segurança" destinadas à proteção da vida e para prevenir danos à propriedade. A condenação levou em considerações as manifestações feitas no recinto policial desacompanhadas de advogados.

A corte reforçou que a assistência letrada nos primeiros momentos de privação de liberdade pode ser limitada de maneira temporária. Nos casos em que haja uma razão imperiosa ou convincente para restringir o direito de acesso ime-

865 A corte contesta a alegação de enfraquecimento sugerindo que ela procedeu, em verdade, a uma "clarificação" (*clarification*) do teste *Salduz* em *Ibrahim* (*Beuze c. Bélgica*, 2018, § 116).

diato a um advogado, o que só pode ser delimitado caso a caso (MARTINEZ SANTOS, 2020, p. 120). No entanto, a ausência de razões convincentes ou relevantes para afastar esse direito não seria mais suficiente para a declaração de uma a violação ao art. 6 (desde que não tenha havido tortura ou maus-tratos) como o tinha decidido em *Salduz*. A violação só ocorrerá, apresentadas ou não as razões para essa restrição, caso seja demonstrado, após análise global do caso, que aquela restrição impactou negativamente a equidade global do processo.

Contextualizado o estágio da discussão sobre a presença de advogados na fase pré-processual, importante tecer comentários sobre a liberdade desse acusado de escolhê-lo livremente. Como regra geral, a escolha feita pelo acusado de ser representado por um advogado deve ser respeitada, entretanto, o Estado pode recusar a indicação livre quando este apresentar razões convincentes e suficientes com vistas ao interesse da justiça e se houver restrições locais quanto ao fornecimento de representação custeada pelo Estado, conforme o decidido em *Croissant c. Alemanha* (1992, § 29 e 30) e reiterado em *Correia de Matos c. Portugal* (2018, § 121).

Mais recentemente, a corte determinou que a maneira na qual a defesa de um acusado será feita, se ele defenderá a si mesmo ou se poderá designar um advogado desde o começo, está dentro da margem de apreciação dos Estados. O que os Estados precisam garantir é a representação adequada para a defesa. Isso significa que, a depender da previsão interna, é possível que a escolha seja feita pelo Estado à revelia dos interesses da pessoa (*Correia de Matos c. Portugal*, 2018, § 122). O controle dessa indicação está baseado na análise holística da equidade dos procedimentos criminais.

O teste ataulmente empregado, portanto, é aquele desenvolvido em *Ibrahim* (2016):

> 1) O Tribunal examina, em primeiro lugar, se o Estado apresentou razões convincentes e suficientes para justificar os meios por ele escolhidos para garantir os direitos de defesa das pessoas acusadas[866]. Quando tais razões forem estabelecidas, uma avaliação holística de todo o processo será conduzida para determinar se elas foram justas em geral;
>
> 2) Quando nenhuma dessas razões for estabelecida, o Tribunal aplicará um escrutínio estrito à sua avaliação de equidade, que ocorrerá em sob qualquer hipótese. A falha do Estado demandado em demonstrar razões convincentes e suficientes, todavia, pesará na balança quando a Corte avaliar a justeza geral do julgamento[867] e pode inclinar a balança em favor de uma violação do Artigo 6 §§ 1 e 3 (c)[868].

866 Podem ser consideradas como razões convincentes: a existência de uma necessidade urgente de evitar consequências adversas graves para a vida, liberdade ou integridade física em um determinado caso. Ademais disso, essas razões têm de ter base normativa interna e oferecer o mínimo de referência segura para aqueles incumbidos de tomar as decisões de aplicá-las (*Simeonovi c. Bulgária*, 2017, § 117).

867 A corte estipulou um conjunto de fatores não exaustivos para se levar em conta no momento da avaliação do impacto dos problemas processuais ocorridos na fase pré-julgamento que, por ventura, possam afetar a equidade global do procedimento: a) Se o requerente era vulnerável (idade ou capacidade mental); b) O quadro jurídico que rege o procedimento pré-julgamento e a admissibilidade das provas no julgamento; quando se aplica uma regra de exclusão, é particularmente improvável que o processo como um todo seja considerado injusto; (c) se o requerente teve a oportunidade de contestar a autenticidade das provas e opor-se à sua utilização; (d) a qualidade das provas e se as circunstâncias em que foram obtidas levantam dúvidas sobre sua confiabilidade ou exatidão; (e) quando as provas foram obtidas ilegalmente e se resultar de uma violação de outro artigo da Convenção; (f) a natureza da declaração e se ela foi prontamente retirada ou modificada; (g) se a prova fazia parte integrante ou significativa da evidência probatória em que se baseou a condenação, e a força das outras provas no caso; (h) se a avaliação da culpa foi realizada por juízes profissionais ou jurados leigos e, no caso destes últimos, o conteúdo de quaisquer instruções do júri; (i) o peso do interesse público na investigação e punição do delito específico em questão; e (j) outras salvaguardas processuais relevantes proporcionadas pela legislação e prática nacionais (*Ibrahim*, 2016, § 274).

868 O padrão formulado em *Ibrahim* foi aplicado em *Simeonovi c. Bulgária* (2017, §§ 113-118), caso em que a corte atestou, explicitamente, que o direito do 6 § 3 (c) não era autônomo, portanto, que seu conteúdo depende da avaliação mais ampla sobre a igualdade dos procedimentos criminais e que a falta de demonstração de razões suficientes não levava a uma violação automática, mas a um escrutínio estrito da equidade global do procedimento. No caso, a corte concluiu que a equidade geral do processo penal não foi irremediavelmente prejudicada pela ausência de assistência jurídica enquanto ele esteve sob custódia policial.

Gerards (2019, p. 41-44) tenta racionalizar a movimentação de retração da corte nestes casos como o equilíbrio que ela encontrou para cumprir com sua dupla função de oferecer justiça individual a um caso concreto e formular explicações genéricas. No exercício da primeira função, ela realiza uma construção incremental e de refinamento, caso a caso de sua jurisprudência. A abordagem incremental, geralmente, é empregada nas hipóteses em que ela julga temas novos e sensíveis e permite que a Corte responda às críticas decorrentes da recepção nacional de sua decisão e mantenha um padrão de proteção de direitos. Por outro lado, como foi o caso da formulação do teste *Ibrahim*, em oposição ao incrementalismo, a corte cria uma linha argumentativa ao fixar um princípio geral para, posteriormente, refiná-lo na aplicação de casos concretos. Após a resposta dos Estados, a corte procedeu à reformulação da regra fixada em *Salduz,* a partir dos problemas demonstrados na aplicação dos casos concretos.

1.1) A DEFESA INTRANSIGENTE DAS GARANTIAS PROCESSUAIS DO ACUSADO FEITA PELO JUIZ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE NA CTEDH.

No item anterior, foi possível traçar um balanço do desenvolvimento da jurisprudência da CtEDH e definir os padrões atualmente empregados na aplicação do art. 6, 3, c. O excurso foi necessário para que pudéssemos contextualizar o caso *Dvorski c. Croácia* (2015) e realçar as importantes contribuições feitas pelo Juiz Pinto de Albuquerque para o Direito Internacional dos Direitos Humanos em geral, e aos direitos das pessoas sujeitas a investigações criminais, mais especificamente.

Dvorski alegava que, após sua detenção, os agentes policiais negaram-lhe acesso ao advogado que seus pais haviam contratado para representá-lo. Como resultado, o acusado teve de aceitar a representação de um advogado cadastrado em lista fornecida pela polícia. Perante a CtEDH, Dvorski alegou que, em razão de sua falta de opção de representação, ele não fora adequadamente aconselhado durante seu interrogatório policial, quando acabou por se autoincriminar. Portanto, teria tido violado o seu direito previsto no art. 6 §§ 1 e 3 (c) da CEDH.

Em síntese, a Corte ratificou que a proteção do art.6 se estende aos procedimentos pré-julgamento, principalmente quando essa fase puder afetar a equidade do julgamento. A atuação do advogado indicado pelo próprio acusado nessa fase se justificaria para a manutenção da equidade processual, porquanto a representação letrada impediria, como algumas leis nacionais preveem, consequências desfavoráveis ao acusado decorrentes de um interrogatório policial desacompanhado de defensor. No entanto, por não ser um direito absoluto, o Estado pode justificar a restrição momentânea de acesso a um advogado na fase pré-julgamento, desde que apresente razões imperiosas ou convincentes.

No caso, diferentemente do que ocorrera em *Salduz*, o detido teve acesso a um advogado, ainda que não tenha sido aquele de sua própria escolha. Portanto, não se deveria confundir a situação de recusa de acesso com a de recusa de escolha, pois essa última hipótese atrai o requisito mais brando das razões relevantes previsto no teste *Salduz*. Nesses casos menos graves, a tarefa do tribunal será a de avaliar, à luz do processo criminal como um todo, se os direitos da defesa foram afetados a ponto de afetar sua justiça geral (*Dvorski c. Croácia,* 2015, §§ 76-82).

Ao aplicar as duas fases do teste *Salduz* temperado ao caso, a Corte considerou que a escolha formal de seu defensor por Dvorski não foi informada e que o Estado não apresentou razões convincentes e suficientes baseadas no interesse da justiça para restringir acesso ao advogado contratado pelos pais do acusado. No entanto, a restrição injustificada daquela garantia não foi suficiente para atestar a violação do direito, dessa forma, a corte considerou relevante avaliar se ela afetou negativamente a equidade do processo como um todo. Ao avançar na segunda fase do teste, reconhecendo que não existiam razões plausíveis para justificar a restrição do direito de escolha, o Tribunal considerou que a confissão assistida por advogado não escolhido com base em informações completas feita no momento da detenção policial serviu de base para a condenação final e, portanto, restou por afetar a justiça do processo como um todo (*Dvorski c. Croácia,* 2015, §§ 83-111).

Em sua opinião dissidente, o Juiz Pinto de Albuquerque indicou em quais pontos sua interpretação divergia da maioria e como ela oferece um conjunto protetivo mais efetivo aos Direitos Humanos. Em primeiro lugar, reconhece que o acesso e o direito de escolha a um advogado durante a detenção polícia deve ser interpretado como uma regra. Isso porque, em sua visão, não caberia à Corte "conjecturar sobre o impacto que o acesso do requerente a um advogado, durante a custódia policial, teria no curso do processo".

Em segundo lugar, no caso, a corte deveria analisar se as autoridades tomaram as medidas necessárias para garantir o gozo efetivo do direito à assistência letrada de sua escolha. Em razão da resposta negativa ao item anterior, a mera negação, restrição ou interferência injustificada deste direito deixará máculas indeléveis ao devido processo legal, uma vez que pairarão dúvidas constantes sobre a influência dessa postura da polícia na produção probatória. Por essa razão, o Juiz considerou como inaceitável a distinção feita pela corte entre recusa de acesso e recusa de escolha para aferir a qual seria a violação menos séria. Em síntese, para o juiz a primeira parte do teste *Salduz* original seria suficiente para a determinação da violação ao direito.

Por fim, o Juiz nega que a segunda parte do teste *Salduz* seja aplicável, de qualquer sorte, uma vez que a violação dos direitos mínimos para um julgamento devido jamais poderá ser considerada como justas ou justificadas, uma vez que importam em erro estrutural capaz de afetar todo o contexto dentro do qual o julgamento ocorre. As afetações ao direito a não autoincriminação sempre tornarão um julgamento injusto, "independentemente de quaisquer outras circunstâncias do caso". O manejo de uma análise calcada na avaliação geral de um processo específico por meio de uma ponderação abre as portas para a discricionariedade excessiva na definição da violação dos direitos relativos ao devido processo legal.

Com base na manifestação do Juiz Pinto de Albuquerque, é seguro afirmar que ele já antecipara em *Dvorski* (2015) o rompimento da Corte com o critério mais rigoroso fixado em *Salduz* (2008) que aconteceria em *Ibrahim* (2016). O teste da exclusão probatória em *Dvorski* não garantia o direito à escolha livre do advogado, pois não fora negado ao requerente a assistência judiciária, apenas houve a vedação do direito à livre escolha. A primeira, portanto, seria uma situação mais gravosa. Sua incisiva opinião sobre esse afrouxamento da CtEDH favorável à acusação (*prosecution-leaning*) é exposto em *Murtazaliyeva c. Rússia* (2018, §§ 41-56). O Juiz não deixou de expressar seu descontentamento com a utilização excessiva do teste da equidade global na interpretação dos direitos mínimos do art. 6º, pois o padrão é subjetivo, maleável, pouco previsível e manda uma mensagem confusa para as cortes domésticas.

2) O Direito À Assistência de um Defensor de sua Própria Escolha nas Fases Pré-Processuais na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.

O art. 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) estabelece as diretrizes sobre o devido processo legal, que é composto por um conjunto de requisitos que devem ser observados nas instâncias estatais responsáveis por estabelecer ou resguardar os direitos e obrigações de qualquer pessoa que esteja sob a jurisdição de um Estado[869] (*Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile,* 2020,

869 De acordo com o disposto no artigo 8 da Convenção Americana, ao determinar os direitos e obrigações de todas as pessoas, os Estados devem respeitar, garantir e proteger um rol mínimo de garantias que asseguram à pessoa humana o direito ao devido processo (*Caso Girón e otros Vs. Guatemala*, 2019, § 175). Esta prote-

§100). Este rol de garantias aponta quais são as condições mínimas que devem ser oferecidas a qualquer pessoa para que possa defender-se adequadamente perante qualquer tipo de ato do Estado que possa afetá-la em seus direitos e deveres (ANTKOWIAK; GONZA, 2017, p. 194-196).

Quanto ao direito de ser assistido por um defensor de sua livre escolha, esta garantia judicial consta do rol do art. 8.2 da CADH, mais especificamente na alínea (d). De acordo com o art. 8.2.d, toda pessoa acusada de um delito tem o direito irrenunciável de ser assistido legalmente por um defensor oferecido pelo Estado, nos casos em que não tiver optado por defender-se ou ter nomeado defensor particular dentro do prazo estabelecido na legislação interna (*Caso Castillo Petruzzi e outros Vs. Peru*, 1999; *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela,* 2009). A redação da CADH levou em consideração o fato de que nos países latino-americanos, o acusado deve sempre estar acompanhado de advogado, mesmo que contra sua vontade, e se não o estiver, o Estado lhe oferecerá um defensor contra seu desejo. A regra convencional, portanto, pretendia manter este aspecto do sistema continental da região (MEDINA, 2017, p. 310)

No relatório temático *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, de 2002, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) considerou que as garantias oferecidas pelo art. 8.2 se estendem igualmente às pessoas detidas por razões relacionadas a investigações relativas a ameaças terroristas. Dentre as garantias asseguradas nessas situações, confere-se ao investigado o direito de estar representado por um advogado ou outro representante, vedadas práticas discriminatórias que reduzam o gozo da pessoa acusada ou detidas às garantias de um juízo justo.

No entanto, é no *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las américas,* de 2013, em que a Comissão discorre detalhadamente sobre o tema em comento, inclusive estabelecendo como uma de suas recomendações aos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), que, deve estar presente um advogado de confiança do acusado ou, na sua falta, ser designado um defensor público oficial no processo em que se apura a aplicação de qualquer medida cautelar. Este direito deve ser informado prontamente e em um idioma e linguagem compreensíveis pela pessoa acusada, para que ela possa preparar e organizar sua defesa de maneira adequada. Se essa pessoa for um estrangeiro, também terá o direito de ter o cônsul de seu país notificado para que possa fornecer-lhe conselhos e assistência.

A inafastabilidade do direito de ser assistido por um defensor de sua livre escolha tem se refletido até em seus posicionamentos mais atuais, como é possível constatar no relatório temático *Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada y apátrida, y el otorgamiento de protección complementaria*, emitido em 2020, quando a CIDH pontuou que os procedimentos penais, ou de qualquer natureza, devem atender a certas garantias mínimas, como forma de atender a proteção que emana do princípio do devido processo legal, dentre elas a garantia elencada no art. 8.2.d da CADH.

Em apertada síntese, no âmbito do Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH), o direito à defesa técnica agrega entre suas facetas a garantia de uma defesa realizada por um profissional com formação jurídica[870], que no exercício da defesa do investigado/acusado deve: (i) assessorá-lo e assegurar que sejam observadas as garantias judiciais de que é titular ao longo das etapas pré-processuais até, se for o caso, a execução da pena ou das sanções de outra natureza cabíveis (*Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*, 2009, §29; *Caso López e otros Vs. Argentina*, 2019, §§ 200-203).; e, ainda, (ii) realizar um controle legal dos atos praticados pelas autoridades estatais, a exemplo da produção de provas no curso da investigação (*Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*, 2009, §29; *Caso López e otros Vs. Argentina*, 2019, §§ 200-203).

Em *Montesinos Mejía Vs. Equador* (2020), a Corte recordou a jurisprudência já proferida sobre o assunto e desenvolveu considerações importantes sobre o direito à defesa técnica, nos termos da proteção pretendida pelo art. 8.2.d. Lembrou, por exemplo, que o direito de defesa é um componente central do devido processo, e que deve ser possível exercê-lo a partir do momento em que uma pessoa é identificada como possível autor ou participante de um processo punível e só cessa com o encerramento do processo, incluindo, se for caso, a fase de execução da pena.

A CADH regula as garantias para a defesa técnica, como o direito a ser assistido por um defensor (Artigo 8.2.d e e). Este último direito será violado quando não for garantido à defesa técnica auxiliar o réu em atos centrais do processo, como, por exemplo, a prestação de declaração do detido perante autoridades policiais. No caso em tela, a Corte ponderou que o fato de a vítima ter prestado declarações à polícia, em fase pré-processual, sem ter sido informado de seu direito de constituir advogado e do conteúdo detalhado da acusação, o Estado violara a segunda seção do artigo 8.2 em seus literais "d" e "e". Por fim, a corte identificou a existência de uma regra de exclusão probatória quando as declarações tenham sido feitas sob tortura ou qualquer tipo de coação que reduza

ção visa a resguardar as garantias judiciais indispensáveis à proteção de vários direitos cuja suspenção está vedada pela CADH, e serve, ainda, para a preservação da legalidade em uma sociedade democrática (*Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las américas*, 2011, §135; *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia [Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos]*, 1987, §33). De mais a mais, ao estipular garantias mínimas, essa circunstância textual não afasta a identificação de outras garantias em situações específicas (*Opinión Consultiva* OC-11/90, § 24).

870 A CtIDH, em *Barreto Leiva* (2009), equiparou a defesa técnica àquela exercida por um profissional bacharel em direito, no entanto, os trabalhos preparatórios da CADH sugerem que a defesa não, necessariamente, precisaria ser realizada por um advogado. O projeto falava, expressamente, em um direito de ser defendido por um advogado, sem embargo, por iniciativa do Panamá, se propôs a substituição de "advogado" pela palavra "defensor", a qual fora aprovada pelos Estados, na medida em que compreendia tanto a um advogado, como alguém a quem não o era, mas que, não obstante, exercia sua própria defesa (IBÁÑEZ RIVAS, 2019, p. 298).

a capacidade de expressão espontânea e voluntária da pessoa. Tendo em vista que as declarações pré-processuais da vítima foram antecedidas de atos coativos, nenhum valor probatório poderia lhes ser outorgado para fins de eventual condenação (Caso *Montesinos Mejía Vs. Equador*, 2020, §§ 176-201).

Apesar do desenvolvimento de seu entendimento sobre a matéria, nota-se que, de forma recorrente, a CtIDH não se debruça sobre a análise da violação do direito de ser assistido por um defensor de sua livre escolha, sobretudo quanto aos atos e omissões dos Estados que servem de obstáculo a que a pessoa acusada manifeste livremente o direito de acionar precocemente um advogado de sua própria escolha e confiança. Nesse sentido, as principais análises sobre a violação do direito de defesa ocorrem quando a Corte analisa a atuação dos advogados ou defensores públicos que foram designados de ofício e suas implicações para o decorrer do processo, como é possível constatar nos casos *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros Vs. Trinidad e Tobago* (2002); *Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador* (2007, §§ 156-159) e *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*, (2010, § 155).

Verificou-se que os fatos relacionados aos obstáculos oferecidos pelo Estado à pronta e livre eleição de um defensor pelo investigado/acusado não foram objeto de apreciação, uma vez que a Corte atribuiu maior relevo aos fatos relacionados à privação de acesso a um defensor no curso de todo o processo penal. Caso o advogado não tenha cometido erros substanciais capazes de afetar o contraditório e a ampla defesa do acusado, a Corte considera que não será o caso de reconhecer violações ao direito de defesa.

Entretanto, a consideração expressa da escolha livre de um advogado, ainda que seja apontada como violação pelas partes representantes da vítima e pela Comissão Interamericana, esse não é um aspecto debatido pela Corte, de maneira que as possíveis violações concretizadas em decorrência da violação da escolha livre de um advogado ainda permanecem sem um entendimento sedimentado e mais claro em suas sentenças[871].

Em *Castillo Petruzzi* (1999, § 147), por exemplo, a CtIDH decidiu que não viola, em si, o art. 8.2, d da CADH um Decreto-Lei que disponha sobre crimes de terrorismo e que impeça os advogados de defesa de defender mais de um acusado simultaneamente, ainda que não sejam corréus, não obstante essa seja uma visível limitação ao direito de livre escolha. A violação desse direito no caso ocorreu porque o trabalho da defesa encontrou obstáculos injustificáveis.

Fazendo eco às argumentações de Medina (2017, p. 309), muito embora houvesse risco de um advogado que defendesse mais de uma pessoa incorrer em conflito de interesses no caso acima, o que justificaria a limitação, entretanto,

871 Apesar disto, cumpre destacar o início de uma ruptura deste padrão, conforme sinaliza o julgamento do caso *Caso López e outros Vs. Argentina*, de 2019

uma proibição legal genérica desse tipo não responde a nenhuma necessidade legítima e clara sob o art. 8. A decisão da Corte se eximiu de avaliar a justificativa por detrás de tal proibição e nem mesmo levou em consideração a situação daqueles acusados de terrorismo no Peru.

Na época em que tais julgados ocorreram, obter assistência jurídica para acusados de terrorismo era difícil, uma vez que, de um lado, os advogados temiam sofrer retaliações por defenderem uma dessas pessoas; e de outro, os acusados eram pessoas sem dinheiro para contratar advogados privados. Geralmente, a defesa dessas pessoas era feita por meio de escassos serviços *pro-bono*. Portanto a lei interna, ao impedir que esses advogados voluntários pudessem fornecer seus serviços a uma grande quantidade de pessoas, criava um ônus para os acusados, que se viam obrigados a aceitar as indicações de defensores feitas pelos tribunais militares.

Conclui-se, por meio da análise dos casos consultados, que não é possível constatar maior aprofundamento dos debates sobre esta questão no âmbito da CtIDH ou, sequer, um olhar mais acurado sobre os fatos relacionados a esta dimensão do art. 8.2.d, mesmo que a representação das vítimas ou CIDH tenham indicado claramente fatos relacionados a este ponto. Sobre o assunto, o tribunal tem utilizado o *Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión* como o único parâmetro protetivo alheio ao marco interamericano, elaborado no âmbito da Organização das Nações Unidas. Adicionalmente, cumpre mencionar o pouco ou nenhum diálogo com os marcos protetivos debatidos no sistema europeu, seja a utilização do contestável critério *Ibrahim*, seja o necessário critérios defendido pelo Juiz Pinto de Albuquerque.

3) O Direito à Assistência de um Defensor de sua Própria Escolha nas Fases Pré-Processuais no Pacto Internacional dos Direitos Civis E Políticos.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) da ONU apresenta uma redação muito parecida com os tratados anteriores, uma vez que todas as pessoas têm direito de ser defendidas pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha (art. 14 (3) (d)). O órgão competente para monitorá-lo, o Comitê de Direitos Humanos (CDH) tem desenvolvido uma jurisprudência pouco refinada sobre o tema.

Em 1981, no caso *Lopez c. Uruguai*, um membro do movimento sindical local foi aprendido pelo Estado e submetido à interrogatório policial sem acompanhamento de defensor de sua própria escolha. O Estado forçou o requerente a assinar uma confissão, utilizada em sua condenação, e foi forçado, sob ameaças, a se abster de buscar qualquer advogado que não fosse o Coronel Mario Rodriguez

em procedimentos perante um Tribunal Militar (CONTE; BURCHILL, 2009, p. 188-189). Portanto, o comitê reconheceu violação ao artigo 14 (3) (d), porque Lopez Burgos foi forçado a aceitar o Coronel como seu advogado.

Em *Gridin v. Russian* (2000, § 8.5), o requerente confessou os crimes que cometerá após ser interrogado por 48h sem comer ou dormir e, apesar de seus pedidos, a polícia negou-lhe acesso a um advogado. O Comitê concluiu que negar ao autor o acesso a um advogado, após ele ter solicitado acesso e interrogá-lo durante aquele período constituía uma violação. Em *Prashanta Kumar Pandey c Nepal* (2014, § 8.8), cidadão foi forçado a assinar confissão sob tortura que serviu de base para sua condenação judicial após interrogatórios sem a presença de advogados. Ao identificar violação ao art. 14, 3, o Comitê afirmou que, na determinação de qualquer acusação criminal, todos têm o direito a preparar sua defesa e para se comunicar com advogado de sua própria escolha.

Em *Valery Rybchenko v. Belarus* (2018, § 3.3), após reforçar o ponto anterior, o CDH explicou que esta interpretação é um elemento importante da garantia de um julgamento justo e da aplicação do princípio da igualdade de armas, na linha do defendido pela CtEDH e CtIDH. O Comitê considerou que, na ausência de uma resposta do Estado parte, o devido peso deve ser dado às alegações do autor. Concluiu que a negação do acesso à assistência jurídica de sua escolha durante as fases de detenção e julgamento constituiram uma violação dos direitos do autor nos termos do artigo 14 (3) (b) e (d) do Pacto.

O Comentário Geral n. 32 (2007, § 37) do CDH encapsula as linhas básicas de sua produção jurisprudencial. Ele não é claro sobre a obrigatoriedade de um advogado acompanhar o detido nas fases pré-processuais, e reforça que um advogado pode ser designado contra a vontade do acusado que pretenda defender a si próprio, desde que essa designação atenda aos interesses da justiça. Essas hipóteses decorrem, por exemplo, da obstrução do regular andamento processual ou quando esteja enfrentando uma acusação grave. Ou seja, a proteção dos interessas da justiça que limitam o direito dependem da formulação de um propósito objetivo e suficientemente sério, tal como fora estipulado pela CtEDH.

É possível notar que os casos que chegaram ao CDH não lhe permitiram desenvolver uma jurisprudência mais refinada sobre o tema, uma vez que as situações com as quais teve de se de deparar diziam respeito a um conjunto de violações básicas do art. 14, nas quais o direito de acesso a um advogado fora restringido sem que fossem apresentadas razões imperiosas ou suficientes ou, pior, situações nas quais a detenção policial serviu para forçar, geralmente sob tortura ou outra forma de coação, confissões que serviriam de base para futuras condenações em julgamento.

4) O Direito À Assistência De Um Defensor De Sua Própria Escolha Nas Fases Pré-Processuais Na Carta Africana Dos Direitos Humanos E Dos Povos.

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP) estipula, em seu art. 07, 1, c o direito de defesa, incluindo o de ser assistido por um defensor de sua livre escolha. A Corte Africana de Direitos Humanos tem desenvolvido padrões protetivos importantes sobre tema em sua função contenciosa recente, muito embora tenha empregado um rigoroso padrão fático para o reconhecimento de uma violação daquele direito.

A corte tem reconhecido que o art. 07 da Carta Africana deve ser interpretado de acordo com as proteções adicionais trazidas pelo PIDCP (*Abubakari v Tanzania*, 2016, § 136-137) e, especificamente, sobre o tema objeto deste trabalho, seguindo as diretrizes do "Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sob Qualquer Forma de Detenção ou Prisão" adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na Resolução 43/173 de 9 de dezembro de 1988, seguindo o mesmo padrão da CtIDH nesse aspecto. Dentre os princípios, a indicação de que uma pessoa não pode ser mantida detida sem ter a oportunidade efetiva de ser ouvida prontamente por uma autoridade judicial ou outra autoridade e de se defender ou de ser assistida por um defensor.

Dessa forma, a Corte decidiu que o direito de defesa, incluindo o direito de ser assistido por um advogado de sua escolha, deve ser exercido em todas as fases de um processo penal, especialmente durante a investigação, nos períodos de detenção administrativa e durante o julgamento por um tribunal de julgamento e apelação. Fazendo referência expressa à CtEDH, o Tribunal africano sugere que o acusado tem direito a um tempo adequado para a preparação de uma defesa compatível com a natureza do processo e as circunstâncias factuais do caso. Isso implica o direito de se comunicar com seu advogado e o direito de acesso aos materiais necessários para preparar sua defesa (*African Commission on Human and Peoples' Rights v Libya,* 2016, § 93-94).

Em face da natureza das violações e da leitura integrativa, a Corte reconhece que, muito embora a carta não garanta, expressamente, o direito a uma assistência jurídica gratuita, o direito estaria garantido jurisprudencialmente desde o momento em que uma pessoa tenha sido denunciada por meio de uma queixa criminal, mesmo que o indivíduo não o requeira, especialmente, se for indigente e se a ofensa for séria e a penalidade a ser imposta, severa (*Isiaga v Tanzania*, 2018, §§ 78-79).

Em *Nguza v Tanzania* (2018, § 81-82), cujos requerentes estavam sendo acusados de terem estuprado crianças, a Corte não identificou violação ao direito de assistência letrada no memento da acusação e no decurso do processo por falta de provas, e pelo fato de terem sido representados na fase recursal por um advogado.

Em *Guehi v Tanzania* (2018, § 75-78), cidadão da Costa do Marfim, foi condenado e sentenciado à morte pelo assassinato de sua esposa. O Requerente não fora assistido por um intérprete durante a entrevista policial e nos procedimentos de internamento, ambos conduzidos em inglês e sem o oferecimento de um tradutor. A Corte entendeu necessário perquirir se o requerente possuía domínio da língua, ainda que limitado, sendo suficiente que compreendesse a acusação feita, o que foi atestado no caso. Dessa forma, o tribunal atestou que Tribunal considera que a falta de fornecimento de um intérprete durante o processo em causa não afetou a capacidade do Requerente para se defender. Portanto, não houve violação do Artigo 7 (1) (c). Ao rejeitar violação ao Artigo 7 (1) (c) da Carta, o Tribunal apontou que o Requerente não solicitou a assistência de um advogado antes ou durante a sua declaração, apesar de a polícia ter lhe perguntado se o desejava na presença de qualquer pessoa de sua escolha. Além disso, os autos do processo no Tribunal Superior revelam que o Requerente reconheceu ter se reunido com um advogado em 6 de outubro de 2005, data da sua detenção, e essa reunião ocorreu antes da sua declaração.

Conclusões

De pronto, é possível concluir que todos os sistemas internacionais de proteção estão preocupados em garantir um processo penal justo com base na garantia da igualdade de armas, reconhecendo que há uma desvantagem natural em relação à sanção criminal institucionalizada e viabilizada pelo estado e a defesa pessoal e privada de uma pessoa acusada pelo Estado. Dessa forma, todos os sistemas de proteção se apressaram em reconhecer que o direito à defesa na fase pré-processual é um direito da pessoa detida ou investigada. Ademais, todos reconheceram a importância de o acusado proceder à escolha livre de seus defensores.

No entanto, esses sistemas divergem quanto o grau de proteção conferido pelo direito e como o órgão internacional realizará o escrutínio do ato estatal questionado. O Sistema europeu desenvolveu uma jurisprudência refinada e que anda de mãos dadas com sua posição institucional dentro do concerto das jurisdições constitucionais nacionais. Não apenas a CtEDH reconhece que não fará a reavaliação completa das medidas internas, em razão da regra da 4ª instância, como estipula que o direito a um defensor na fase pré-processual não atribui ao seu titular uma garantia de exclusão probatória automática quando este lhe for negado. A corte europeia, muito provavelmente, em razão da receptividade mista do critério *Salduz* pela administração dos Estados e pelo risco de fazer com que as investigações policiais sobre atos terroristas em uma Europa que tem enfrentado problemas migratórios graves nos últimos anos se tornem mais onerosos, reviu seus padrões para adotar o critério da análise global do devido processual legal quando aquele direito for negado a alguém.

Em razão do tipo de questionamentos que chegam à CtIDH, CDH e à Corte Africana, não foi possível identificar o desenvolvimento de critérios de fiscalização tão sofisticados como aqueles formulados pela CtEDH. Isso porque, nas hipóteses em que as pessoas envolvidas naqueles casos foram detidas pela polícia, suas declarações foram fornecidas com base em restrições de sua vontade de manifestarem-se livremente, fazendo com que incidisse a regra da exclusão probatória.

Por fim, destacamos que é muito importante defender a interpretação proposta pelo Juiz Pinto de Albuquerque, segundo a qual o direito à assistência técnica na fase de investigação policial deve ser considerado com um direito, a ser restringido apenas em situações excepcionalíssimas seguidas da exposição de razões e motivos convincentes e fortes, sob pena de a produção probatória afetar, irremediavelmente, o devido processo legal, independentemente de seu resultado posterior.

Referências bibliográficas

ANTKOWIAK, Thomas M.; GONZA, Alejandra. *The American Convention on Human Rights*: essential rights. 1ªed. New York: Oxford University Press, 2017.

CELIKSOY, Ergul. Ibrahim and Others v. UK: Watering down the Salduz principles? *New Journal of European Criminal Law*. 2018, Vol. 9, nº 2, p. 229–246.

CELIKSOY, Ergul. Overruling 'the Salduz Doctrine' in Beuze v Belgium: The ECtHR's further retreat from the Salduz principles on the right to access to lawyer. *New Journal of European Criminal Law*, p; 1–21 2019.

CONTE, Alex; BURCHILL, Richard. *Defining civil and political rights*: The jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee. 2ª ed. Ashgate: London, 2009.

GERARDS, Janneke. *General principles of the European Convention on Human Rights*. New York : Cambridge University Press, 2019.

HARRIS; O'BOYLE & WARBRICK. *Law of the European Convention On Human Rights.* 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. Garantías judiciales - Artículo 8. STEINER, Christian; FUCHS, Marie-Christine (ed.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 2ªed. Konrad Adenauer Stiftung, 2019, p. 256- 323.

JACOBS; WHITE; OVEY. *The European Convention on Human Rights*. 5ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

MARTÍNEZ SANTOS, A. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante las restricciones del derecho a la asistencia letrada en los primeros momentos de la privación de libertad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 118, 2020, p. 109-137.

MEDINA, Cecilia. *The American Convention on Human Rights*: Crucial Rights and Their Theory and Practice. 2ªed. Cambridge: Intersentia, 2017.e

Corte Europeia de Direitos Humanos

Dvorski c. Croácia, [GC], n.º 25703/11, 20 de Outubro de 2015.

Croissant c Alemanha, (1992) Series A no 237

Salduz c. Turquia [GC], n.º 36391/02, 27 de novembro de 2008

John Murray c. Reino Unido, n.º 18731/91, 8 de fevereiro de 1996.

Ibrahim e Outros c. Reino Unido [GC], nº 50541/08, 50571/08, 50573/08

e 40351/09, 13 de setembro de 2016.

Correia de Matos c. Portugal [GC], n.º 56402/12, 4 de abril de 2018

Dayanan c Turkey, [Segunda Seção], nº 7377/03, 13 de outubro de 2009.

Brusco c França, [Quinta Seção], no. 1466/07, 14 de outubro de 2010.

Murtazaliyeva c. Rússia, [GC]. nº 36658/05, 18 de dezembro de 2018.

Simeonovi c. Bulgária, , nº 21980/04, 12 de maio de 2017.

Beuze c. Bélgica, [GC], no. 71409/10, 09 de novembro de 2018

Comitê de Direitos Humanos

Penarrieta v. Bol., Comm. 176/1984, U.N. Doc. A/43/40, at 199 (HRC 1987)

Saldias de Lopez v. Uru., Comm. 52/1979, U.N. Doc. A/36/40, at 176 (HRC 1981)

Gridin v. Russian Federation, Comm. 770/1997, U.N. Doc. A/55/40, Vol. II, at 172 (HRC 2000)

Valery Rybchenko c Belarus, CCPR , CCPR/C/124/D/2266/2013, 17 Oct 2018.

General comment no. 32, UN Human Rights Committee (HRC), Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial, 23 August 2007, CCPR/C/GC/32.

Corte Africana de Direitos Humanos

Isiaga v Tanzania (merits) (2018) 2 AfCLR 218

African Commission on Human and Peoples' Rights v Libya. (merits) (2016) 1 AfCLR 153.

Abubakari v Tanzania (merits) (2016) 1 AfCLR 599

Nguza v Tanzania (merits) (2018) 2 AfCLR 287

Guehi v Tanzania (merits and reparations) (2018) 2 AfCLR 477

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Informe sobre terrorismo y derechos humanos. 2002.

Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las américas. 2011.

*Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las américas.*2013.

Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada y apátrida, y el otorgamiento de protección complementaria. 2020.

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinião Consultiva OC-9/87 de 6 de outubro de 1987. Serie A No. 9.

Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11.

Caso Castillo Petruzzi e outros Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de maio de 1999. Serie C No. 52.

Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros Vs. Trinidad e Tobago. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de junho de 2002. Serie C No. 94.

Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170

Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.

Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

Girón y otro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 390.

Caso López y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C No. 396.

Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2020. Serie C No. 398

Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C No. 409

VI. Legalidade no Direito Penal

Caso Maktouf e Damyanovic v. Bósnia e Herzegovina

Opinião Concorrente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque com a Adesão do Juiz Vučinić

1. A proibição da lei penal retroativa e a retroatividade de leis penais mais brandas (*lex mitior*) são questões perenes da justiça humana. Tendo em vista as características estruturantes da função acusatória e da organização do poder Judiciário da Bósnia e Herzegovina (BiH), e a natureza particular da Câmara de Crimes de Guerra do Tribunal Federal da BiH, o caso *Maktouf e Damjanović* exige uma discussão mais ampla sobre estas questões dentro do contexto do direito internacional dos direitos humanos, também levando em consideração avanços no direito penal internacional, no direito internacional humanitário e o atual status de prática do Estado. Só então eu estarei em uma posição de chegar a uma conclusão neste caso.

A Proibição de Aplicação Retroativa do Direito Penal

2. A garantia da função preventiva do direito penal, a separação dos poderes do Estado e a prevenção da arbitrariedade do Estado são os objetivos do princípio *nullum crimen sine lege praevia*. O comportamento criminoso só pode ser desencorajado se os cidadãos estiverem cientes das normas criminalizantes antes da consumação da conduta censurada. Uma vez que a punição retroativa não pode impedir uma ação ou omissão que já ocorreu, ela reflete uma intrusão arbitrária por parte do Estado na liberdade dos cidadãos[872].

A proibição de aplicação retroativa de novas infrações penais logicamente implica a proibição de retroatividade de um sistema penal mais rigoroso (*lex gravior*). Se uma lei penal não pode ser aplicada aos fatos ocorridos antes de entrar em vigor, uma infração penal não pode ser punida por sanções que não existiam

872 Art. 8 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789): "A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada." Em última análise, esse princípio resulta do princípio de liberdade estabelecido no art. 4: "A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei."

na ocasião ou por sanções mais rigorosas do que aquelas aplicáveis na ocasião. Em ambos os casos, a sentença retroativa seria arbitrária em relação à pena inovadora ou à pena aumentada[873].

3. A aceitação universal do princípio da irretroatividade da lei penal no que concerne à criminalização e condenação em tempos de paz é evidenciada pelo art. 11 § 2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)[874], art. 7 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)[875], art. 15 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP)[876], art. 9 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)[877], art. 7 § 2 da Carta Africana dos Direitos do Humanos e dos Povos (CADHP)[878], art. 40 § 2 (a) da Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC)[879], art. 11 e 24 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma)[880], art. 49 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFEU)[881] e art. 15 da Carta Árabe de Direitos Humanos (CArDH) revisada[882].

4. Além disso, dois outros fatores enfatizam claramente a natureza incontestável do princípio. Em primeiro lugar, o princípio não é derrogável em tempo

873 Beccaria, *On Crimes and Punishments*, 1764, Capítulo 3: "Mas como punição, aumentada além do grau estabelecido pela lei, é a justa punição com a adição de outra, segue-se que nenhum magistrado, mesmo sob o pretexto de zelo, ou do bem público, deve aumentar a punição já determinada pelas leis."

874 A Declaração foi adotada por uma Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, por quarenta e oito votos a zero, com oito abstenções. Alguns anos antes, em sua opinião consultiva inovadora sobre a consistência de certos decretos legislativos de Danzig com a Constituição da Cidade Livre, 4 de dezembro de 1935, PCIJ, Série A / B, n. 65, p. 57, o Tribunal Permanente de Justiça Internacional se expressou da seguinte forma: "Deve ser possível para o indivíduo saber, de antemão, se seus atos são legais ou passíveis de punição." Esta foi a primeira declaração do princípio por um tribunal internacional.

875 A CEDH foi aberta para assinatura em 4 de novembro de 1950 e agora conta com quarenta e sete Estados Partes. Ver, com relação a este princípio, *Kokkinakis v. Grécia*, 25 de maio de 1993, § 52, Série A n. 260-A; *v. R. v. Reino Unido*, 22 de novembro de 1995, §§ 34 e 40-42, Série A n. 335-C; e *Cantoni v. França*, n. 17862/91, §§ 33 e 35, 15 de novembro 1996.

876 O PIDCP foi adotado por uma Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 e tem 167 Estados Partes, incluindo o Estado Requerido. Nenhuma reserva foi feita quanto ao princípio da irretroatividade dos crimes e penalidades.

877 A CADH foi adotada em 22 de novembro de 1969 e tem 23 Estados Partes. Ver, com relação a esse princípio, *Castillo Petruzzi et al. v. Peru*, Corte Interamericana de Direitos Humanos, sentença de 30 de maio de 1999, § 121.

878 A CADHP foi adotada em 27 de junho de 1981 e tem 53 Estados Partes. Ver AComHPR, comunicações nos. 105/93, 128/94, 130/94 e 152/96, Media Rights Agenda e Projeto de Direitos Constitucionais v. Nigéria (1998), § 59: "Espera-se que os cidadãos levem as leis a sério. Se as leis mudarem com efeito retroativo, o estado de direito será prejudicado, uma vez que os indivíduos não podem saber em nenhum momento se suas ações são legais. Para um cidadão cumpridor da lei, esta é uma incerteza terrível, independentemente da probabilidade de uma eventual punição."

879 A CRC foi adotada por uma Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e tem 193 Estados Partes, incluindo o Estado Requerido. Só dois membros das Nações Unidas não o ratificaram e nenhuma reserva específica à referida disposição foi feita pelos Estados ratificantes.

880 O Estatuto de Roma foi adotado em 17 de julho de 1998 e tem 122 Estados Partes, incluindo o Estado Requerido.

881 A CDFEU tornou-se juridicamente vinculativo para a União Europeia com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em Dezembro de 2009.

882 A segunda versão atualizada da CArDH foi adotada em 22 de maio de 2004 e tem 12 Estados Partes. Esta é uma edição revisada da primeira Carta de 15 de setembro de 1994.

de guerra ou outra emergência pública, conforme estabelecido no art. 15 § 2 da CEDH, art. 4 § 2 do PIDCP, art. 27 da CADH e art. 4 da CArDH revisada[883]. Em segundo lugar, o princípio também é obrigatório no Direito Internacional Humanitário, como fica claro no art. 99 da Convenção de Genebra (III) em relação ao Tratamento de prisioneiros de guerra (Terceira Convenção de Genebra)[884], art. s 65 e 67 da Convenção de Genebra (IV) relativo à Proteção de Pessoas Civis em Tempo de Guerra (Quarta Convenção de Genebra)[885], art. 75 § 4 (c) do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, e relativo à Proteção das Vítimas de Conflitos armados ("Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra")[886] e art. 6 § 2 (c) do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto 1949, e relativo à proteção de vítimas de armas não internacionais Conflitos (Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra)[887].

5. O surgimento do direito internacional penal não muda a essência dos princípios acima mencionados. Se, por um lado, o direito internacional pode representar um desafio complexo em relação à adjudicação penal, domínio que é tradicionalmente reservado para o poder soberano da legislatura nacional e dos tribunais nacionais, o direito internacional, por outro lado, é um instrumento crucial para preencher as lacunas da legislação nacional e remediar as deficiências mais graves do poder acusatório e dos sistemas judiciais domésticos. Isso foi reconhecido na norma de criminalização com base no "direito internacional" no art. 11§ 2 da DUDH, que também foi inserida no art. 7 § 1 da CEDH, art. 15 § 1 do PIDCP, art. 40 § 2 (a) da CDC e em algumas constituições nacionais[888]. De acordo com essas disposições, o direito penal internacional pode complementar a legislação nacional nos três seguintes cenários: (1) a conduta era criminosa, segundo o direito internacional consuetudinário, no momento de sua consumação[889], mas a legislação nacional não previa tal crime naquela época; (2) a conduta era criminosa sob o Direito dos Tratados aplicável aos fatos, mas a legislação nacional não previu tal crime; ou (3) tanto a lei internacional quanto a nacional realmente previam tal crime na época dos fatos, mas a legislação nacional não era sistematicamente aplicada, seja por razões políticas ou afins[890]. Nesses casos, o órgão adjudicatório não excede sua competência *ratione materiae* quando aplica o direito internacional penal a condutas passadas e o princípio *nullum crimen*, *nulla poena sine lege praevia* não é violado. Pelo contrário, a impunidade se equivaleria a um endosso moral das infrações cometidas.

883 A CDC e a CADHP não prevêem quaisquer possibilidades de derrogação.

884 A Terceira Convenção de Genebra foi adotada em 12 de agosto de 1949 e hoje conta com 195 Estados Partes. Ela substituiu a Convenção sobre os Prisioneiros de Guerra de 27 de julho de 1929. Nenhuma reserva foi feita no que diz respeito à irretroatividade do direito penal.

885 A Quarta Convenção de Genebra foi adotada em 12 de agosto de 1949 e agora tem 195 Estados Partes. Ela complementa as disposições dos Regulamentos de Haia de 1907. Nenhuma reserva foi feita com relação à irretroatividade do direito penal.

886 O Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra foi adotado em 8 de junho de 1977 e tem 173 Estados Partes, incluindo o Estado Requerido. Nenhuma reserva foi feita quanto à irretroatividade do direito penal.

887 O Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra foi adotado em 8 de junho de 1977 e tem 167 Estados Partes, incluindo o Estado Requerido. Nenhuma reserva foi feita quanto à irretroatividade do direito penal.

888 Ver, por exemplo, o art. 29 § 1 da Constituição da Albânia, o art. 31 da Constituição da Croácia, o art. 42 § 1 da Constituição da Polônia, o art. 20 da Constituição de Ruanda e o art. 35 § 3 (1) da Constituição da Africa do Sul. O princípio da criminalização com base no direito internacional também foi estabelecido no primeiro e no segundo Princípios de Nuremberg. O Princípio I afirma: "Qualquer pessoa que cometer um ato que constitua um crime no direito internacional é responsável e, portanto, passível de punição"; o Princípio II afirma: "O fato de que o direito interno não impõe uma pena para um ato que constitui um crime sob o direito internacional não exime a pessoa que cometeu o ato de ser responsabilizado sob a ótica do direito internacional" (Princípios de Direito Internacional reconhecidos no Código de Nuremberg e na Sentença do Tribunal, com comentários, 1950).

889 Exemplos incontestáveis de tais crimes são a pirataria, o tráfico de escravos e os ataques a diplomatas, que estão sujeitos não apenas ao direito convencional, mas também ao direito consuetudinário.

890 Isso inclui casos em que os atos eram puníveis de acordo com o direito internacional que vinculava o Estado Requerido no momento relevante, independentemente do fato de fazerem parte de uma política governamental repressiva (ver *Streletz, Kessler e Krenz v. Alemanha*, nos. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, §§ 56-64, CtEDH 2001-II, e, da mesma forma, as opiniões do Comitê de Direitos Humanos em *Baumgarten v. Alemanha*, Comunicação n. 960/2000, 31 de julho de 2003, § 9.5).

891 Ver minha opinião dissidente em *Hıdır Durmaz v. Turquia* (n. 2), n. 26291/05, 12 de julho de 2011.

O PRINCÍPIO DA APLICAÇÃO RETROATIVA DA *LEX MITIOR* NO DIREITO PENAL

6. Se, após a prática de um crime, a lei impõe uma pena mais leve, o infrator deve se beneficiar dela. Isso se aplica a qualquer lei que preveja a redução ou mitigação de uma pena e *a fortiori* para uma lei descriminalizadora *ex post facto*. A diferença reside no âmbito temporal da *lex mitior*: enquanto uma lei descriminalizadora *ex post facto* se aplica a infratores até o cumprimento integral de suas sentenças, uma nova lei penal que reduza ou mitigue as penalidades aplicáveis aos infratores, aplicar-se-á até que suas condenações se tornem *res judicata*[891].

Logicamente, o princípio da aplicação retroativa de uma lei penal mais leniente (*lex mitior*) é o reverso da proibição de retroatividade de uma lei penal mais severa. Se uma lei penal mais severa não pode ser aplicada às condutas que ocorrem antes de sua entrada em vigor, então uma lei penal mais branda deve ser aplicada às condutas ocorridas antes de sua entrada em vigor, mas que é julgada após essa data. A aplicabilidade contínua de lei penal mais severa, após ter sido substituída por uma mais branda, infringiria o princípio da separação de poderes, na medida em que os tribunais iriam continuar a impor uma lei penal mais severa mesmo quando o legislador mudou sua avaliação do grau de ilicitude da conduta e do correspondente grau de severidade das penas aplicáveis. Além disso, se o próprio legislador impusesse a aplicabilidade continuada de uma lei penal mais severa após ter sido substituída por uma mais branda, isso daria origem a uma contraditória e, portanto, arbitrária, dupla avaliação de padrões da ilicitude da mesma conduta censurada.

7. O princípio da aplicação retroativa da *lex mitior* no direito penal é consagrado no art. 15 § 1 do PIDCP[892], art. 9 da CADH, art. 24 § 2 do Estatuto de Roma[893], art. 49 do CDFEU[894] e art. 15 da CArDH[895] e, no direito internacional humanitário, no art. 75 § 4 (c) do Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra e art. 6 § 2 (c) do Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra. As práticas estatais têm endossado o princípio, tanto a nível constitucional como legislativo[896].

8. Apesar do silêncio do art. 7 da CEDH sobre o assunto, a Corte Europeia de Direitos Humanos (a Corte) reconheceu este princípio como uma das garantias do princípio da legalidade no direito europeu dos direitos humanos no processo *Scoppola v. Itália* (n. 2). A Corte adotou uma posição clara sobre a definição de *lex mitior* para efeitos da aplicação das sucessivas leis penais: *lex mitior* é aquela que é mais favorável ao arguido, tendo em conta as suas características, a natureza da infracção e as circunstâncias nas quais o crime foi cometido[897]. Isso significa que o art. 7 § 1 da CEDH pressupõe uma comparação *in concreto* das leis penais aplicáveis ao caso do infrator, incluindo a lei em vigor na época dos fatos (a antiga lei) e a lei em vigor na época do julgamento (a nova lei)[898]. Assim, a CEDH não leva em consideração o limite máximo da pena *in abstracto*. Tampouco leva em consideração o limite mínimo da pena *in abstracto.*[899] Igualmente, não se considera os limites máximos ou mínimos da pena com base na intenção do tribunal nacional de impor uma sentença mais perto do máximo ou do mínimo[900]. Em vez disso, à luz de *Scoppola*, a *lex mitior* deve ser encontrada *in concreto*, em outras palavras, o juiz deve testar cada uma das leis penais aplicáveis (a antiga e a nova) contra os fatos específicos do caso, a fim de identificar qual seria a pena presumida à luz da lei nova e da lei velha. Estabelecidas as penas presumidas decorrentes das leis velha e nova aplicáveis, e dadas as circunstâncias do caso, o juiz deve aplicar efetivamente a mais favorável ao arguido[901].

A inferência de *lex mitior* nos termos do art. 7 § 1 da CEDH também implica uma comparação global do regime punitivo sob cada uma das leis penais aplicáveis ao caso do infrator (o método global de comparação). O juiz não pode realizar uma comparação "regra por regra" (método diferenciado de comparação), escolhendo a regra mais favorável de cada uma das leis penais. Duas razões são tradicionalmente dadas para este método global de comparação: em primeiro lugar, cada regime punitivo tem sua própria lógica e o juiz não pode perturbar esse raciocínio misturando regras diferentes de diferentes e sucessivas leis penais; em segundo lugar, o juiz não pode usurpar a função do legislador e criar um novo regime punitivo *ad hoc* composto de uma miscelânea de regras derivadas de diferentes e sucessivas leis penais. **Portanto, o art. 7 § 1 da CEDH pressupõe uma conclusão concreta e global da *lex mitior*.**

9. Resumindo, não deve haver lei penal retroativa, exceto em favor do réu[902]. Ninguém pode ser considerado culpado de uma infração penal que não constitua uma infração penal no âmbito do direito nacional ou internacional no momento em que foi cometida, nem pode ser imposta uma pena mais pesada do

892 Os Estados Unidos reservaram-se o direito de não aplicar o artigo; a Itália e Trinidad e Tobago reservaram-se o direito de aplicá-la apenas em processos pendentes no momento em que a lei foi alterada e a Alemanha reservou-se o direito de não o aplicar em circunstâncias extraordinárias.

893 No acórdão *Dragan Nikolic* (n.º IT-94-2-A) de 4 de fevereiro de 2005, § 85, a Câmara de Recursos do TPIJ considerou que o princípio da *lex mitior* se aplicava ao seu Estatuto.

894 No caso *Berlusconi e Outros*, o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou que o princípio da aplicação retroativa da pena mais branda fazia parte das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros (ver acórdão de 3 de maio de 2005 nos processos em apenso C-387/02, C-391/02 e C-403/02).

895 A versão anterior da Carta Árabe de 1994, em seu art. 6, era mais incisiva: "O acusado deverá se beneficiar da legislação subsequente se for a seu favor".

896 A prática estatal confirma este princípio, tanto a nível constitucional (por exemplo, art. 29 § 3 da Constituição da Albânia, art. 65 § 4 da Constituição de Angola revisada, art. 22 da Constituição da Armênia, art. 71 (VIII) da Constituição do Azerbaijão, art. 5 § 4 da Constituição do Brasil, art. 11 (i) da Constituição do Canada, art. 30 § 2 da Constituição de Cabo Verde, art. 19 § 3 da Constituição do Chile, art. 29 da Constituição da Colômbia, art. 31 da Constituição da Croácia, art. 31 § 5 da Constituição de Timor Leste, art. 42 § 5 da Constituição da Geórgia, art. 33 § 2 da Constituição da Guiné-Bissau, art. 89 da Constituição da Letônia, art. 52 da Constituição da Macedônia, art. 34 da Constituição de Montenegro, art. 99 § 2 da Constituição de Moçambique, art. 29 § 4 da Constituição de Portugal, art. 15 § 2 da Constituição da Romênia, art. 54 da Constituição da Rússia, art. 36 § 2 da Constituição de São Tomé e Príncipe, art. 197 da Constituição da Sérvia, art. 50 § 6 da Constituição da Eslováquia, art. 28 da Constituição da Eslovênia, art. 35 § 3 da Constituição da África do Sul e art. 9 § 3 da Constituição da Espanha) e a nível legal (art. 1 do Código Penal austríaco, art. 2 do Código Penal belga, art. 4 do Código Penal bósnio, art. 2 do Código Penal búlgaro, art. 12 do Código Penal chinês, art. 4 do Código Penal dinamarquês, art. 2 do Código Penal alemão, art. 2 do Código Penal húngaro, art. 2 do Código Penal islandês, art. s 4 a 6 do Código Penal israelense, art. 6 do Código Penal japonês, art. 3 do Código Penal lituano, art. 2 do Código Penal luxemburguês, art. 1 § 2 do Código Penal holandês, art. 25 (g) da Carta de Direitos da Nova Zelândia e art. 2 § 2 do Código Penal suíço). Pode-se dizer que a grande maioria da população mundial se beneficia desse princípio.

897 *Scoppola v. Itália* [CG], n. 10249/03, § 109, 17 setembro 2009, na *G. v. França,* n. 15312/89, § 26, 27 setembro 1995; e no PIDCP, Comunicação n. 55/1979, *MacIsaac v. Canadá,* 14 de outubro de 1982, §§ 11-13*;* Comunicação n. 682/1996, *Westerman v.* Holanda, 13 dezembro 1999, § 9.2; Comunicação n. 987/2001, *Gombert v. França,* 11 de abril de 2003, § 6 (4); Comunicação n. 875/1999, *Filipovitch v. Lithuania*, 19 de setembro de 2003, § 7 (2); Comunicação n. 981/2001, *Teofila Casafranca de Gomez v. Peru*, 19 de setembro de 2003, § 7 (4); e Comunicação n. 1492/2006, *van der Platt v. Nova Zelândia*, julho 2008, § 6 (4).

898 Isso sem falar em casos mais complexos, onde existam leis intermediárias entre a lei em vigor na época da conduta e a lei em vigor na época da sentença. Nesses casos, a comparação leva em consideração todas as leis que são ou foram aplicáveis aos fatos, desde a prática dos fatos até o julgamento.

899 Por isso não posso concordar com os parágrafos 69 e 70 do acórdão, que estabelecem uma comparação abstrata dos limites mínimos das leis penais aplicáveis.

900 Esta é a recente posição da Câmara de Recursos do Tribunal do Estado, que continuou a aplicar o Código de 2003 aos casos mais graves de crimes de guerra e o Código de 1976 aos casos menos graves de crimes de guerra.

901 Por exemplo, uma lei penal com uma pena máxima mais baixa não resulta necessariamente em uma pena mais leve em comparação com uma lei com uma pena máxima mais elevada. O juiz é obrigado a levar em consideração os fatos do caso e toda a legislação aplicável ao caso, incluindo as possibilidades de fatores atenuantes em relação à sentença e de suspensão. Assim, uma lei penal com pena máxima mais baixa, mas sem suspensão ou opções muito restritas de suspensão, pode ser *lex gravior* quando comparada a uma lei penal com uma pena máxima mais elevada, mas que tem opções de suspensão mais generosas, onde o réu qualifica-se *in concreto* para suspensão nos termos desta última, mas não da primeira lei. O mesmo pode ocorrer se compararmos uma lei que prevê uma pena máxima mais baxia mas não inclua certos fatores atenuantes e uma lei que prevê uma pena máxima mais elevada, mas que também inclua um conjunto mais amplo de fatores atenuantes na sentença, permitindo que o tribunal alcance, nas circunstâncias do caso, uma pena mais baixa de acordo com esta última lei do que aquela que teria sido imposto pela primeira.

902 Como o art. 15 da CArDH revisado coloca, "em todas as circunstâncias, a lei mais favorável ao réu será aplicada". Ou nas palavras de von Liszt, *nullum crime*, os princípios de *nulla poena sine lege* são "o baluarte do cidadão contra a onipotência do Estado, eles protegem o indivíduo contra o poder implacável da maioria, contra o Leviatã. Por mais paradoxal que possa parecer, o Código Penal é a *magna charta* do criminoso. Ele garante o seu direito de ser punido apenas de acordo com os requisitos estabelecidos pela lei e apenas dentro dos limites previstos na lei" (von Liszt, "Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe", em *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1893, p. 357).

que aquela que era aplicável no momento em que a infração penal foi cometida (a versão negativa do princípio da legalidade). Por outro lado, uma pena mais leve deve ser imposta se, no período desde que a infracção penal foi cometida, uma nova lei previu uma pena mais leve do que a que era aplicável no momento em que a infracção foi cometida (a versão positiva do princípio de legalidade). Esses princípios fazem parte das regras de direito internacional consuetudinário, vinculativo para todos os Estados, e são normas peremptórias que nenhuma outra regra de direito internacional ou nacional pode derrogar[903]. Em outras palavras, o princípio da legalidade no campo do direito penal, tanto na sua versão positiva quanto na negativa, é jus cogens.

Os "Princípios Gerais de Direito Reconhecidos Pelas Nações Civilizadas" do Direito Penal

10. Os princípios gerais do direito podem ser uma fonte de direito internacional criminal se e quando eles são suficientemente acessíveis e previsíveis na ocasião. O princípio da não retroatividade não prejudica a punição de uma pessoa por um ato ou omissão que, no momento em que foi cometido, era criminoso de acordo com os princípios gerais de direito reconhecido pela comunidade das nações civilizadas. O art. 7 § 2 da CEDH e o art. 15 § 2 do PIDCP preveem tal situação[904]. Apesar de que foi historicamente criado para justificar os julgamentos de Nuremberg e Tóquio, esta norma de proteção também se aplica a outros procedimentos adjudicatórios[905]. Ela tem seu próprio campo de aplicação, uma vez que se refere a crimes que ainda não foram cristalizados no direito internacional consuetudinário no momento da consumação, e que também não foram consagrados no direito dos tratados aplicável aos fatos, mas que já representam uma afronta intolerável aos princípios da justiça, refletidos na prática de

903 O Comitê Internacional da Cruz Vermelha compartilha da opinião de que a irretroatividade de crimes e penalidades é um princípio do direito internacional consuetudinário, tanto em tempos de paz como de guerra (Regra 101 do Estudo sobre Direito Internacional Humanitário Consuetudinário, conduzido por Comitê Internacional da Cruz Vermelha).

904 A primeira versão desta disposição foi apresentada na segunda sessão da Comissão de Direitos Humanos, em dezembro de 1947, por iniciativa da Bélgica e das Filipinas para o projeto do DUDH. Essa tão chamada "cláusula de Nuremberg/Tóquio" foi, em última análise, rejeitada por não adicionar nada à regra principal, uma vez que os princípios de direito fazem parte do direito internacional. Na sexta sessão da Comissão de Direitos Humanos, em maio de 1950, durante as discussões sobre o esboço do PIDCP, Eleanor Roosevelt opôs-se com argumentos semelhantes, porque a frase "sob o direito nacional ou internacional" já abrangia a acusação com base no direito penal internacional, e a expressão "os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas" foi usada no art. 38 (c) do Estatuto da CIJ para designar uma das fontes do Direito Internacional. Em fevereiro de 1950 a mesma proposta foi levantada pelo perito luxemburguês nas discussões sobre o projeto da CEDH. Apesar da oposição, a disposição foi adotada tanto no PIDCP como na CEDH, com o propósito específico de salvaguardar os julgamentos pós-Segunda Guerra Mundial (*Travaux Préparatoires de la CEDH*, vol. III, pp. 163, 193 e 263, e, subsequentemente, *X. v. Bélgica*, não. 268/57, Decisão da Comissão de 20 de julho de 1957, Anuário 1, p. 239, e *Kononov v. Letônia* [CG], n. 36376/04, § 186, CtEDH 2010).

905 Na verdade, há quatro países que incluíram a "cláusula de Nuremberg / Tóquio" em suas Constituições: Canadá (art. 11 (g)), Cabo Verde (art. 30), Polônia (art. 42 § 1) e Sri Lanka (art. 13 § 6).

um relevante número de nações[906]. Para evitar insegurança jurídica e cumprir com a outra faceta do princípio da legalidade, ou seja, o princípio da especificidade (*nullum crimen sine lege certa et stricta*), é exigido um exame minucioso da prática relevante dos Estados: somente quando os princípios gerais de direito refletirem os tratados e as práticas domésticas de um número relevante de Estados é que eles poderão ser reconhecidos como expressando a vontade da comunidade das nações civilizadas de criminalizar uma determinada forma de conduta[907]. Conclui-se que a criminalização de uma conduta baseada nos princípios gerais do direito não constitui exceção ao princípio da proibição do direito penal retroativo, na medida em que a conduta já correspondia, do ponto de vista material, à uma conduta criminosa no momento em que ocorreu. Assim, a "cláusula de Nuremberg/Tóquio" não se aplica quando, no momento relevante, a conduta era punível como crime pela legislação nacional, mas com uma pena menor do que aquela consagrada em uma lei ou tratado subsequente[908].

O Contexto Político e Jurídico do Caso

11. A Lei do Tribunal Estatal, que criou o Tribunal Estatal da BiH, foi promulgada em 12 de novembro de 2000 pelo Alto Representante da Bósnia e Herzegovina. O Tribunal da BiH foi efetivamente estabelecido em 3 de julho de 2002 pelo Parlamento da BiH com a Lei sobre o Tribunal da BiH. Um novo Código Penal da BiH entrou em vigor em 1 de março de 2003. Um Livro de Regras sobre a revisão de casos de crimes de guerra foi publicado em 28 de dezembro de 2004. Uma câmara especial para crimes de guerra do Tribunal da BiH iniciou seus trabalhos em 9 de março de 2005. Em junho de 2008, a Estratégia de Reforma do Setor da Justiça da BiH 2008-2012 foi adotada pelo Conselho de Ministros da BiH. Esta estratégia foi criada através de um esforço conjunto entre os Ministérios da Justiça do Estado da BiH, as Entidades e cantões, bem como a Comissão Judicial do Distrito de Brčko e o Conselho Superior da Magistratura e do Ministério Público. Em 29 de dezembro de 2008, o Conselho de Ministros

906 Em 30 de setembro de 1946, o princípio da justiça foi afirmado *ubi et orbi* pelo Tribunal Militar Internacional em *Göring e Outros*: "Em primeiro lugar, deve-se observar que a máxima *nullum crimen sine lege* não é uma limitação da soberania, mas é, em geral, um princípio da justiça. Afirmar que é injusto punir aqueles que desafiaram os tratados e garantias ao atacarem estados vizinhos sem aviso é obviamente falso, pois em tais circunstâncias, o atacante deve saber que ele está agindo errado, e está longe de ser injusto puni-lo, seria injusto se o seu erro ficasse impune." (Procedimentos do Julgamento de Nuremberg, vol. 22, p. 461)

907 O crime de desacato ao tribunal foi apresentado como um exemplo de um crime sob os princípios gerais de direito (ver *Julgamento sobre Alegações de Desacato contra o advogado anterior*, *Milan Vujin*, caso n. IT-94-1-A-R77, julgamento do TPIJ de 31 de janeiro de 2000, § 15).

908 Assim, a Grande Câmara deveria ter se distanciado claramente da infeliz decisão do caso *Naletilić v. Croácia* ((dez.), n. 51891/99, CEDH 2000-V), em que a Corte interpretou o art. 7 § 2 da Convenção como aplicável à alegação do requerente de que ele pode receber uma punição mais pesada do TPIJ do que receberia dos tribunais nacionais. A Grande Câmara deveria ter se distanciado por duas razões: em primeiro lugar, esta interpretação do art. 7 § 2, é problemática; em segundo lugar, Naletilić dizia respeito a um caso em que um promotor internacional acusou o Requerente perante um tribunal de um crime consagrado no direito internacional, enquanto no presente caso os Requerentes foram acusados perante um tribunal nacional de um crime previsto na legislação nacional.

da BiH adotou a Estratégia Nacional sobre Crimes de Guerra, que era complementar à estratégia de justiça transicional.

Após as reformas judiciais de 2003, surgiram quatro jurisdições: BiH, o Distrito de Brčko, a Federação da BiH e a Republika Srpska. A organização judiciária não previu um mecanismo pelo qual as práticas judiciais e as diferentes interpretações jurídicas pudessem ser resolvidas harmoniosamente. Consequentemente, o Tribunal Estatal da BiH e as Supremas Cortes de ambas as Entidades emitiram vereditos com conclusões muito diferentes sobre questões-chaves legais, resultando em divergências em práticas judiciais e em interpretações jurídicas. Na verdade, em 2008, o Ministério da Justiça da BiH conclui que "essa imprevisibilidade afeta a forma como a BiH é vista na arena internacional e a BiH corre o risco de violar as convenções"[909]. A mesma preocupação política foi manifestada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, por exemplo na Resolução 1626 (2008) sobre o Respeito das Obrigações e Compromissos por parte da Bósnia e Herzegovina: "ainda existem inconsistências na aplicação do direito penal por vários tribunais estaduais e a nível de Entidade com respeito aos crimes de guerra, o que leva à desigualdade de tratamento dos cidadãos à luz da Convenção Europeia dos Direitos Humanos"[910]; e pela Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE) em sua análise de cinco anos de processamento de crimes de guerra na Bósnia, que se referiu como "uma situação de desigualdade manifesta perante a lei em casos de crimes de guerra julgados em diferentes tribunais na BiH. Na prática, isso significa que pessoas condenadas por crimes de guerra perante diferentes tribunais podem receber sentenças amplamente divergentes"[911].

12. A jurisprudência incoerente foi agravada pelo deslocamento de casos das suas jurisdições naturais, como o próprio Conselho de Ministros da BiH admitiu com relação à "prática inconsistente da revisão, tomada de controle e transferência de casos de crimes de guerra entre o Tribunal e o Ministério Público e outros tribunais e promotorias, e a falta de critérios acordados para a avaliação da sensibilidade e complexidade de casos"[912]. Na verdade, após a adoção dos Critérios de Orientação do Ministério Público em 2004, os crimes ditos "muito sensíveis" deviam ser mantidos pelo Departamento Especial para Crimes de Guerra do Gabinete do

909 Estratégia de reforma do setor da justiça da Bósnia e Herzegovina para 2008-2012, Sarajevo, junho de 2008, p. 70

910 A mesma opinião política foi partilhada pela Comissão de Veneza no seu Parecer n.º 648/2011, parágrafos 38 e 65.

911 OSCE, "*Delivering Justice in Bosnia and Herzegovina: An Overview of War Crimes Processing from 2005 to 2010, May 2011*", p. 19. Ver também o Centro Internacional para Justiça de Transição, "*Bosnia and Herzegovina: Submission to the Universal Periodic Review of the UN Human Rights Council Seventh Session*", setembro de 2009; Human Rights Watch, "*Still Waiting: Bringing Justice for War Crimes, Crimes against Humanity,and Genocide in Bosnia and Herzegovina's Cantonal and District Courts*", julho de 2008; e Human Rights Watch, "*Justice for Atrocity Crimes: Lessons of International Support for Trials before the State Court of Bosnia and Herzegovina*",, março de 2012.

912 Conselho de Ministros da BiH, "*National War Crimes Strategy*", 28 de dezembro de 2008, p. 4.

Procurador da BiH e os crimes "sensíveis" deviam ser enviados para os gabinetes do procurador distrital e cantonal nas localidades em que os eventos ocorreram conforme consta dos autos. Essas diretrizes eram muito imprecisas e, pior ainda, não eram aplicadas de forma consistente. Em termos simples, este método de "acusação caso a caso" não funcionou bem, uma vez que "apenas aprofundou a confusão contínua sobre o que, quem e como as coisas deveriam ser feitas"[913]. A falta de uma estratégia do Ministério Público para a priorização e seleção de casos, e a ausência de fundamentação substantiva para a escolha do procurador quanto ao tribunal de primeira instância e de revisão judicial efetiva dessa escolha, levou a uma incerteza significativa em relação às prioridades e escolhas do procurador, tendo alguns políticos até questionado a objetividade do departamento em seu processo de seleção de casos, tendo em vista que 90% dos casos anteriores da câmara de crimes de guerra envolveram réus sérvios[914].

Foi apenas em 2008 que as autoridades desenvolveram um documento de estratégia nacional que visa o desenvolvimento de uma abordagem mais sistemática para casos e para alocação de recursos em casos de crimes de guerra[915]. Para que os casos sejam selecionados e para que a sua complexidade possa ser avaliada de forma uniforme e objetiva, e por consequência informando assim o processo de tomada de decisão no que diz respeito à transferência ou a tomada de controle de um caso, o Tribunal do Estado e o Ministério Público da BiH, com a participação de outras autoridades judiciais e da Procuradoria Pública, elaborou os Critérios de Complexidade de Caso. Posteriormente, o art. 449 do Código de Processo Penal da BiH - Decidindo nos Processos Pendentes em Outros Tribunais e Ministério Público - foi alterado pela Lei n. 93/09, que introduziu os seguintes critérios para a transferência e atribuição dos casos: "a gravidade da infração penal, a capacidade do autor e outras circunstâncias importantes na avaliação da complexidade do caso"[916].

Avaliação dos fatos no presente caso sob a ótica do padrão europeu

13. Os fatos do presente caso precisam ser analisados dentro do contexto político e judicial, e à luz dos princípios acima mencionados. E a conclusão é inelutável: ambos os requerentes foram submetidos a uma sentença penal arbitrária que lhes infligiu severas penas retroativas. A prova evidente desta arbitrariedade é

913 Zekerija Mujkanović, "*The Orientation Criteria Document in Bosnia and Herzegovina*", no Fórum para a Publicação do Direito Penal Internacional e Humanitário, Série n. 4 (2010, segunda edição), p. 88.

914 Human Rights Watch, "*Narrowing the Impunity Gap: Trials before Bosnia's War Crimes Chamber*", fevereiro de 2007, p. 9.

915 Human Rights Watch, "*Justice for Atrocity Crimes*", citado acima, p. 42.

916 Human Rights Watch, "*Narrowing the Impunity Gap: Trials before Bosnia's War Crimes Chamber*", fevereiro 2007, p. 9.

que o Recorrente, Sr. Damjanović, foi condenado com base no Código de 2003 a onze anos de prisão pelo Tribunal Estatal por espancamento, mais do que o dobro da menor pena admissível de acordo com o Código de 1976. Esta conclusão é ainda mais contundente no caso do Recorrente Sr. Maktouf, que foi condenado, nos termos do Código de 2003, a cinco anos de prisão, ou seja, cinco vezes a menor pena que o Código de 1976 permitia aplicar.

14. O Sr. Maktouf recebeu a pena mais baixa prevista no Código de 2003 para auxiliares ou cúmplices de crimes de guerra, e o Sr. Damjanović uma pena ligeiramente acima do mínimo previsto no mesmo Código para os autores de crimes de guerra, porque os tribunais atribuíram peso à fatores atenuante da pena. Se os tribunais tivessem aplicado os mesmos critérios de mitigação de sentenças segundo o Código de 1976, como poderiam ter feito, eles teriam necessariamente imposto penalidades muito menores aos Requerentes. Esta comparação *in concreto* entre as penalidades que os requerentes receberam, e aquelas que eles poderiam ter esperado nos termos do Código de 1976, mostra claramente que o Código de 1976 era *lex mitior* e que o Código de 2003 era o *lex gravior*[917]. Ao agir dessa forma, os tribunais nacionais violaram não apenas o art. 4 § 2 do Código Penal de 2003 da BiH, mas também o art. 7 § 1 da CEDH[918].

Conclusão

15. Uma vez que os tribunais nacionais aplicaram de forma arbitrária e retroativa a *lex gravior*, considero que houve uma violação do art. 7 § 1, da CEDH. O efeito jurídico da declaração de violação do art. 7 é que as condenações dos Requerentes devem ser declaradas nulas e sem efeito pelo tribunal nacional competente. O art. 7 é um direito inderrogável, como afirma claramente o art. 15 da CEDH. Se as condenações dos Requerentes permanecessem válidas, apesar da conclusão de que violaram o art. 7, isso representaria uma derrogação *de facto* ao art. 7. Tal derrogação não apenas invalidaria a conclusão de uma violação neste julgamento da Corte, mas também o art. 15. Se o Estado Requerido ainda desejar julgar os alegados atos criminosos cometidos pelos Requerentes durante a guerra da Bósnia, um novo julgamento será necessário. Quando Anselm von Feuerbach cunhou no § 24 de seu *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts* de 1801 a expressão latina *nulla poena sine lege*, ele também acrescentou que este princípio não permitia exceções: ele deve beneficiar todos os infratores, sejam seus crimes pequenos ou brutais.

917 Este caso é muito semelhante ao da Comunicação n.º 981/2001, citado acima, § 7 (4). Como no caso em apreço, Gómez Casafranca foi condenado à pena mínima de vinte e cinco anos com base na nova lei, mais do que o dobro da duração mínima da lei anterior.

918 Os casos do Sr. Damjanović e do Sr. Maktouf ilustram claramente a conclusão a que o próprio Governo chegou a respeito da situação geral, anteriormente descrita, do Ministério Público e da organização judicial na BiH (Conselho de Ministros da BiH, Estratégia Nacional de Crimes de Guerra, 28 de Dezembro de 2008, p. 15).

Beccaria Visita Sarajevo: O Caso Maktouf e Damjanović v. Bósnia e Herzegovina

Daniela Bucci[919]

Introdução

O legado da proteção de direitos humanos construído pelo Professor Paulo Pinto de Albuquerque, notadamente, enquanto juiz da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), entre os anos de 2011 e 2020, é riquíssimo: o Professor Pinto de Albuquerque não apenas julga, mas ensina. A análise jurídica cuidadosa, a consistência e o rigor de seus argumentos, sem deixar de lado o imprescindível olhar humano e sensibilidade necessários para os que atuam na área dos direitos humanos, demonstram não apenas a sua excelência como jurista e professor, mas também como humanista.

Não é a primeira vez que tenho o privilégio, durante minha vida acadêmica, de estudar os votos do Professor Paulo Pinto de Albuquerque, que serviram de importante fonte para algumas de minhas pesquisas, razão pela qual é, para mim, uma imensa honra participar desta obra.

Pelo convite, expresso os meus mais sinceros e efusivos agradecimentos ao Professor André de Carvalho Ramos e ao Professor Pinto de Albuquerque, ofereço todas as minhas homenagens, restando a esperança de atingir, com este artigo, as expectativas esperadas.

O presente comentário versará sobre o voto concorrente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque com adesão do juiz Vučinić no caso Maktouf e Damianović v. Bósnia e Herzegovina, e tratará dos seguintes pontos: i) descrição dos fatos do caso e os principais argumentos apresentados pela CEDH; ii) apresentação sintetizada do voto do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque; e iii) importância dos parâmetros apresentados no voto para os direitos humanos, notadamente, para o direito brasileiro.

919 Doutora e Mestra em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Coordenadora do Observatório de Violação de Direitos Humanos da Região do Grande ABC da Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS). Coordenadora do subgrupo das Cortes de Direitos Humanos do Núcleo de Estudos de Tribunais Internacionais da Universidade de São Paulo (NETI-USP).

O método adotado será o dedutivo, tendo por análise doutrinas, artigos e o estudo jurisprudencial nacionais e internacionais sobre o tema.

1. Os Fatos Perante a *Grand Chamber*: Retrato de uma Guerra Brutal e a Irretroatividade da Lei Penal

O caso perante a *Grand Chamber* iniciou-se com os recursos 2312/08 e 34179/08 contra a Bósnia e Herzegovina apresentados, respectivamente, pelo iraquiano Sr. Abduladhim Maktouf e Sr. Goran Damjanović, cidadão da Bósnia e Herzegovina. Basicamente, alegaram os requerentes falhas na aplicação da lei penal que culminaram na condenação por crimes de guerra cometidos durante o período compreendido entre 1992-1995 por parte do Tribunal da Bósnia e Herzegovina e, por consequência, a violação dos artigos 7º da Convenção Europeia, que trata da irretroatividade das penas, do artigo 14º, conjugado com o artigo 7º da Convenção, a respeito da proibição de discriminação, e do artigo 1º do Protocolo nº 12, que assegura a proibição geral de discriminação, além do artigo 6.1 da Convenção, que garante o direito a um processo equitativo.

Com a declaração de independência da Iugoslávia, em março de 1992, inicia-se uma "guerra brutal" na Bósnia e Herzegovina: a violência e a limpeza étnica mataram mais de 100 mil pessoas e mais de 2 milhões foram deslocadas durante a guerra. Os requerentes cometeram diversos crimes durante o conflito. Somente quando o Acordo de Dayton entrou em vigor, o conflito chegou ao fim. O Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU) instituiu provisoriamente o Tribunal Criminal Internacional para a ex-Iugoslávia, para tratar das diversas violações ocorridas durante o conflito, além de alterações legislativas que ocorreram, e a criação de câmaras de crimes de guerra no âmbito nacional que também foram levadas a cabo.

Com relação ao Sr. Abduladhim Maktouf, o crime a ele imputado foi o de cúmplice no sequestro de civis com o objetivo de trocá-los por membros das forças da Bósnia e Herzegovina , capturados por forças croatas, em outubro de 1993. Os civis foram libertados alguns dias depois do sequestro, e o requerente foi preso em 2004. Em julho 2005, a Câmara de Julgamento do Tribunal Estadual da Bósnia e Herzegovina o condenou a 5 anos de prisão, nos termos dos artigos 173, §1º c/c o artigo 31 do Código Penal de 2003. Esta sentença foi anulada em novembro de 2005, e a Câmara de Recursos, compostas por dois juízes internacionais e um nacional, em abril de 2006, confirmou a sentença de julho de 2005.

Damjanović foi condenado pelo espancamento de bósnios que resistiram ao ataque sérvio e que foram capturados em Sarajevo em 1992. O Tribunal Estadual da Bósnia e Herzegovina o condenou a 11 anos de prisão por tortura considerada como crime de guerra, em junho de 2007, com base no Código Penal de 2003, sentença confirmada pelo mesmo tribunal em novembro do mesmo ano.

Os recursos apresentados pelos requerentes ao Tribunal Constitucional foram rejeitados por decurso de prazo no caso de Damjanović e, no caso de Maktouf, foi considerado que nenhum direito previsto na Convenção Europeia havia sido violado. A principal alegação de ambos foi a de que o Tribunal Estadual teria aplicado a eles retroativamente uma lei penal mais rigorosa prevista no Código Penal de 2003, do que a prevista na época em que cometeram os crimes a eles imputados, quando vigia o Código Penal de 1976. Ambos os códigos previam as ações realizadas pelos requerentes como crimes de guerra, de forma que o ponto fulcral do caso tratava das "diferentes estruturas de condenação aplicáveis a crimes de guerra", afetando "a previsibilidade e a acessibilidade" (CEDH, 2013).

Desse modo, o Sr. Maktouf foi condenado a cinco anos de prisão por auxílio e incitação de crimes de guerra, menor dosimetria da pena nos termos do Código Penal de 2003. Caso lhe fosse aplicado o Código de 1976, a pena poderia ser reduzida a apenas um ano. Já com relação ao Sr. Damjanović, sua condenação foi de 11 anos de prisão, levemente acima do mínimo previsto aplicável sob os auspícios do Código Penal de 2003. Da mesma forma, a aplicação do Código Penal de 1976 permitiria imputar-lhe a pena de cinco anos.

As condutas dos requerentes não se encaixavam naquelas previstas pelo Código Penal de 2003 para aplicação da pena máxima. Assim, caso o Código Penal de 1976 tivesse sido aplicado, seguindo-se hipoteticamente a mesma estrutura de aplicação da pena sob a égide do Código Penal de 2003, isto é, a pena mínima, em ambos os casos, as penas teriam sido mais brandas, já que o Código Penal de 1976.

A Corte Europeia precisou analisar, portanto, se os tribunais nacionais aplicaram a lei cujas disposições eram mais favoráveis aos requerentes, e não avaliar *in abstracto* se havia incompatibilidade entre o Código Penal de 2003 em casos de crimes de guerra com o artigo 7 da Convenção.

O Estado lançou mão do artigo §2º, do artigo 7º da Convenção, afirmando que a punição da ação cometida pelos requerentes integraria os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas e, ainda, que haveria um dever de Direito Humanitário por parte do Estado de punir "adequadamente" crimes de guerra, afastando a regra da não-retroatividade neste caso. A Corte entendeu que houve violação ao artigo 7º da Convenção, considerando que o Código de 1976 deveria ter sido aplicado, sem contudo, expressar quais sentenças menores deveriam ter sido impostas.

Com relação ao artigo 6.1 da Convenção, o Sr. Makfouf alegou que o Tribunal Estadual não era independente, em razão da nomeação de dois membros pelo Gabinete do Alto Representante na Bósnia e Herzegovina, mas a Corte Europeia entendeu que, em princípio, não haveria razões para duvidar da independência dos juízes internacionais, tendo em vista, notadamente, que a moti-

vação para as referidas nomeações era a de reiterar a "independência do Estado" e "restaurar a confiança do público no sistema judiciário" (CEDH, 2013). Além disso, os juízes nomeados também exerciam esta função em seus estados, fato que reforçava sua autonomia. Por fim, o mandato de dois anos decorria, especialmente, da natureza provisória da presença na Justiça Estadual. Considerou a Corte Europeia inadmissível e infundada a alegação quanto a este ponto.

Quanto à possível violação do artigo 14 e/ou do artigo 1º do Protocolo nº 12, alegada por ambos requerentes no que se refere à discriminação no julgamento realizado pelo Tribunal Estadual ao invés de tribunais do país, a Corte entendeu que, diante do número expressivo de casos envolvendo crimes de guera, seria necessária a divisão destes entre os tribunais para que o Estado conseguisse cumprir o dever estabelecido pela Convenção de responsabilizar os culpados por crimes de direito internacional humanitário em tempo hábil, ainda que fosse de conhecimento que os tribunais do país imputavam penas mais leves comparadas àquelas aplicadas pelo Tribunal Estadual. No entanto, a diferença de tratamento não foi baseada em características pessoais e, ademais, a decisão de encaminhamento para um ou outro tribunal era individualizado, pautado em critérios objetivos e razoáveis. Desse modo, a Corte não reconheceu que houve um tratamento discriminatório e decidiu pela inadmissibilidade do pedido.

2. O Voto Concordante do Juiz Pinto Albuquerque

O Professor Pinto Albuquerque, em seu voto, expôs a necessidade de avaliar o caso considerando-o sob a perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, do Direito Penal Internacional, do direito internacional humanitário e da prática do Estado, observando, ainda, as suas peculiaridades.

Neste voto, Pinto de Albuquerque trata, inicialmente, da proibição da aplicação retroativa do direito penal. Em seguida, analisa o princípio da aplicação retroativa da *lex mitior*. O terceiro ponto analisado por ele versa sobre os princípios gerais de direito que expressa a vontade da comunidade das nações civilizadas. Por fim, analisa o contexto político e jurídico do caso e os fatos sob o ponto de vista do padrão europeu.

2.1. PROIBIÇÃO DA APLICAÇÃO RETROATIVA DO DIREITO PENAL

> [...] O comportamento ciminoso só pode ser desencorajado se os cidadãos estiverem cientes das normas criminalizantes antes da consumação da conduta censurada. Uma vez que a punição retroativa não pode impedir uma ação ou omissão que já ocorreu, ela reflete uma intrusão arbitrária por parte do Estado na liberdade dos cidadãos (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2013).

O Professor Pinto de Albuquerque inicia seu voto reforçando os objetivos da máxima *nullum crimen sine lege praevia* e entendendo que uma sentença retroativa que aplicasse uma pena inexistente à época dos fatos, ou ainda, que aplicasse uma pena mais gravosa, seria arbitrária. Assim, para o professor, "a proibição de aplicação retroativa de novas infrações penais" pressupõe igualmente "a proibição de retroatividade de um sistema penal mais rigoroso" (2013), reconhecido universalmente em diversos textos normativos internacionais meticulosamente indicados no voto.

Em seguida, Pinto de Albuquerque destaca que o princípio, além de reconhecido "em tempo de paz" também o é "em tempo de guerra ou outra emergência pública", - não apenas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos-, como também, pelo Direito Humanitário.

O Direito Penal Internacional, para Pinto de Albuquerque, contribuiria para integrar eventuais omissões na legislação nacional e corrigir deficiências dos sistemas de justiça local, através dos mandados de criminalização previstos em tratados internacionais, em que se considera crime a ação ou omissão não prevista por legislações nacionais na época de seu cometimento, desde que tais ações ou omissões já tivessem sido criminalizadas pelo direito internacional consuetudinário, pelo Direito dos Tratados, ou ainda, desde que prevista pelo direito internacional ou até mesmo nacional, mas não aplicada efetivamente por razões políticas.

2.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NEGATIVA COMO NORMA *IUS COGENS: LEX MITIOR*

> Se uma lei penal mais severa não pode ser aplicada às condutas que ocorrem antes de sua entrada em vigor, então uma lei mais branda deve ser aplicada às condutas ocorridas antes de sua entrada em vigor, mas que é julgada após essa data (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2013).

Pinto de Albuquerque considera que a pena mais leve deverá ser aplicada ao autor após sua conduta criminosa. Aponta aqui uma importante diferenciação com relação ao "âmbito temporal da *lex mitior*": uma nova lei descriminalizadora poderá retroagir até o cumprimento integral da sentença, ao passo que, no caso de uma redução ou mitigação da pena, cabe a retroatividade até a coisa julgada da condenação, conforme voto dissidente anterior no caso Hidir Durmaz v. Turquia (CEDH, 2011).

Se assim não o fosse, Pinto de Albuquerque entende, de modo incisivo, que o Poder Judiciário violaria a separação dos poderes, mantendo a pena mais severa para situações em que houve um abrandamento desta por parte do Legislativo, ou ainda, que haveria uma "arbitrária dupla avaliação de padrões de ilicitude da mesma conduta censurada" (2013) se o legislador mantivesse a aplicação de uma lei penal mais rigorosa, após ter a lei sido alterada por outra, menos rigorosa.

Critica o "silêncio" a respeito do artigo 7º da Convenção, mas ressalta a posição da CEDH, que reconhece o princípio da aplicação da *lex mitior*, ou seja, aquela lei mais favorável ao indivíduo, como uma garantia do princípio da legalidade dos direitos humanos no âmbito europeu, citando o caso Scoppola v. Itália (2009). Para tanto, é necessário, como bem aponta Pinto de Albuquerque, considerar as características e a natureza do crime, bem como o cenário em que fora cometido.

Outro aspecto importante levantado por Pinto de Albuquerque é a necessidade de uma "comparação *in concreto* das leis penais aplicáveis" exigida pelo §1º do artigo 7º da Convenção, considerando a lei vigente tanto na época em que a conduta foi realizada, quanto na época do julgamento. Neste trecho do voto, apresenta sua crítica e seu principal ponto de discordância com relação à decisão da Corte Europeia. Pinto de Albuquerque assevera que a Corte não realizou o teste necessário para determinar as penas aplicáveis, considerando ambas leis penais para identificar a pena "mais favorável" ao autor do crime.

Além disso, com rigor, o Juiz Pinto de Albuquerque defende que o §1º do artigo 7º também exige uma "comparação global", isto é, imprescindível considerar a "lógica" de cada "regime punitivo" sem misturar as regras presentes em cada uma das leis analisadas. Argutamente, Pinto de Albuquerque nota que, com a mistura de regras fora da lógica em que estão inseridas, o intérprete iria "criar um novo regime punitivo *ad hoc*".

2.3. PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO DO DIREITO PENAL RECONHECIDOS PELAS NAÇÕES CIVILIZADAS

> [...] O princípio da não retroatividade não prejudica a punição de uma pessoa por um ato ou omissão, que no momento em que foi cometido, era criminoso de acordo com os princípio gerais de direito reconhecido pela comunidade das nações civilizadas (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2013).

Outro ponto de destaque analisado por Pinto de Albuquerque diz respeito à criminalização baseada em princípios gerais do direito como exceção ao princípio da irretroatividade do direito penal. De modo sucinto e professoral, Pinto de Albuquerque explica que os princípios gerais do direito reconhecidos pela comunidade das nações civilizadas podem ser fonte de direito internacional penal. De modo que, se a conduta era considerada crime no momento de seu cometimento, o princípio da irretroatividade não terá o condão de deixar sem punição o agente.

Assim, a ideia de aplicação da chamada "Cláusula de Nuremberg/Tóquio", conforme Pinto de Albuquerque, voltava-se a atos que não haviam sido "cristalizados no direito internacional consuetudinário no momento da consumação, e que também não foram consagrados no Direito dos Tratados aplicável aos fatos, mas que já representam uma afronta intolerável aos princípios da justiça" (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2013).

Nesse sentido, Pinto de Albuquerque assevera que, para um princípio geral do direito refletir a vontade da comunidade das nações civilizadas, é preciso que esteja presente em tratados ou práticas nacionais de boa parte dos Estados e, desta forma, observar o princípio da especificidade, abarcado pelo princípio da legalidade, preservando a segurança jurídica.

De modo incisivo, conclui, portanto, Pinto de Albuquerque que a criminalização de uma conduta baseada nos princípios gerais do direito não pode ser entendida como uma exceção ao princípio da irretroatividade, notadamente, no caso concreto, porque a conduta já constituía crime no momento de sua execução pela legislação nacional, com, no entanto, uma pena inferior àquela instituída posteriormente.

Deste modo, fazendo uma interpretação objetiva e clara, Pinto de Albuquerque afirma que o que está em jogo não era se a conduta estava fundada em princípios gerais do direito: havia norma no direito interno que já a considerava criminosa no momento de sua consumação. A questão era que a pena prevista na legislação na época da realização da conduta tinha uma pena menor daquela que fora aplicada posteriormente aos requerentes. Por esta razão, mais uma vez, critica a decisão da CEDH e discorda da referência ao caso Naletilić v. Croácia usada pela *Grand Chamber*, que tratava de um crime previsto no direito internacional, ao passo que, no caso presente, o crime estava prescrito no código penal nacional.

2.4. O CONTEXTO POLÍTICO E JURÍDICO DO CASO E O PADRÃO EUROPEU

Por fim, o voto do Professor Paulo Pinto de Albuquerque analisa o contexto político e jurídico do caso, bem como os fatos do caso, considerando o "padrão europeu".

Após contextualizar a criação do Tribunal Estatal da Bósnia e Herzegovina, em 2000, e a respectiva instituição, em 2002, bem como, a criação do novo Código Penal, em 2003, o Professor Pinto de Albuquerque destacou que as diversas reformas jurídicas e judiciais ocorridas no plano nacional ocasionaram disparidade entre decisões emitidas pelos diversos órgãos de variadas jurisdições. O tratamento desigual de condenações baseadas em diferentes interpretações realizadas pelos vários tribunais a respeito da aplicação da lei penal aos crimes de guerra geraram preocupação e desconforto. Até 2008, a análise caso a caso para determinar o tribunal e procuradores competentes, para Pinto de Albuquerque, não deu certo devido à falta de clareza e imprecisão de critérios e diretrizes. Somente em 2008, as autoridades criaram regras mais objetivas e claras a respeito, considerando, notadamente, a gravidade da conduta e a capacidade do agente.

Assim, para Pinto de Albuquerque era necessário avaliar-se o caso no contexto em que se inseria, de modo que, para ele, a sentença foi arbitrária, tendo sido aplicadas aos agentes leis penais retroativas mais gravosas, de modo que a prova cabal estaria presente nas penas aplicadas:

> [...] Sr. Damjanović, foi condenado com base no Código de 2003 a onze anos de prisão pelo Tribunal Estatal por espancamento, **mais que o dobro da menor pena admissível de acordo com o Código de 1976**. [...] Sr Maktouf, que foi condenado, nos termos do Código de 2003, a cinco anos de prisão, ou seja, **cinco vezes a menor pena que o Código de 1976 permitia aplicar**"(negritos nosso) (Pinto Albuquerque, Paulo, 2013)

Pinto de Albuquerque finaliza seu raciocínio afirmando que se tivessem sido aplicados aos agentes os mesmos critérios de atenuação da pena nos termos

do Código de 1976, as sanções seriam muito menores, de forma que esta lei seria *lex mitior*, e o Código de 2003, *lex gravior*, violando expressamente disposições de direito interno, como também o artigo 7º, §1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, e entendendo ele, portanto, serem nulas as condenações aplicadas aos agentes, cabendo novo julgamento dos autores por parte do Estado.

De modo claro, Pinto de Albuquerque entende que a manutenção das condenações violadoras da Convenção seria uma "derrogação *de facto* ao artigo 7", afronta à decisão da Corte, bem como, do artigo 15 da Convenção (2013).

3. O Fortalecimento dos Direitos Humanos e o Voto de Pinto Albuquerque

O artigo 53 da Convenção sobre o Direito dos Tratados de Viena reconhece a existência de normas imperativas, considerando nulo o tratado que as contrariar.

Neste diapasão, André de Carvalho Ramos ensina que a norma de *ius cogens*[920] "contém *valores* considerados *essenciais* para a comunidade internacional como um todo, e que, por isso, possui *superioridade normativa*" e que a derrogação de uma norma com tal estatura não pode ser feita "pela vontade do Estado". Uma norma cogente, uma norma imperativa, portanto, somente poderia ser alterada por outra igualmente "aprovada pela *comunidade internacional como um todo*" (2015, p. 184-185).

Em outro voto do juiz Pinto de Albuquerque é possível encontrar dois aspectos essenciais para que uma norma seja considerada imperativa: inderrogabilidade da norma e seu caráter peremptório (PINTO DE ALBUQUERQUE, Caso Hirsi Jamaa v. Italia)[921].

De modo contundente, como apontado acima, Pinto de Albuquerque reconhece como "norma inderrogável" a versão negativa do princípio da legalidade: nenhuma "pena mais pesada do que aquela que era aplicável no momento em que a infração penal foi cometida" (2013, p. 11) pode ser aplicada ao indivíduo, abarcando referido princípio ao rol[922] de normas *ius cogens*.

Na linha do reconhecimento por parte da Corte Europeia do princípio da aplicação retroativa da *lex mitior* no direito penal como uma das garantias do princípio da legalidade, Pinto de Albuquerque admite, portanto, duas versões do princípio da legalidade: i) positiva – em que considera que deve ser aplicada a pena mais branda ao indivíduo daquela prevista à época do cometimento da conduta, caso sobrevenha uma nova lei que assim o disponha e ii) negativa – em

920 Vide interessante estudo sobre estudo teórico e prático do instituto *ius cogens*: (R. ARGÉS, 2019).

921 Neste caso, o juiz português analisa o princípio do *non-refoulement* como norma *ius cogens*.

922 André de Carvalho Ramos defende que "a origem, então, do rol das normas cogentes é o costume internacional [...]" podendo os Estados positivarem referidas normas, uma vez que não háum rol de normas imperativas apresentadas pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (2018, p. 192).

que não um indivíduo não deverá ser condenado por um crime que assim não fosse considerado pela lei nacional ou internacional, bem como, não podendo lhe ser imposta uma pena maior do que aquela prevista no momento em que a infração fora cometida.

Pinto de Albuquerque elevou, desenvolvendo um raciocínio claro e perspicaz, portanto, ambas versões do princípio da legalidade ao patamar das normas *ius cogens*. Irrefutável a importância do voto do juiz português para a garantia do princípio *nullum crimen sine lege praevia*[923] e as facetas que estão abarcadas por ele.

4. A Importância do Voto de Pinto Albuquerque para o Direito Brasileiro

No âmbito da legislação brasileira, a Constituição Federal de 1988 consagra, via de regra, o princípio da *irretroatividade* da lei, concedendo segurança jurídica às relações jurídicas em geral. Neste sentido, ensina André de Carvalho Ramos que o "direito à segurança jurídica consiste na faculdade de obstar a extinção ou alteração de determinado ato ou fato jurídico, posto a salvo de modificações futuras, inclusive legislativas" (2021, p. 868).

No entanto, tal regra não se aplica *absolutamente* ao Direito Penal, nos termos do próprio dispositivo constitucional previsto no artigo 5º, XL. O princípio da segurança jurídica, portanto, não é absoluto, fazendo sobrepujar outros direitos fundamentais (CARVALHO RAMOS, 2021, p. 869) no caso do direito penal.

Assim, na esfera do Direito Penal, prevalecem os princípios da reserva legal[924] e da anterioridade, e é possível a retroatividade da lei penal somente para beneficiar o réu, nos termos da Constituição Federal:

> Art. 5º, XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;
>
> XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

O princípio da legalidade penal está adstrita à "ideia de anterioridade penal, que implica repúdio à aplicação de lei menos benévola" (MENDES, 2012, p. 334). De modo que, a necessidade de uma lei que previamente defina a conduta criminosa garante a segurança jurídica, pois "evita-se a surpresa" de uma lei que inexistia à época dos fatos (CARVALHO RAMOS, 2021, p. 85).

923 Neste sentido, Huerta Tocildo reforça que a própria sentença latina já "reúne" os termos necessários para compreensão da função legitimamente "preventiva não meramente repressiva" do direito penal (2009, p. 514).

924 Alexandre de Moraes esclarece que o "princípio da legalidade é de abrangência mais ampla", de modo que "por ele fica certo que qualquer comando jurídico impondo comportamentosforçados há de provir de regra geral", enquanto que diversamente o princípio da reserva legal "nãoé genérico e abstrato, mas concreto. Ele incide tão somente sobre os campos materirais especificados pela Constituição", sendo, portanto, "de menor abrangência, mas de maior densidade ou conteúdo". (2011, p. 106-107).

Para Mendes, essa exigência está relacionada "à própria ideia do Estado de Direito, baseados especialmente no princípio liberal e nos princípios democrático e da separação de Poderes", de modo que qualquer restrição à liberdade do indivíduo deverá ser fundada em uma "legitimidade democrática" (2012, p. 328), isto é, uma lei aprovada pelo Congresso Nacional, nos termos da Constituição Federal.

O indíviduo deve, conforme Mendes, diferenciar "com segurança, a conduta regular da conduta criminosa, mediante lei anterior, estrita e certa" (2012, p. 329), de modo que seja possível identificar "o que é proibido ou permitido" (2012, p. 331).

A exceção da irretroatividade, no campo do direito penal, refere-se, tão somente, à lei que beneficie o agente da conduta.

Neste sentido, elucida André de Carvalho Ramos (2021, p. 885):

> [...] qualquer alteração legislativa na área criminal que contenha normas penais benéficas, como as que abolem crimes ou que limitam sua abrangência, estabeleçam extinção ou abrandamento de penas ou aumentem os casos de isenção de pena, de extinção de pena, ou qualquer elemento que minore os efeitos deletérios da aplicação da lei penal pretérita, deve retroagir.

Deste modo, no Brasil, à lei mais gravosa se aplica o princípio da irretroatividade absoluta (MENDES, 2012, 334), podendo no entanto a lei retroagir nos casos em que descriminaliza o fato anteriormente considerado crime ou nos casos em que beneficia o indíviduo com relação à pena aplicável.

De fato, "a lei mais benigna será aquela que, de qualquer forma e tendo em vista a situação concreta, revela-se mais favorável ao agente no que concerne ao crime ou à pena", considerando-se sempre a análise "do resultado final *in concreto*" (MENDES, 2012, p. 335).

Reconhece o ministro do Supremo Tribunal Constitucional, por fim, que "os princípios da anterioridade e da legalidade penal consagram direito fundamental não submetido à possibilidade de restrição expressa", de modo que nem mesmo o legislador poderia restringir "o âmbito de aplicação desse direito (MENDES, 2012, p. 341).

Vale dizer que tais princípios consagrados no texto constitucional brasileiro além de possuírem estatura superior às demais normas do ordenamento, são consideradas cláusulas pétreas[925]. Possuem, portanto, além de uma hierarquia superior, a característica da imutabilidade, pois sequer podem ser objeto de deliberação, por força do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

925 George Marmelstein trata dos direitos fundamentais como sendo "[...] frascos de remédio que são colocados nas prateleiras mais altas para ficar longedo alcance das crianças" visando a demonstrar com esta "analogia" que os"direitos fundamentais representam, de certo modo, uma desconfiança em relação ao Poder Público. Esses direitos fundamentais, no direito constitucional brasileiro recebeu do constituinte originário "[...] uma barreira de proteção (ou garantia de eternidade)em torno dessa matéria, de tal forma que nem mesmo por maioria qualificada do Congresso Nacional pode revogar determinado direito considerado fundamental". A "total impossibilidade de alterar" que ultrapassa a "simples rigidez constitucional" são chamadas de cláusulas pétreas (2014, p. 273-275). Cláusulas Pétreas como o "núcleo intangível da Constituição Federal" (MORAES, 2012, p. 694).

Fazendo uma comparação com o delinhamento dos princípios constitucionais e aqueles realizados por Pinto de Albuquerque, o princípio da legalidade e suas versões, no Brasil, ganham contornos de *superioridade* e *imutabilidade*, garantindo ao direito penal brasileiro uma aproximação necessária dos direitos humanos, tal como defende muito bem o Juiz, ao conferir ao princípio da legalidade, - tanto na sua perspectiva positiva quanto negativa - , o caráter de norma *ius cogens*: superior e inderrogável.

Por fim, o tema ainda é muito debatido na doutrina brasileira. A jurisprudência no Brasil tem seguido no sentido de respeitar o princípio da legalidade, proibindo a retroatividade da lei penal mais prejudicial ao indivíduo e garantindo a proteção da lei que lhe for mais favorável (RE 596.152/SP). Também tem proibido a aplicação de partes benéficas de leis penais diferentes, ainda que seja para favorecer o réu, autorizando somente a aplicação da lei mais favorável na sua integralidade (RE 600817/MS).

O voto de Pinto de Albuquerque é fundamental, portanto, para reforçar este entendimento legal e jurisprudencial de respeito e garantia dos direitos humanos, servindo como fundamento para o debate do tema no âmbito brasileiro.

Conclusão

O voto de Pinto de Albuquerque é de extrema importância, pois confere ao princípio da legalidade e às suas facetas o caráter de norma de *ius cogens*. Assim, o princípio da irretroatividade, como regra, implica a vedação da retroatividade de um "sistema penal mais rigoroso" (versão negativa do princípio da legalidade). Por outro lado, confere-se a retroatividade da lei penal descriminalizadora ou mais leve ao infrator (versão positiva do princípio da legalidade), considerada pelo Professor Pinto de Albuquerque como o "reverso" da *lex gravior*.

Outro aspecto importante do voto que precisa ser destacado é a necessidade da interpretação global e *in concreto* do princípio da legalidade e suas versões, sob pena de o solapar: é preciso fazer, com rigor, uma avaliação comparativa dos fatos e das leis aplicáveis no momento da consumação da conduta e do julgamento.

Como se não bastasse, o ser humano, em seu voto no caso Maktouf e Damjanović v. Bósnia e Herzegovina, é o ponto fulcral do debate: tendo ele cometido "crimes pequenos ou brutais" é preciso respeitar seus direitos e, notadamente, no caso concreto, o princípio da legalidade.

Deste modo, a interpretação do Professor Pinto de Albuquerque em seu voto reforça, de modo claro e preciso, o papel do julgador e do tribunal para fazer cumprir a lei, preservar a previsibilidade, e fazer justiça, sem abandonar a garantia de direitos a que todos fazem jus, sejam eles "bons cumpridores da lei" – ou não. Sinaliza, portanto, o caminho de respeito aos direitos humanos que todos precisam seguir: Estados, julgadores e cidadãos.

Referências

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Recurso Extraordinário n. RE 596.152/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento de 13.10.2011, DJe de 24.10.2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Recurso Extraordinário n. RE 600817/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento de 07.11.2013, DJe de 18.11.2013.

CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Curso de direitos humanos*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. CASO MAKTOUF E DAMYANOVIC V. BÓSNIA E HERZEGOVINA. *Casos nº. 2312/08 e 34179/08*. Grande Câmara, 2013.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. CASO HIDIR DURMAZ V. TURQUIA. Caso nº 27765/09, 2011.

HUERTA TOCILDO, Susana. *El Contenido Debilitado Del Principio Europeo de Legalidad Penal* (art. 7 CEDH y art P7). In: GARCÍA ROCA, Javier; SANTOLAYA, Pablo. *La Europa de los Derechos*. Madrid: Centro de Estudios Pliticos Y Constitucionales, 2009.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5ª ed.. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre. *Direitos HumanosFundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1 a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Direito Constitucional. 28ª ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINTO DE ALBUQUERQUE. Paulo. *Caso Maktouf e Damyanovic v. Bósnia e Herzegovina: Opinião Concorrente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque com a Adesão do Juiz Vučinić*. Casos 2312/08 e 34179/08. Corte Europeia de Direitos Humanos. Grande Câmara, 2013.

PINTO DE ALBUQUERQUE. Paulo. Caso Hirsi Jamaa v. Itália: Opinião Concorrente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque. Caso 27765/09. Corte Europeia de Direitos Humanos. Grande Câmara, 2012.

R. ARGÉS, Joaquín. *Ius Cogens: La Actualidad de um Tópico Jurídico Clásico*. Madrid: Reus Editorial, 2019.

VII. Direito à Vida Familiar

Caso X. V. Letônia

Opinião Concorrente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque

O sequestro internacional de crianças pelos pais encontra-se novamente na agenda da Grande Câmera. Três anos após ter estabelecido seu próprio critério em *Neulinger e Shuruk*[926], a Grande Câmera teve que revê-lo com base no contexto das mesmas fontes do direito internacional da família e do direito internacional dos direitos humanos. Em outras palavras, a principal questão colocada diante da Grande Câmara é a sustentabilidade teórica e prática da sua jurisprudência recente.

Concordo com a constatação sobre a violação do art. 8, mas discordo dos princípios que foram estabelecidos equivocadamente pela maioria nos parágrafos 105-108 e da apreciação incompleta dos fatos do caso. Minha opinião está dividida em três partes. A primeira parte tratará da avaliação exigida na Convenção Europeia dos Direitos Humanos de ordens de retorno em casos de sequestro de crianças e a necessidade muito proclamada de uma revisão do padrão de *Neulinger e Shuruk*. A segunda parte examinará a natureza do mecanismo estabelecido pela Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis sobre o Sequestro Internacional e sua articulação com a Convenção. Por fim, na terceira parte serão aplicadas as normas da Convenção aos fatos deste caso, considerando, especialmente, a natureza incipiente do alegado "direito à custódia" do progenitor que ficou para trás no momento da perda da custódia[927].

Ordens de Retorno nos Casos de Sequestro Internacional de Crianças de Acordo Com A Convenção

O art. 8 da Convenção impõe obrigações positivas às Partes Contratantes, como reunir filhos que foram indevidamente removidos ou retidos em um país

926 *Neulinger e Shuruk* v. Suíça (CG), n. 41615/07, 6 de julho de 2010.

927 Qualquer referência neste parecer a "a Convenção" é a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, "a Convenção de Haia" refere-se à Convenção de Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, o "Regulamento da UE" é para o Regulamento do Conselho (CE) n. 2201/2003 de 27 de novembro de 2003, "a Corte" é para a Corte Europeia de Direitos Humanos e a "Comissão Especial" é para a Comissão Especial sobre o funcionamento prático da Convenção de Haia. Além disso, vou me referir ao pai ilegalmente privado de seus direitos de custódia como o "progenitor deixado para trás" e para o pai que ilegalmente removeu ou manteve a criança como o "progenitor sequestrador". O país para o qual a criança foi removida ilegalmente ou onde ela foi retida ilegalmente será referido como o "país anfitrião" e o país de onde a criança veio removido ilegalmente ou do qual ele ou ela foi ilegalmente retido como o "país de residência habitual".

estrangeiro por um de seus progenitores ao outro, tomar medidas eficazes para fazer cumprir uma ordem de retorno em relação à criança sequestrada ao seu país de residência habitual[928], conceder um pedido de retorno[929] ou ajuizar uma ação de retorno em nome do progenitor que ficou para trás no país de residência habitual[930]. Estas obrigações positivas devem ser interpretadas à luz da Convenção de Haia, sobretudo quando o Estado Requerido a ratificou[931]. Portanto, a Corte comprometeu-se com a filosofia da Convenção de Haia de restaurar a situação da criança como ela existia antes do sequestro ocorrer[932]. Assim, o tribunal do país anfitrião deve ordenar o retorno da criança para seu país de residência habitual, exceto quando haja um dos motivos para recusa de retorno previsto nos art.s 13 e 20 da Convenção de Haia. Já o tribunal do país de residência habitual tem apenas competência para decidir sobre o mérito da controvérsia sobre a custódia. Apesar de que os procedimentos de retorno sejam urgentes e que as ordens de retorno devam ser rapidamente executadas, a concessão de ordens de retorno em casos de sequestro internacional de crianças requer uma avaliação detalhada ou aprofundada de toda a situação familiar pelo tribunal do país anfitrião e do contexto específico do pedido de retorno[933]. Quando o processo de tomada de decisão do tribunal no país anfitrião ou a avaliação da situação é deficiente, a concessão de uma ordem de retorno no âmbito da Convenção de Haia pode violá-la, uma vez que a interferência com o direito da criança à vida familiar com o progenitor sequestrador pode não ser necessária em uma sociedade democrática[934].

Dito isso, o exame detalhado da situação da criança claramente não substitui o processo de custódia no Estado de onde a criança foi sequestrada, uma vez que o tribunal do país anfitrião não deve realizar uma avaliação *ex officio*, independente do mérito do caso, com base na avaliação da situação da criança e de sua família e o ambiente social e cultural presente e futuro. Apenas as questões diretamente relacionadas com o sequestro da criança feitas pelo pedido de retorno e na medida em que se relacionam com a decisão urgente e provisória sobre o futuro imediato da criança são as que podem ser enfrentadas pelo tribunal do Estado anfitrião. Esse foi, e continua sendo, o teste de *Neulinger e Shuruk*. Nem mais nem menos. O exame detalhado pelo tribunal no país anfitrião não implica qualquer mudança de jurisdição sobre a responsabilidade parental, que permanece no Estado de residência habitual da criança. Consequentemente, *Neulinger e Shuruk* não nivelou a diferença básica, consagrada no art. 19 da Convenção de Haia, entre os procedimentos de retorno e custódia abrangidos pela Convenção.

928 O caso principal é *Ignaccolo-Zenide v. Romênia*, n. 31679/96, 25 de janeiro de 2000.

929 O caso principal é *Monory v. Romênia e Hungria*, n. 71099/01, 05 de abril de 2005.

930 O caso principal é *Iglesisas Gil e A.U.I. v. Espanha*, n. 56673/90, §§ 57-59, 29 de abril de 2003.

931 art. 31, parágrafo 3 (c) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Ver, entre outras autoridades, *Ignaccolo-Zenide*, citado acima, § 95; *Monory*, citado acima, § 81; e *Iglesias Gil e A.U.I*, citado acima, § 61. No entanto, a obrigação positiva de agir quando confrontado com o sequestro de crianças também se aplica a Estados não contratantes da Convenção de Haia (ver *Bajrami v. Albânia*, n. 35853/04, 12 de dezembro de 2006, e *Hansen v. Turquia*, n. 36141/97, 23 de setembro de 2003).

932 *Maumousseau and Washington v. França,* n. 39388/05, § 69, 06 de dezembro de 2007.

933 *Neulinger and Shuruk*, citado acima, § 139.

934 O caso principal é, evidentemente, *Neulinger e Shuruk*, citado acima, que foi seguido por Šneersone e Kampanella *v. Itália*, n. 14737/09, 12 de julho de 2011 e *B. v.* Bélgica, n. 4320/11, 10 de julho de 2012. No entanto, é importante notar que desde *Neulinger e Shuruk*, a Corte considerou a maioria das queixas semelhantes inadmissíveis (ver *Van den Berg e Sarri v. Holanda* (dez.), n. 7239/08, 2 de novembro de 2010; *Lipkowsky e McCormack v. Alemanha* (dez.), n. 26755/10, 18 de janeiro de 2011; *Tarkhova v. Ucrânia* (dez.), n. 8984/11, 6 de setembro de 2011; *M.R. e L.R. v. Estônia* (dez.), n. 13429/12, 15 de maio de 2012; e *Chernat e outros v. Romênia* (dezembro), n. 13212/09, 3 de julho de 2012). Em suma, a implementação prudente de *Neulinger* não abriu a porta para uma inundação de julgamentos semelhantes. O muito proclamado risco de demolição iminente do mecanismo de Haia depois de *Neulinger* provou ser infundado.

A Articulação Entre a Convenção e a Convenção de Haia

A Convenção de Haia visa combater o sequestro internacional de crianças pelo pai ou pela mãe através de um mecanismo misto de cooperação intergovernamental e judicial. Sempre que uma criança com menos de 16 é ilegalmente removida de seu país de residência habitual por um dos pais, o mecanismo de Haia pretende restaurar, assim que possível, o *status quo* anterior à remoção[935]. Três condições objetivas são necessárias para estabelecer a ilegalidade da remoção: (1) a existência de direitos de custódia em relação ao progenitor que ficou para trás imediatamente antes da remoção; (2) o exercício efetivo desses direitos antes da remoção; e (3) a determinação da residência habitual da criança no momento da remoção. Nenhum elemento subjetivo adicional, como a *mens rea* do progenitor que sequestrou o filho, é necessário[936]. Nessas circunstâncias, o retorno da criança ao país de residência habitual deve ser ordenado pelo tribunal do país anfitrião. O pedido de regresso pode ser rejeitado se uma das três condições referidas acima para a aplicação da Convenção de Haia não se verificar[937]. O pedido também pode ser rejeitado se o progenitor que ficou para trás consentiu com a remoção ou posteriormente aquies-

935 O sequestro internacional de crianças envolve a remoção ilegal da criança de um país para outro ou a retenção ilegal da criança dentro de um país estrangeiro. Em vista dos fatos do caso, esta opinião tratará apenas do primeiro aspecto e se referirá ao progenitor deixado para trás como o exemplo paradigmático da pessoa, instituição ou outro corpo previsto no art. 3 (a) da Convenção de Haia. As duas premissas subjacentes da Convenção de Haia são, em primeiro lugar, que o tribunal de residência habitual é o mais bem situado (*forum conveniens*) para resolver o mérito da disputa de custódia, uma vez que a maior parte das provas está disponível naquele local, e em segundo lugar, que o sequestro é prejudicial para o desenvolvimento da criança, porque a criança é forçada a deixar para trás o progenitor principal cuidador, os familiares e o ambiente social e cultural conhecido. Na verdade, quando a Convenção de Haia foi preparada, o estereótipo sociológico do progenitor sequestrador foi o de um progenitor estrangeiro, sem a custódia, que não estava disposto a aceitar que a mãe tivesse a custódia da criança e retirou ilegalmente a criança de seu país de residência habitual. Desde a década de 1990, isso não é mais verdade, a maioria dos casos hoje envolve uma mãe estrangeira, possuidora da custódia do menor, que deixa, por inúmeros motivos, o país de residência habitual da família após o término de seu relacionamento com o pai da criança. Consequentemente, se a premissa probatória ainda é aplicada hoje, a substantiva não.

936 Ver *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.v.R. 551, que sustentou que o conhecimento da mãe de uma ordem impedindo a remoção de uma criança da Escócia não era essencial. Na verdade, a Convenção de Haia não faz distinção entre a remoção intencional e negligente de uma criança (ver *Mattenklott v. Alemanha* (dez.), n. 41092/06, 11 de dezembro de 2006).

937 Alguns tribunais têm considerado outras defesas "processuais", como "perda do direito do fugitivo", renúncia e "mãos sujas" (para um resumo, ver Centro Judiciário Federal, Guia de Litígios Internacionais, Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis de Sequestro Internacional de Crianças: Um Guia para Juízes, 2012, pp. 91-98).

ceu com a remoção ou se certas circunstâncias relacionadas ao bem-estar da criança se verificarem, nomeadamente, se (1) houver um risco grave de que o retorno da criança a exponha física ou psicologicamente a um perigo[938] ou coloque a criança em uma situação intolerável[939]; (2) a criança atingiu certo grau de maturidade; (3) a criança se estabeleceu no país anfitrião e um ano se passou entre sua remoção do país de residência habitual e a instauração do processo judicial de restituição[940]; ou se (4) os princípios fundamentais do Estado Requerido relativos à proteção dos direitos humanos da criança não permitem[941].

Já que a terminologia da Convenção de Haia deve ser interpretada em relação à sua natureza autônoma e à luz dos seus objetivos, os direitos de custódia podem incluir os direitos previstos na legislação nacional do país de residência habitual sob uma terminologia diferente e não equivalem, necessariamente, a direitos denominados "direitos de custódia" pela lei de algum país em específico[942]. Por exemplo, um pai solteiro que de fato cuida da criança pode ter seus direitos de custódia negados[943]. A avaliação de questões legais e fácticas, como

938 Os tribunais nacionais discutiram se o retorno exporia a criança a tal perigo em casos de retorno a uma zona de guerra, agitação civil, violência generalizada, fome, doenças, poluição, problemas de adaptação, condições de vida difíceis, uma situação de abandono infantil, abuso, transtorno de estresse pós-traumático e trauma de separação (ver, entre outros, Acórdãos do Tribunal de Cassação Francês n. 11-28.424 de 13 de fevereiro de 2013 e n. 10-19905 de 26 de outubro de 2011; os acórdãos do Tribunal de Cassação Italiano n. 22962 de 31 de outubro de 2007 e n. 10577 de 4 de julho de 2003; *Simcox v. Simcox*, 511 F.3º 594 (6º Cr. 2007); *Blondin v. Dubois*, 238 F.3º 153 (2º Cir. 2001); e *Friedrich v. Friedrich*, 78 F.3º 1060 (6º Cir. 1996)).

939 Uma interpretação rigorosa e problemática do art. 11 (4) e (8) do Regulamento da UE tornou as defesas sem sentido e, assim, praticamente eliminou todas as verificações no país anfitrião (TJE, *Rinau*, processo C-195 / 08PPU, acórdão de 11 de julho de 2008; *Detiček*, processo C 403 / 09PPU, acórdão de 23 de dezembro de 2009; *Povse*, processo C-211/10, sentença de 1 de julho de 2010; e *Zarraga*, processo C-491 / 10PPU, acórdão de 22 de dezembro de 2010).

940 Os tribunais nacionais consideraram fatores como duração e estabilidade no domicílio no novo ambiente, participação na escola e atividades extracurriculares e fluência na língua (ver *Friedrich v. Friedrich*, citado acima, e *Lops v. Lops*, 140 F.3º 927 (11º Cir. 1998).

941 Embora não seja literalmente restrito aos direitos humanos da criança, esta defesa tem sido interpretada como prevendo apenas estes, uma vez que o art. 20 se destinava a promulgar "[uma] forma altamente restritiva de *ordre public*" (Conclusões sobre os principais pontos discutidos pela Comissão Especial, 1989, par. 38), alguns argumentam que o art. 20 já está amparado por fundamentos levantados anteriormente para a recusa do retorno de uma criança, que estão listados no art. 13 (Relatório da segunda reunião da Comissão Especial, 1993, resposta à questão 30 da Parte III).

942 Foi enfatizado na Comissão Especial que o termo "residência habitual" bem como o termo "direitos de custódia" deve normalmente ser interpretado de uma forma internacional e não por referência a uma legislação nacional específica (Conclusões sobre os principais pontos discutidos pela Comissão Especial, 1989, para. 9, Relatório da segunda reunião da Comissão Especial, 1993, resposta à pergunta 5 da Parte III, Recomendação 4.1 da quarta reunião da Comissão Especial, Relatório da Quinta Reunião da Comissão Especial de 2006, para. 155, e Conclusões da Comissão Especial de 2012, para. 44). Como a Suprema Corte dos EUA observou, os direitos de custódia devem ser determinados "seguindo o texto e estrutura da Convenção .... Esta abordagem uniforme, com base no texto legal, garante consistência na interpretação da Convenção. Impede que os tribunais confiem nas definições de custódia limitada pelo uso da lei local..." (*Abbott v. Abbott*, 130 S. Ct. 1983, 1990 (2010).

943 Relatório da terceira reunião da Comissão Especial, 1997, para. 13. Chamados "direitos de custódia incipiente" foram aceitos por algumas jurisdições, como na Inglaterra (*Re B. (A Menor) (Sequestro)*, (1994) 2 FLR 249, Re *O. (Sequestro de Crianças: Direitos de Custódia)*, (1997) 2 FLR 702 e Re *G. (Sequestro: Direitos de Custódia*) (2002) 2 FLR 703) e Nova Zelândia (*Anderson v. Paterson* [2002] NZFLR 641), mas rejeitado por outros, como na Irlanda (*H.I. v. M.G.* (1999) 2 ILRM 1) e Irlanda do Norte (*VK e AK v. CC*, (2013) NIFam 6). Como será demonstrado abaixo, o conceito de "direitos de custódia incipiente" não pode ser conciliado com a jurisprudência da Grande Câmara, do Tribunal de Justiça da União Europeia e da Câmara dos Lordes.

direitos de custódia e residência habitual ou alegações de grave risco de dano, é assunto que deve ser tratado por um tribunal ou por outra autoridade a quem compita a decisão sobre o pedido de retorno[944]. Diferente do previsto no art. 30 da Convenção de Haia, cada Parte Contratante à Convenção de Haia determina suas próprias regras de prova nos procedimentos de retorno. O ônus da prova nos casos de retorno é do progenitor que foi deixado para trás e, em relação à defesa para não retorno da criança, é do progenitor que a sequestrou; no entanto, em alguns países, dependendo da defesa proferida, diferentes ônus da prova são exigidos[945]. Embora a evidência admitida no processo de retorno não esteja sujeita a critérios estritos, a coleta e a admissão de provas deve ser regida pela necessidade de rapidez e a importância de limitar a investigação dos pontos em disputa e que são diretamente relevantes para a questão do retorno[946].

Considerando a falta de uma regulamentação precisa sobre a aplicação da Convenção da Haia em relação à ordem de retorno, esta pode ser ordenada para tribunais, autoridade central ou outras autoridades do país de residência habitual da criança, ou mesmo para o progenitor abandonado ou uma terceira pessoa. Em alguns casos, a criança permanece sob os cuidados do progenitor que a sequestrou até que as autoridades daquele estado decidam o contrário[947]. A ordem de retorno pode ser feita em conjunto com algumas medidas de proteção, tais como estipulações, condições ou compromissos, desde que sejam limitadas no escopo (ou seja, não invadam questões de custódia a serem determinadas pelos tribunais do Estado de residência habitual) e duração (ou seja, elas permanecem em vigor apenas até que um tribunal do país de residência habitual tenha tomado quaisquer medidas exigidas pela situação)[948].

Portando, a Convenção de Haia é basicamente um tratado de seleção de jurisdição, mas não se abstém de tratar sobre as questões substantivas referentes ao bem-estar da criança em questão, uma vez que impõe uma avaliação dos seus interesses, conforme o art. 13, e de seus direitos humanos, de acordo com o art. 20[949]. Apenas uma visão simplista das finalidades gerais da Convenção de

944 Conclusões e recomendações da Comissão Especial, 2012, paras. 13, 36 e 80.

945 Relatório e conclusões da Comissão Especial, 2002, para. 64

946 Recomendação 3.7 da quarta reunião da Comissão Especial, 2001; Guia de boas práticas sobre a Convenção de Haia, Parte II - Medidas de Implementação, 2003, para. 6.5.

947 Relatório da segunda reunião da Comissão Especial, 1993, resposta à pergunta 1 da Parte III. Um tribunal, ao designar uma ordem de retorno, deve torná-la tão detalhada e específica quanto possível, incluindo detalhes práticos do retorno e as medidas coercivas a serem aplicadas se necessário (Guia de boas práticas sobre a Convenção de Haia, Parte IV - Aplicação, 2010, paras. 4.1 e 4.2 do sumário executivo).

948 Em algumas jurisdições, principalmente em países de *common law*, essas estipulações podem variar de compromissos não executórios assumidos pelo progenitor que ficou para trás com a possibilidade de garantir uma "ordem espelho", ou seja, uma ordem feita pelo tribunal do país de residência habitual que é idêntico ou semelhante a um pedido anterior feito no país anfitrião (Recomendações 1.8.2 e 5.1 da quarta reunião da Comissão Especial, Relatório sobre a quinta reunião do Comissão Especial, 2006, paras. 228 e 229; e Recomendações 1.8.1 do quinto reunião da Comissão Especial; Guia de boas práticas sobre a Convenção de Haia, Parte I - Prática da Autoridade Central, 2003, para. 4.22).

949 Ver Relatório Pérez Vera, para. 25: "estas exceções são apenas ilustrações concretas de um princípio

Haia e dos efeitos tangíveis que ela pode ter na vida do indivíduo sequestrado e de seus pais poderia corroborar a afirmação de que este é um texto meramente processual. A conclusão oposta também é imposta pela ratificação praticamente universal da Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas, que reflete o consenso internacional sobre o princípio da supremacia do interesse da criança em todos os procedimentos relativos a ela e sobre a perspectiva de que toda criança deve ser vista como um sujeito de direitos e não meramente como um objeto de direito[950]. Além disso, a mudança de aspecto sociológico de um sequestrador sem custódia para um sequestrador com custódia, que geralmente é o principal cuidador, exige uma determinação mais individualizada e sensível à realidade destes casos à luz de uma abordagem teleológica e evolutiva das cláusulas de defesa da Convenção de Haia[951].

Neste contexto, as questões da articulação entre a Convenção de Haia e a Convenção tornam-se cruciais. Os mecanismos de proteção dos direitos humanos estabelecidos por estes dois tratados internacionais claramente se sobrepõem, pelo menos no que se refere às defesas previstas nos art.s 13 e 20 da Convenção de Haia. Em última análise, ambas as convenções preveem a restauração do *status quo* em casos de sequestro internacional, em harmonia com o melhor interesse da criança e os direitos humanos. O problema reside principalmente com a alegada "natureza excepcional" das disposições da Convenção de Haia sobre as regras de defesa contra o retorno e sua interpretação restritiva[952]. Entre o Cila de uma aplicação minimalista e automática das regras de defesa contra o retorno da convenção de Haia, o que as esvaziaria de qualquer conteúdo substantivo, e a Caríbdis de criar uma nova regra de defesa independente dos melhores interesses da criança, o que se sobreporia ao mérito da disputa de custódia, a Corte resistiu

excessivamente vago pelo qual os interesses da criança são declarados como o critério de referência nesta área". Esta declaração deve ser lida em conjunto com a visão de que o princípio do melhor interesse da criança assemelha-se "mais a um paradigma sociológico do que uma norma jurídica concreta" (para. 21).

950 art. 3 § 1 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989) reconhece um princípio de direito internacional consuetudinário que já havia sido refletido no preâmbulo da Convenção de Haia, afirmando que "Firmemente convencidos de que os interesses da criança são de suma importância nas questões relativas à sua custódia...". Isso também está de acordo com o princípio III B 2 das Diretrizes do Comitê de Ministros sobre justiça favorável às crianças, 2010, art.s 4 e 29 (a) da Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança, 1990 e as Diretrizes do ACNUR sobre a Determinação dos Melhores Interesses da Criança, 2008.

951 Ver neste sentido Câmara dos Lordes, em *re M (FC) e outro (FC) (Crianças) (FC)*, [2007] UKHL 55 e *Re D (Sequestro: Direitos de Custódia)* [2006] UKHL 51; Acórdão do Tribunal de Cassação Francês n. 04-16.942 de 14 de junho de 2005; julgamento do Tribunal de Cassação Italiano n. 10577 de 4 de abril de 2003; Tribunal Superior da Austrália, *DP v. Commonwealth Central Authority* [2001] HCA 39; Suprema Corte da Nova Zelândia, *Secretary for Justice v. HK*, julgamento de 16 de novembro de 2006; e Conclusões da Comissão Especial de 2012, para. 42

952 O Relatório Pérez-Vera, paras. 25, 34 e 116; Recomendação 4.3 da reunião de 2001 da Comissão Especial; Recomendação 1.4.2 da quinta reunião do Especial Comissão; Relatório da quinta reunião da Comissão Especial, 2006, paras. 155 e 165; e Recomendação 4.3 da quarta reunião da Comissão Especial; e 42 U.S.v. § 11601 (a) (4) ("exceções restritas"), o Departamento de Estado dos EUA, Convenção Internacional de Haia sobre Sequestro de Crianças, Texto e Análise Legal, em 10510 e o *Federal Judicial Center,* Guia de Litigio Internacional, a Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980: Um Guia para Juízes, 2012, p. 64

a ambos os perigos e escolheu a solução intermediária, que estabelece que as regras de defesa contra o retorno da Convenção de Haia determinam de maneira exaustiva o que é do melhor interesse da criança. No entanto, essas regras de defesa incluem os direitos humanos da criança. E eles devem ser levados a sério.

Ao avaliar os pedidos de restituição nos casos de sequestro internacional de crianças, a competência do tribunal, com relação ao retorno da criança, é limitada às regras de defesa baseadas no seu bem-estar, com base no disposto na Convenção de Haia de 1980. O exame detalhado e aprofundado da Convenção pode não ser, e não precisa, ser mais amplo. Basta que as regras de defesa disponíveis para o retorno sejam interpretadas de acordo com as condições sociais atuais, nomeadamente, as tendências sociológicas verificadas nos últimos anos. Esse era o objetivo do Grande Câmera há três anos: *Neulinger e Shuruk* foi um apelo para uma interpretação evolutiva e teleológica da Convenção de Haia.

Portanto, a Corte deve limitar-se a examinar se os tribunais do país anfitrião agiram em conformidade com a Convenção, mas também pode analisar se a Convenção de Haia foi adequadamente interpretada e aplicada, especialmente quando sua interpretação ignora as condições sociais cotidianas e sua aplicação esvazia grande parte de seus efeitos positivos ou mesmo prejudica seus objetivos finais[953]. De acordo com a Convenção, o sequestro de uma criança desencadeia a aplicação de uma presunção ilidível de que é do melhor interesse da criança ser devolvida, o mais rápido possível, ao país de residência habitual. Essa presunção deve ser aplicada, a não ser se houver motivos razoáveis para acreditar que os direitos humanos da criança, incluindo os direitos previstos no art. 8, estão em perigo caso ela retorne. A fim de ilidir a referida presunção, o Requerente deve alegar e provar que aceitar essa presunção conflituaria com os direitos humanos da criança, nomeadamente com seu direito à convivência familiar, e o tribunal do país anfitrião deve estar convencido de que este é o caso[954].

Embora seja axiomático que "restrições" aos direitos humanos devem ser interpretadas de forma restritiva[955], as regras de defesa contra o retorno não são,

953 Quando as autoridades nacionais aplicam os tratados internacionais, o papel da Corte limita-se a verificar se essas regras são aplicáveis e se sua interpretação é compatível com a Convenção (ver *Waite e Kennedy v. Alemanha* [CG], n. 26083/94, § 54, CtEDH 1999-I e *Korbely v. Hungria* [CG], n. 9174/02, § 72, CtEDH 2008). O mesmo se aplica à Convenção de Haia (ver *Neulinger e Shuruk*, citado acima, § 133; Šneersone, citado acima, § 85, 12 de julho de 2011; e *B v.* Bélgica, citado acima, § 60). As vezes, a Corte não critica apenas a interpretação do quadro jurídico relevante (ver *Monory*, citado acima, § 81 e *Carlson v. Suíça*, n. 49492/06, § 77, 6 de novembro de 2008), mas também a inadequação da própria legislação (ver *Iglesias Gil e A.U.I.,* citado acima, § 61).

954 O tribunal do país anfitrião não precisa necessariamente estar convencido além de qualquer dúvida razoável sobre os requisitos de retorno e as regras de defesa contra o retorno, uma vez que nada sugere que o padrão exigido de prova é qualquer coisa diferente do que o critério da maior probabilidade (ver *M.R. et L.R. v. Estônia* (dez.), citado acima, § 46, e *Re E (Crianças) (Sequestro: Recurso de Custódia)*, (2011) UKSC 27). Na verdade, a natureza provisória e sumária do procedimento de retorno fala a favor desse padrão mais leve de prova.

955 *Klass v. Alemanha*, acórdão de 6 de setembro de 1978, Série A n. 28, § 42, e o *Observer e The Guardian v. Reino Unido*, 26 de novembro de 1991, Série A, n. 216, § 59.

tecnicamente falando, "restrições" a qualquer direito humano específico. Essas regras de defesa são, à luz da Convenção, meros fundamentos para refutação de uma presunção, e elas não são, necessariamente, sujeitas a uma interpretação restritiva[956]. Assim, no caso de avaliações contraditórias da situação da criança, decorrentes de um confronto entre uma interpretação restritiva da Convenção de Haia e uma interpretação teleológica e evolutiva do mesmo texto à luz da Convenção, esta última deve prevalecer sobre a primeira. Embora, em praticamente todos os casos, a Convenção e a Convenção de Haia andem lado a lado, quando não o fazem, cabe à Convenção mostrar o caminho[957].

O efeito prático dessa linha de pensamento é que, em última instância, a Corte tem a palavra final sobre a avaliação dos melhores interesses e dos direitos humanos da criança sequestrada na Europa, seja antes da execução da ordem de retorno ou mesmo após a sua execução. Esta linha de pensamento também impacta na competência dos tribunais do país anfitrião na avaliação dos pedidos de retorno, na medida em que devem examinar a situação da criança e da família de acordo com a Convenção. Na Europa, o juiz do país anfitrião tem que interpretar os art. 12, 13 e 20 da Convenção de Haia à luz da Convenção e da jurisprudência do Tribunal. Tal análise é particularmente importante em casos de retorno a Estados que não estão sob a jurisdição da Corte, onde as partes não serão posteriormente capazes de apresentar queixas à Corte se os seus direitos no país de residência habitual forem violados[958].

Em um mecanismo internacional que não possui órgão de fiscalização para garantir a uniformidade da interpretação e implementação das obrigações das Partes signatárias e para sancionar os Estados recalcitrantes, existe um risco real de que a legislação que implementa a Convenção de Haia e a jurisprudência dos tribunais nacionais que a aplicam é muito diferente entre as Partes signatárias. A realidade provou que esse risco é muito real. A consequência amarga desta fraqueza institucional é clara: há pouco espaço para o progresso onde estas grandes discrepâncias ocorrem no funcionamento do mecanismo internacional e as autoridades nacionais são livres para dar pouco peso, ou nenhum, a interpretação da Convenção de Haia. Na ausência de qualquer revisão supranacional relevante da forma como os Estados signatários implementam, interpretam e aplicam a Convenção de Haia, os tribunais dos Estados signatários fazem como querem, às vezes ostensiva e unilateralmente, decidindo em favor da parte nacional. Esta fraqueza inerente ao mecanismo de Haia é ampliada pela terminologia jurídica ambígua e indefinida utilizada na Convenção de Haia e a falta de regras processuais sobre a conduta de procedimentos judiciais de retorno, como audiência de instrução, descoberta, ônus da prova, recursos, suspensão da execução da ordem na pendência de recurso e medidas provisórias. O efeito prejudicial de jurisprudências nacionais divergentes, contraditórias e confusas é ainda mais intensificado pelo fato de que a fase de execução da ordem de retorno não é regulamentada de forma alguma na Convenção de Haia, e mais especificamente, nenhuma base legal é fornecida para estipulações, condições ou compromissos impostos às partes ou um sistema de cooperação judiciária para a implementação de "ordens espelho"[959].

Neste contexto, o fato que a Corte é competente para averiguar se ao aplicar a Convenção de Haia os tribunais nacionais garantiram os direitos humanos estabelecidos na Convenção diminui o risco de gerar jurisprudências divergentes[960]. Além disso, a tentação do *fórum shopping* é descartada de um sistema de proteção dos direitos humanos onde todos os tribunais nacionais estão sujeitos a escrutínio por um tribunal internacional, o que garante que não haja uma interpretação injustificada em favor do progenitor sequestrador. Assim, o progresso na proteção dos direitos da criança, a confiança entre os Estados e a cooperação em situações de sequestro transfronteiriço de crianças são promovidos pela aplicação uniforme das obrigações contidas na Convenção de Haia, interpretadas à luz da Convenção, pelo menos entre as Partes signatárias da Convenção[961].

Apesar de algumas falhas sistêmicas, a Convenção de Haia já provou ser um instrumento crucial para ajudar a resolver o drama do sequestro transfronteiriço perpetrado por um dos pais da criança. Seu legado positivo é inegável e deve ser preservado e fomentado. No entanto, tanto o reconhecimento universal da supremacia do melhor interesse do menor como um princípio do direito

956 Como o Tribunal Superior da Austrália em *D.P. v. Commonwealth Central Authority*, [2001] HCA 39, o Supremo Tribunal da África do Sul em *Sonderup v. Tondelli*, 2001 (1) SA 1171 CC, e o Supremo Tribunal do Reino Unido em *Re E. (Crianças) (Sequestro: Recurso de Custódia)*, [2011] UKSC 27, corretamente concluído, não há necessidade de que as disposições de defesa sejam interpretadas de forma restrita. Nem existe alguma necessidade de um teste adicional de excepcionalidade a ser adicionado às regras de defesa (*Re M. (Crianças) (Sequestro: Direitos de Custódia)*, [2007] UKHL 55).

957 Isso não é uma raridade do sistema europeu de proteção dos direitos humanos (ver art. 34 do Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, 1989).

958 A decisão claramente desproporcional do Tribunal de Família australiano de setembro de 2009 de proibir a mãe de conversar com a própria filha em letão fala por si! Os direitos do art. 8 da criança podem ser seriamente prejudicados após o retorno a Estados não vinculados pela Convenção, sem qualquer via jurídica prática para a Requerente perante a Corte.

959 A necessidade de um protocolo adicional à Convenção de Haia que estabelecesse garantias e obrigações na fase de execução da ordem de retorno, que consagre um mecanismo vinculativo de interpretação uniforme da Convenção de Haia e de fiscalização dos Estados Partes ao cumprirem com suas obrigações é evidente. As lições aprendidas com a Convenção Europeia sobre o Reconhecimento e a Execução das Decisões Relativas à Custódia de Menores e sobre o Restabelecimento da Custódia de Menores, 1980, e a Convenção relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Proteção das Crianças, 1996, poderia fornecer alguma orientação à ele.

960 O mesmo se aplica, obviamente, ao sistema interamericano de direitos humanos, onde a Comissão Interamericana já concluiu que a realização de uma ordem de retorno na pendência de uma apelação não viola a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, portanto, revisou a decisão do tribunal argentino sobre procedimentos de retorno sob um padrão supranacional (Relatório n. 71/00, *X e Z v. Argentina*, 3 de outubro de 2000, paras. 38, 51 e 56).

961 Também não é irrelevante referir-se ao poder de persuasão da jurisprudência da Corte, que pode desempenhar um papel na forma como os países não europeus aplicam a Convenção de Haia. Por outro lado, a jurisprudência dos sistemas interamericano e africano de direitos humanos poderia também influenciam a forma como os tribunais europeus e a Corte aplicam a Convenção de Haia. Um rico diálogo poderia surgir entre os tribunais internacionais, o que promoveria o desenvolvimento de padrões jurídicos universais e o progresso dos direitos das crianças.

consuetudinário e do direito decorrente de tratados internacionais, e não um mero "paradigma social", e a consolidação de um novo padrão sociológico do progenitor sequestrador, clamam agora por uma interpretação teleológica e evolutiva da Convenção de Haia, que se reflete em primeiro lugar na construção das normas de defesa contra o retorno da criança à luz da sua situação real e de seu futuro imediato. Uma leitura restritiva das normas de defesa, com base em uma suposição desatualizada, unilateral e simplista demais em favor do progenitor deixado para trás e que ignora a situação real da criança e sua família e que prevê uma mera abordagem "punitiva" para a conduta do progenitor sequestrador, iria contra os objetivos finais da Convenção de Haia, especialmente no caso de subtração do menor por seu cuidador principal. Tal interpretação da Convenção de Haia estaria em conflito com os direitos humanos, e especialmente os direitos da criança subtraída, contidos no art. 8 da Convenção, no processo de retorno da regulado pela convenção de Haia, cuja observância, inegavelmente, se funde com o melhor interesse da criança, sem, evidentemente, ignorar a natureza urgente, sumária e preventiva do remédio legal de Haia[962].

A Aplicação da Norma Europeia aos Fatos do Caso

Está provado que os tribunais letões deixaram de considerar adequadamente a situação psicológica da criança, a situação de bem-estar da criança na Austrália e a futura relação entre a mãe e a criança se a criança fosse devolvida à Austrália[963]. À luz de *Neulinger e Shuruk*, estas falhas nos processos nacionais, por si só, teriam bastado para declarar uma violação do art. 8º, uma vez que não cumpriram com o exame "detalhado" ou, conforme o novo jargão do Grande Câmera, "eficaz" exigido pelo art. 8. Em termos práticos, a Grande Câmara voltou a aplicar o teste de *Neulinger e Shuruk*[964].

A abordagem superficial e de não intervenção dos tribunais da Letônia com relação à situação da menor, foi justamente criticada pela Grande Câmara.

962 Não estou pronto para aceitar a crítica fácil de que não podemos querer o sol na eira e a chuva no nabal, pois fazer uma investigação "aprofundada" nos procedimentos urgentes e expeditos é quase equivalente a fazer a quadratura do círculo. Em primeiro lugar, como já explicado, o objeto da investigação é limitado pela *Neulinger* ao contexto específico do pedido de retorno. Em segundo lugar, tendo tido o benefício de intervir em muitos casos de direito da família, incluindo casos envolvendo a Convenção de Haia, estou convencido de que uma investigação completa, limitada e rápida é perfeitamente viável se os juízes controlarem estritamente o seu horário. Um inquérito judicial "aprofundado" não precisa ser obtuso, mal definido e autoindulgente.

963 No caso *X. e Z. v. Argentina*, citado acima, para. 60, a Comissão Interamericana constatou que as avaliações da criança realizadas por um psicólogo e um assistente social nomeado pelo tribunal, que entrevistou os pais e a criança, não violaram o direito à justiça, procedimentos imparciais e rápidos.

964 À primeira vista, parece que a maioria se distancia dos princípios de *Neulinger e Shuruk* (ver parágrafo n. 107 do acórdão). Mas esta é uma impressão ilusória. A maioria também pede um "exame efetivo das alegações feitas por uma das partes" (ver parágrafo 118). A substituição do adjetivo "aprofundado" pelo adjetivo "efetivo" não muda muito, especialmente se levarmos em conta que a Grande Câmara ainda entende que a competência da Corte inclui a avaliação do aspecto substantivo dos "direitos humanos" da criança ao avaliar ordens de retorno (ver parágrafo 117). Em outras palavras, o presente julgamento não muda realmente o padrão de *Neulinger e Shuruk*.

Levando em consideração, por um lado, o relatório psicológico apresentado pela mãe com o intuito de suspender a execução de ordem de na pendência do recurso, mas tendo, por outro lado, ignorado o mesmo relatório ao apresentar a sentença do recurso, os tribunais nacionais não apenas se contradisseram, mas falharam ao não considerar com eficácia a conclusão do relatório com relação aos sérios riscos associados ao retorno da criança, com base no errôneo argumento que o relatório do(a) psicólogo(a) não servia como prova para negar o retorno da menor[965]. A maneira traumatizante em que a decisão do Tribunal Regional de Riga foi executada e as amplas limitações impostas quanto ao contato da mãe com sua filha pela decisão claramente punitiva do tribunal de família australiano, levaram a maiores e lamentáveis consequências quanto ao tratamento inadequado que os tribunais letões tiveram com o caso. Eles falharam em organizar o retorno físico da criança e examinar se salvaguardas eficazes com relação aos seus direitos tinham sido implementadas na Austrália e se a mãe tinha condições de manter contato com sua filha no caso de retorno e, se apropriado, para tornar tal retorno contingente, com base em obrigações, estipulações ou ordens, com o intuito de não dificultar ou restringir significativamente o contato da mãe com a criança[966].

Pior ainda, os tribunais letões aceitaram uma decisão do tribunal australiano que estabelece a custódia conjunta da Requerente e T. com efeito desde o nascimento de E., apesar do fato que a Requerente e T. não eram casados, a certidão de nascimento da criança não mencionava o nome do pai e a criança nasceu enquanto a mãe ainda era casada com outro homem. A decisão australiana foi tomada após a remoção da criança de território australiano e com efeito retroativo. Aparentemente, com base nos arquivos do caso, a decisão australiana foi fundada em fotografias, e-mails impressos e apenas o testemunho de T. Não foram realizados testes de paternidade[967]. Não houve a oitiva de testemunhas. Em outras palavras, os tribunais nacionais da Letônia nem mesmo consideraram se as condições para a aplicação da Convenção de Haia foram cumpridas, ou seja, se eles estavam lidando com uma subtração de menores de acordo com a Convenção de Haia[968].

965 Omissões semelhantes foram censuradas em *B. v.* Bélgica, citado acima, § 72 e *Sneersone*, citado acima, § 95.

966 Como ocorreu em *Sylvester v. Áustria*, n. 36812/97 e n. 40104/98, 24 de abril de 2003, e em *Mattenklott*, citado acima.

967 No processo *Mattenklott v. Alemanha*, citado acima, a ordem de retorno foi baseada em um teste de paternidade feita pelo pai solteiro e a presunção de exercício dos direitos de custódia na época de afastamento decorrente do acesso ocasional do pai à criança antes desse momento.

968 Os chamados direitos incipientes de custódia da criança foram objeto de dois casos na Corte. Em *Balbontin v. O Reino Unido*, n. 39067/97, 14 de setembro de 1999, a Corte confirmou a interpretação dos tribunais nacionais no sentido de que mesmo que eles concedessem ao Requerente solteiro a responsabilidade parental após o afastamento da criança do Reino Unido, isso não tornaria a remoção da criança ilegal *ex post facto*. Em *Guichard v. França*, n. 56838/90, 2 de setembro de 2003, a Corte julgou inadmissível o recurso feito por um pai solteiro que não tinha direitos de custódia quando a criança foi removida da França, embora tenha reconhecido oficialmente seu filho antes do nascimento. Com base nessa jurisprudência, o TJCE julgou um caso semelhante em que um pai solteiro não tomou medidas para obter direitos de custódia antes da remoção da criança do país de residência habitual. A remoção da criança para outro país representou "o exercício legítimo, por parte da mãe da custódia da criança, do próprio direito de livre

Na realidade, é óbvio que os fatos do caso em questão não correspondem a um sequestro de criança, já que T. não tinha nenhum direito parental, muito menos direitos de custódia "imediatamente antes da remoção" da criança da Austrália, conforme exige o art. 3 (a) da Convenção de Haia. Oficialmente a Requerente era uma mãe solteira e a criança não tinha pai registrado quando ambos deixaram a Austrália em 17 de julho de 2008. Desde o dia do nascimento da criança até o dia em que deixou a Austrália, T. não só falhou em reconhecer oficialmente sua paternidade, mas até negou sua paternidade perante as autoridades públicas australianas. T. só solicitou e ganhou "direitos de custódia" após a remoção da criança, o que significa que no momento da remoção a mãe era *de jure* a única pessoa que possuía responsabilidade parental, incluindo direitos de custódia, sobre a criança. A decisão do tribunal australiano de 6 de novembro de 2008 não poderia ser interpretada de forma a contornar o requisito de tempo do art. 3 (a) da Convenção de Haia e para substanciar *ex post facto* uma reivindicação de retorno infundada[969].

Conclusão

Levar os direitos humanos a sério exige que a Convenção de Haia opere de forma a preservar o melhor interesse da criança, objetivando a prevenção do sequestro internacional de crianças, não só a longo prazo, mas também no curto prazo quanto ao melhor interesse de cada criança que está sujeita aos procedimentos de retorno de Haia. Justiça para crianças, mesmo justiça sumária e provisória, só pode ser alcançada quando é feita uma análise total do caso em questão, ou seja, das circunstâncias reais de cada criança envolvida. Apenas uma avaliação profunda ou "eficaz" da situação da criança no contexto específico do pedido de retorno pode fornecer tal justiça. Em termos simples, *Neulinger e Shuruk* está vivo e bem vivo. Foi e continua sendo uma decisão que estabelece princípios jurídicos válidos, não um ato efêmero e caprichoso de "compaixão jurídica".

No caso específico em questão, os tribunais nacionais não apenas renunciaram a uma avaliação aprofundada ou "eficaz" da situação da criança, mas ainda

circulação, estabelecido em art. 20(2)(a) TFUE e art. 21(1) TFUE e do seu direito de determinar o local de residência da criança" (*J. McB. v. L. E.,* C-400/10 PPU, acórdão de 5 de outubro de 2010, para. 58). Finalmente, em *In Re J. (Uma Criança) (Sequestro: Direitos de Custódia)* [1990] 2 AC 562, a Câmara dos Lordes considerou que a custódia de fato não é suficiente para corresponder aos direitos de custódia para os fins da Convenção de Haia. Desde que no momento da remoção a mãe tivesse custódia única da criança, a posterior atribuição dos direitos de custódia ao pai registrado não poderia tornar a remoção errada. Os tribunais do Reino Unido não estavam vinculados à decisão do tribunal australiano neste respeito. Em *Re D (Uma Criança) (Sequestro: Direitos de Custódia)* [2007] 1 AC 619, Baronesa Hale endossou claramente *In Re J* como a autoridade nesta área.

969 Esta conclusão não é invalidada pela declaração da Autoridade Central Australiana de que no momento da remoção da criança da Austrália T. tinha responsabilidade parental conjunta sobre E. Em primeiro lugar, essa declaração não vinculava as autoridades letãs. Em segundo lugar, uma vez que o conceito de "direitos de custódia" tem um significado autônomo na Convenção de Haia, a declaração australiana não pode, nas circunstâncias únicas do caso e à luz da Convenção, atribuir "direitos de custódia" a T. com a finalidade de acionar o mecanismo da Convenção de Haia.

falharam, primeiramente, em verificar as condições de aplicabilidade da Convenção de Haia. Simplesmente não havia base legal para a interferência com o direito da Requerente à vida familiar com sua filha, sendo a subtração da menor da Letônia a única ilegalidade no presente caso. Portanto, eu considero que há uma violação do art. 8 da Convenção.

A Cooperação Jurídica Internacional em Diálogo com os Direitos Humanos nos Casos de Abdução Infantil: Comentários ao Voto Concorrente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque no Caso "X. V. Letônia"

Ana Cláudia Ruy Cardia Atchabahian[970]

Introdução

Desafio. Este é o sentimento ao tecer comentários ao voto concorrente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque no Caso "X v. Letônia", decidido em 26 de novembro de 2013 pela Grande Câmara (*Grand Chamber*) da Corte Europeia de Direitos Humanos. Isso porque o magistrado daquela Corte Regional de Direitos Humanos, também Catedrático da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa[971] e com ampla experiência internacional, apresenta, em um único documento, vasto conhecimento sobre a Convenção Europeia de Direitos Humanos (também denominada neste trabalho de "Convenção Europeia")[972], o que se comprova a partir de sua leitura conjunta com outros instrumentos de Direito Internacional, neste caso, a saber, a Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, de 1980 (também denominada neste trabalho como "Convenção da Haia"), a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, além de regras do Direito Comunitário Europeu.

970 Doutora e Mestre em Direito Internacional pela PUC-SP. Professora de Direito Internacional Privado e Coordenadora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Advogada em São Paulo. Conselheira da Academia Latino-Americana de Direitos Humanos e Empresas, vinculada à Global Business and Human Rights Scholars Association. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/SP. Coordenadora do Grupo de Estudos "Mack DH&E: Direitos Humanos e Empresas" e do Grupo de Estudos "Pessoas Invisíveis: Prevenção e Combate ao Tráfico Interno e Internacional de Seres Humanos", ambos da UPM.

971 UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA. *Paulo Pinto de Albuquerque*. Disponível em: <https://fd.lisboa.ucp.pt/pt-pt/pessoa/paulo-pinto-de-albuquerque >. Acesso em: 05 mai. 2021.

972 Comprovada também por meio de seu extenso rol de publicações, disponível em: UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA. *CV- Paulo Pinto de Albuquerque*. Disponível em: < https://fd.lisboa.ucp.pt/pt-pt/system/files/cv-paulo-pinto-de-albuquerque.pdf >. Acesso em: 05 mai. 2021.

A desenvoltura em apresentar leitura sistêmica do Direito Internacional, sobretudo a partir da menção a decisões proferidas por cortes oriundas dos demais Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos, dos tratados estabelecidos no seio do Sistema Global de proteção aos direitos humanos (notadamente da Organização das Nações Unidas – "ONU") e de sua apresentação em conjunto com o desenvolvimento da temática da abdução infantil[973] perante o Direito Europeu reforçam o desafio ora mencionado. Quais os principais aspectos a se comentar diante de tamanha sabedoria?

O presente trabalho, assim, se furta a apresentar os aspectos mais marcantes do voto concorrente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque no caso supramencionado, dividindo-se em três partes, a saber: (i) breve estudo sobre a abdução infantil perante a Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, com a recente interpretação de seus pressupostos à luz dos trabalhos da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado; (ii) diálogo entre temas de Direito Internacional Privado com os Direitos Humanos, a partir da interpretação da Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças à luz da Convenção Europeia e da Convenção sobre os Direitos da Criança[974]; (iii) Direitos Humanos como pressuposto na análise de casos de abdução infantil pelo Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos, sobretudo a partir do voto concorrente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque no caso "X. v. Letônia".

O presente trabalho se vale do método dedutivo para o alcance das principais conclusões, sendo estruturado a partir de metodologia bibliográfica e documental de fontes primárias e secundárias.

1. Abdução Infantil e a Convenção da Haia Sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças: Breves Apontamentos e Desenvolvimentos Recentes

A abdução infantil ou sequestro internacional de crianças se define a partir da retirada, transferência e retenção ilícitas e indevidas de criança ou adolescente menor de idade de seu país de residência habitual para outra jurisdição por parte de um de seus genitores ou de quem quer que detenha seu direito de guarda. Referida interpretação se dá a partir da redação da Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, estabelecida em 1980 pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, organização internacional de natureza

973 Os termos "sequestro internacional de crianças" e "abdução infantil" serão considerados sinônimos no presente trabalho.

974 Os termos "Direitos Humanos" e "Direito Internacional dos Direitos Humanos" serão considerados sinônimos no presente trabalho.

permanente com sede na Haia, Holanda (DOLINGER, 2011, p. 235).

O tratado em comento, parte de uma iniciativa da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado de uniformizar progressivamente normas deste ramo do Direito Internacional (DOLINGER, 2011, p. 238) e com foco cada vez maior na proteção de crianças e adolescentes (MARTINS, 2018, p. 360), conta atualmente com 101 signatários[975], dentre eles o Brasil (BRASIL, 2000).

A partir de referida norma internacional, deve ser garantido, nos casos reconhecidos de abdução infantil, o retorno imediato do(a) menor ao seu país de residência habitual, a fim de que seja possível, neste Estado, a discussão judicial sobre os pressupostos meritórios de sua guarda (JORGE, 2018, p. 128), não sendo excluídos os eventuais direitos de visita (art. 5° da Convenção da Haia).

Destacam-se na Convenção da Haia os artigos. 12 e 13, respectivamente relacionados à regra de retorno imediato do(a) menor ao Estado de residência habitual, assim como à possibilidade excepcional de permanência no Estado para o qual o(a) menor foi abduzido(a). Assim, o retorno imediato do(a) menor abduzido(a) deve ser reclamado pelo(a) genitor ludibriado(a) em período inferior a um ano; caso o prazo seja extrapolado, seu retorno apenas será permitido se restar comprovado que a criança não se encontra integrada em seu novo meio (art. 12). Ademais, se houver provas de que (i) a pessoa que detinha o direito de guarda não o exercia efetivamente no momento da abdução; (ii) a criança, em seu retorno, ficará sujeita a eventuais riscos de ordem física, psíquica, ou mesmo se encontre em situação intolerável; e (iii) a criança tenha maturidade suficiente para negar seu retorno, devendo sua palavra ser ouvida e considerada pela autoridade judiciária ou administrativa competentes, deve o(a) menor também permanecer no Estado para o qual foi abduzido(a) (art. 13).

Em relação ao último artigo, deve ser apontada controvérsia existente no art. 13, 1, "b", sobretudo em relação às possíveis interpretações ao que viriam a ser os possíveis riscos de ordem física e/ou psíquica do(a) menor. Neste caso, em 2020, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado lançou um Guia de Boas Práticas para garantir a uniformidade interpretativa por parte de magistrados(as) de Estados signatários da Convenção da Haia ora sob análise (THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 2020).

A partir da redação de referido documento, compreende-se que a exceção ao retorno do(a) menor ora apresentada não deve prosperar apenas quando este(a) sofrer diretamente eventual tipo de violação ou mesmo estiver diante de tal risco, podendo tal ameaça também se estender à pessoa que o(a) abduziu. Ademais, quanto ao "risco grave" apresentado pelo artigo ora sob análise, este não deve ser confundido com o perigo apresentado à criança, mas sim que o risco, em si, seja real, não sendo possível que uma criança venha a tolerá-lo, independentemente das circunstâncias do caso concreto. Tais medidas, por fim, devem ser consideradas pelo(a) magistrado(a) responsável pelo caso de maneira prospectiva, ou seja, a partir da eventualidade de retorno da criança para sua jurisdição de residência habitual e da capacidade das autoridades daquele Estado para garantir sua plena proteção, sem que sejam considerados supostos comportamentos negativos prévios do(a) genitor(a) ludibriado(a) (THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 2020, p. 26-27).

975 THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Assinaturas e Ratificações*. 28: Convenção sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/status-table/?cid=24>. Acesso em: 05 mai. 2021.

Sendo assim, o Guia de Boas Práticas estabelece etapas de análise por parte dos(as) magistrados(as) dos Estados receptores do(a) menor abduzido(a), devendo ser: (i) consideradas as características típicas do caso concreto, não sendo aceitas alegações amplas ou genéricas; e (ii) considerado todo o conjunto probatório apresentado, acrescido da verificação de capacidade do Estado de residência habitual do(a) menor para recepcioná-lo(a) de maneira suficientemente protetiva. Se nos dois passos essenciais a autoridade judiciária do Estado receptor entender que a criança efetivamente está diante de riscos graves em seu retorno ao país de residência habitual, deve o art. 13, 1, "b" da Convenção da Haia ser aplicado em sua plenitude (THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 2020, p. 31-32).

Dessa maneira, entende-se que a Convenção da Haia ora sob análise objetiva primordialmente proteger o(a) menor de quaisquer espécies de abusos resultantes de sua condição de vulnerabilidade ante o poder exercido por aqueles(as) que detêm seu direito de guarda. A partir de referida constatação, faz-se de fundamental importância analisar a conexão do tratado em comento com a proteção e os pressupostos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. É, assim, o que se verá a seguir.

2. Direito Internacional Privado em Diálogo com a Dignidade Humana: Interpretação da Convenção da Haia à Luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos

As disposições da Convenção da Haia quanto ao regresso imediato da criança ao seu Estado de residência habitual foram, como vistas, estabelecidas a partir da consideração de que o(a) menor é sujeito de direitos que merece, prioritariamente, atenção e cuidados não apenas por parte de seus familiares ou de quem quer que detenha seu direito de guarda, mas também dos Estados envolvidos na garantia de seu bem-estar e de seu arcabouço de direitos internos e internacionais assegurados.

É esta, portanto, a razão de ser da expressão "interesses da criança", trazida

no preâmbulo do tratado em comento (BRASIL, 2000). Assim, não restam dúvidas de que o melhor interesse do(a) menor, portanto, é pressuposto de construção e de interpretação da Convenção da Haia, seja no que tange ao seu retorno (MARTINS, 2018, p. 359), seja quanto à sua permanência em casos excepcionais analisados à luz de referido tratado e de seu respectivo Guia de Boas Práticas.

Isto posto, cumpre observar que o instrumento normativo que visa coibir a abdução infantil, não obstante consistir em tratado voltado à cooperação jurídica internacional – e, portanto, diretamente relacionado ao Direito Internacional Privado (CARVALHO RAMOS, 2018, p. 91) -, tem claro viés protetivo típico do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Portanto, qualquer análise de suas disposições feita sob uma ótica meramente processual pode resultar em decisões dissociadas da realidade de um Direito Internacional Privado "como um ramo do Direito que participa igualmente da tarefa de formação da sociedade" (ARAUJO, 2018, p. 32), ainda que esta disciplina, em sua gênese, nunca tenha, necessariamente, dependido "da vigência de tratados para promover a proteção da pessoa" (VASCONCELLOS, 2016, p. 285). Ademais, a partir de uma "perspectiva humanista de justiça", o indivíduo deve ser o ente central de todos os direitos, independentemente de sua natureza (CARVALHO RAMOS, 2021, p. 130) e do ramo do Direito a que as questões apresentadas estão sendo debatidas.

Não se deve também olvidar que o artigo 20 da Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças preconiza que o regresso do(a) menor ao seu Estado de residência habitual poderá ser negado na eventualidade de haver violação aos seus direitos e garantias fundamentais (BRASIL, 2000). Considerando-se que o Direito Internacional Privado, fundamentado em suas bases no respeito à Ordem Pública dos Estados – e em sua justa interpretação por parte dos(as) magistrados(a) (DOLINGER, 2011, 402) em um determinado período histórico (RECHSTEINER, 2015, p. 197) , deve também se atentar para o respeito aos direitos fundamentais (ABADE, 2013, p. 104), torna-se impossível dissociar o conjunto normativo de referida disciplina à necessária e universal proteção dos Direitos Humanos na ordem internacional (CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 110).

Sobre tal correlação, são também válidas as palavras de André de Carvalho Ramos (2021, p. 131):

> "(...) o direito internacional privado não escapa à essa orientação geral inerente a todos os ramos do direito, com uma particularidade adicional: além do debate geral sobre justiça na aplicação de suas próprias normas, a disciplina ainda deve analisar a justiça na aplicação da lei estrangeira eventualmente incidente sobre um fato transnacional".

Relevante, também neste sentido, posicionamento de Raphael Carvalho de Vasconcellos (2015, p. 52), ao afirmar que o Direito Internacional Privado "nunca consubstanciou conjunto de normas exclusivamente procedimentais", de maneira que a "perspectiva material se mostra determinante à compreensão da relação da técnica com o discurso dos direitos humanos e de seu papel na evolução da proteção do ser humano pelo direito".

Dessa forma, a letra posta da Convenção da Haia ora sob análise deve ser lida em conjunto com os direitos e garantias fundamentais dos Estados envolvidos, com o Direito Internacional dos Direitos Humanos – tanto no Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos (FACHIN, 2015, p. 365) quanto nos Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos (PIOVESAN, 2015, p. 99) – e com o arcabouço normativo que fundamenta a Ordem Pública dos Estados envolvidos nas demandas judiciais e administrativas de abdução infantil. Trata-se, assim de interpretação internacionalista das normas internacionais de Direito Internacional Privado (CARVALHO RAMOS, 2015, p. 29), que deve ser preconizada nos casos concretos de abdução infantil.

A correta aplicação da Convenção da Haia em conjunto com interpretação vinculada aos Direitos Humanos permite, assim, a proteção jurídica do(a) menor abduzido e, por último, mas não menos importante, outro direito fundamental e humano, qual seja, o acesso à justiça (VIEIRA, 2015, p. 294). Assim, é essencial que o melhor interesse da criança seja aquele consagrado sobretudo na Convenção sobre os Direitos da Criança, que entrou em vigor internacionalmente em 1990 e que conta com o maior número de Estados signatários no planeta (CARVALHO RAMOS, 2019, p. 243).

Considerando que o presente trabalho tem como foco principal a análise do voto concorrente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque no Caso "X. v. Letônia", julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 2013[976] e que envolve, primordialmente, a leitura da Convenção da Haia à luz da Corte Europeia de Direitos Humanos, será feita no item seguinte a análise do caso em comento, bem como do voto que originou as discussões até então analisadas.

3. Direitos Humanos como Pressuposto: a Abdução Infantil no Sistema Europeu De Direitos Humanos E O Voto Concorrente Do Juiz Paulo Pinto De Albuquerque No Caso "X. V. Letônia"

O Caso "X. v. Letônia", decidido pela Grande Câmara da Corte Europeia de Direitos Humanos em 2013, traz à tona a discussão sobre a interpretação da Convenção da Haia à luz da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Em síntese, a demanda faz referência ao pedido feito pela Sra. X. à Corte Europeia de Direitos Humanos em função da violação ao artigo 8° da Convenção

976 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of X. v. Latvia.* Grand Chamber. Application n° 27853/09. Judgment of November 26th, 2013. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-138992%22]}>. Acesso em: 05 mai. 2021.

Europeia, relacionado ao direito ao respeito pela vida privada e familiar (PIOVESAN, 2008, p. 1432), a partir de decisão do tribunal letão que determinou o retorno imediato de sua filha - por ela supostamente abduzida - à Austrália, seu Estado de residência habitual, sem que houvesse a devida análise do preenchimento dos pressupostos contidos na Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças.

Dentre os fatos do caso destaca-se o argumento central: a Sra. X., nacional da Letônia e com dupla nacionalidade australiana, deu à luz sua filha enquanto residia na Austrália, vivendo em regime de convivência com seu companheiro. Este, contudo, não constava dos registros de nascimento da menor, tendo tampouco havido quaisquer elementos ou testes que confirmassem sua paternidade ou mesmo demonstração de interesse por parte do companheiro de registrá-la como tal. Dessa maneira, a Sra. X. era, oficialmente, a única a deter os direitos de guarda de sua criança[977].

Em 2008, a Sra. X. deixou a Austrália com sua filha de volta à Letônia, em situação que, no entender de seu convivente, se configurou como abdução infantil. Este, por sua vez, buscou as cortes australianas não apenas para ter seu direito de paternidade reconhecido, mas também para demandar o retorno imediato de sua suposta filha para a Austrália, por força do disposto na Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças. Após cooperação jurídica internacional entre as duas jurisdições supramencionadas, os tribunais letões entenderam pelo retorno imediato da menor à Austrália, em violação à Convenção da Haia por parte da Sra. X. Após o retorno da menor ao Estado de residência habitual, seu direito de guarda, na Austrália, foi totalmente garantido ao companheiro da Sra. X., tendo esta contato com sua filha apenas sob a presença de agentes daquele Estado[978].

Após decisão da Terceira Sessão da Corte Europeia de Direitos Humanos, o caso foi remetido à Grande Câmara. Para a reavaliação do pedido de violação ao artigo 8° da Convenção Europeia foram analisados, além dos dispositivos da Convenção da Haia, os artigos da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Após a consideração dos fatos do caso e dos argumentos apresentados pelas partes e por partes interessadas, a Grande Câmara decidiu que a análise feita pelos tribunais letões e que ensejou o retorno da criança à Austrália foi atentatória ao art. 8° da Convenção Europeia. Como argumentos, contudo, a maioria dos(as) magistrados(as) da Grande Câmara concordou, nos parágrafos 105 a 108 de aludida sentença, que o teste consagrado no Caso "Neulinger and Shuruk v. Suíça",

977 Idem, parágrafos 9 a 12.

978 Ibidem, parágrafos 13 a 33.

julgado por aquela mesma Corte em 2010[979] (e que traz determinações de ordem prática e interpretativa da Convenção da Haia à luz do art. 8° da Convenção Europeia), não deveria ser interpretado pelas cortes internas europeias ao decidir casos de abdução infantil.

Em seu voto concorrente, contudo, o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque fez questão de frisar o oposto. Inicialmente, apresentou o teste previsto nos parágrafos 138 e 139 da decisão do Caso "Neulinger and Shuruk v. Suíça" a saber: (i) deve haver, primeiro pelos tribunais internos dos Estados envolvidos em casos de abdução e membros do Sistema Europeu de proteção aos Direitos Humanos, análise da convenção da Haia à luz do disposto no art. 8° da Convenção Europeia, sobretudo se considerado o melhor interesse da criança no caso concreto e também em diálogo com o sistema Onusiano de proteção à criança; e (ii) a Corte Europeia de Direitos Humanos, se acionada no caso de suposta violação da Convenção Europeia, verificará se as cortes domésticas aplicaram o primeiro teste e, em caso positivo, confirmará se aquelas também o fizeram a partir de uma avaliação detalhada de toda a relação familiar do(a) menor, considerando uma série de fatores "factuais, emocionais, psicológicos, materiais e de natureza médica", realizando, assim, uma avaliação dos interesses de cada parte envolvida na demanda, e, por fim, determinando "qual a melhor solução para a criança abduzida no contexto de uma demanda de retorno para seu país de origem"[980].

A partir de referido teste, o magistrado avaliou, à luz dos argumentos apresentados nos itens anteriores, que a Corte Europeia de Direitos Humanos, em sua decisão no Caso "X. v. Letônia", apesar de acertadamente decidir pela violação ao art. 8° da Convenção Europeia, desencorajou os tribunais domésticos a fazer avaliação mais aprofundada não apenas dos pressupostos processuais previstos na Convenção da Haia, mas principalmente à luz dos ditames vinculados aos Direitos Humanos previstos na Convenção dos Direitos da Criança e, também, do tratado que orienta o próprio Sistema Europeu de proteção aos Direitos Humanos.

Destaca-se, neste caso, relevante consideração do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque:

> "Assim, no caso de avaliações contraditórias da situação da criança, decorrentes de um confronto entre uma interpretação restritiva da Convenção da Haia e uma interpretação teleológica e evolutiva do mesmo texto à luz da Convenção, esta última deve prevalecer sobre a primeira. Embora, em praticamente todos os casos, a Convenção [Europeia] e a Convenção da Haia andem lado a lado, quando não o fazem, cabe à Convenção [Europeia] mostrar o caminho"[981].

979 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Neulinger and Shuruk v. Switzerland.* Grand Chamber. Application n° 41615/07. Judgment of July 6th, 2010. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Neulinger%20and%20Shuruk%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-99817%22]}>. Acesso em: 05 mai. 2021.

980 Idem, parágrafos 138 e 139.

981 Voto concorrente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque, constante do mesmo documento que compõe a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos no Caso "X v. Letônia". EUROPEAN COURT OF HU-

Dessa maneira, a decisão do magistrado ora homenageado se constitui em importante referência para juízes(as) e demais aplicadores(as) do Direito Internacional, sobretudo na consideração de uma leitura evolutiva dos instrumentos de Cooperação Jurídica Internacional (e, consequentemente, do Direito Internacional Privado) em conjunto com as normas que compõem o arcabouço normativo constituinte do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ao avaliar a Convenção da Haia a partir de uma interpretação "teleológica e evolutiva", o magistrado consagra a proteção do melhor interesse da criança "à luz de sua situação real e de seu futuro imediato".

Para o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque, portanto, o tribunal letão falhou em dois momentos: (i) ao desconsiderar a própria letra da Convenção da Haia no caso concreto, não avaliando corretamente suas disposições ante o fato de que a criança envolvida não tinha relação prévia de direito de guarda junto ao companheiro da Sra. X.; e (ii) ao não promover a leitura dos dispositivos daquele artigo em consonância com a urgente e necessária proteção dos direitos da criança ante o rol de direitos internacionalmente consagrados.

Conclusões

O presente trabalho teve por objetivo tecer breves comentários ao voto concorrente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque no Caso "X. v. Letônia", decidido pela Grande Câmara da Corte Europeia de Direitos Humanos em 26 de novembro de 2013.

Ainda que na ocasião não tivesse havido a publicação do Guia de Boas Práticas da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado sobre a interpretação do artigo 13, 1, "b" da Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, a decisão do magistrado e catedrático ora homenageado tangenciou o pressuposto interpretativo de todos os tratados de cooperação jurídica internacional: sua leitura no caso concreto em conjunto com a proteção aos Direitos Humanos e, sobretudo, a partir de um viés de efetivo acesso à justiça.

O Direito Internacional Privado, como visto, se sustenta primordialmente em relações humanas. Os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais, assim, são pressupostos e alicerces de um Direito Internacional Privado calcado sob as bases da Ordem Pública Internacional, servindo também como garantidores dos tratados de Cooperação Jurídica Internacional.

O fim último da Cooperação Jurídica Internacional deve ser o efetivo acesso à justiça, que se reveste de características intrinsecamente relacionadas à dignidade humana. Assim, prescindir dos Direitos Humanos para ler normas de Direito Internacional traduz-se em erro interpretativo de pressuposto. O Juiz Paulo Pinto de Albuquerque, em seu voto concorrente no Caso "X. v. Letônia", traz aos(às) internacionalistas (e aos(às) demais aplicadores(as) do Direito) preciosa lição sobre a interpretação de tratados de Cooperação Jurídica Internacional à luz dos Direitos Humanos, com olhar holístico e sistêmico aos Sistemas Global e Regionais de Proteção.

O Direito Internacional, a partir da perspectiva colacionada pelo magistrado e catedrático homenageado nesta obra, deve ser uno, com a garantia da universalidade de pressupostos a partir do ser humano. Não obstante os diferentes *approaches* dos instrumentos normativos apresentados, os Direitos Humanos são – e sempre serão – o elemento unificador das relações sociais – e, sobretudo, daquelas que envolverem menores, como no caso do sequestro internacional de crianças.

MAN RIGHTS. *Case of X. v. Latvia.* Grand Chamber. Application n° 27853/09. Judgment of November 26th, 2013. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-138992%22]}>. Acesso em: 05 mai. 2021.

Referências

ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na Cooperação Jurídica Inter*nacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. *Decreto n° 3.413, de 14 de abril de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm>. Acesso em: 05 mai. 2021.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CARVALHO RAMOS, André de. *A construção do Direito Internacional Privado no Século XXI*: heterogeneidade e coerência. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

_____. *Curso de Direitos Humanos*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. Direito Internacional Privado e a ambição universalista. *Panorama do Direito Internacional Privado e outros temas contemporâneos*: Festschrift ao Professor Jacob Dolinger. TIBÚRCIO, Carmen. VASCONCELLOS, Raphael. MENEZES, Wagner (Orgs.). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

CARVALHO RAMOS, André de (Org.) *Direito Internacional privado:* questões controvertidas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

CARVALHO RAMOS, André. ARAUJO, Nadia de (Org.). *A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e seus impactos na sociedade:* 125 anos (1893-2018). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

CARVALHO RAMOS, André de. MENEZES, Wagner (Org.) *Direito Internacional Privado e a nova Cooperação Jurídica Internacional.* Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Neulinger and Shuruk v. Switzerland.* **Grand Chamber. Application n° 41615/07. Judgment of July 6th, 2010. Disponível em:**

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Neulinger%20and%20Shuruk%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-99817%22]}>. Acesso em: 05 mai. 2021.

_____. *Case of X. v. Latvia.* **Grand Chamber. Application n° 27853/09. Judgment of November 26th, 2013. Disponível em:**

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-138992%22]}>. Acesso em: 05 mai. 2021.

FACHIN, Melina Girardi. *Direitos Humanos e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

JORGE, Mariana Serbalhos. *A residência habitual no Direito Internacional Privado*. Belo Horizonte: Arraes,

2018.

MARTINS, Natalia Camba. O pioneirismo da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado na proteção à infância.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flávia (Org.). *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos anotado*. São Paulo: DPJ Editora, 2008.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado*: teoria e prática. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Assinaturas e Ratificações*. 28: Convenção sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/status-table/?cid=24>. Acesso em: 05 mai. 2021.

_____. *Guide to Good Practice under the Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of the International Child Abduction*. Part VI. Article 13(1)(b). The Hague: The Hague Conference on Private International Law. 2020. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/225b44d3-5c6b-4a14-8f5b-57cb370c497f.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2021.

TIBÚRCIO, Carmen. VASCONCELLOS, Raphael. MENEZES, Wagner (Orgs.). *Panorama do Direito Internacional Privado e outros temas contemporâneos*: Festschrift ao Professor Jacob Dolinger. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA. *CV- Paulo Pinto de Albuquerque*. Disponível em:

<https://fd.lisboa.ucp.pt/pt-pt/system/files/cv-paulo-pinto-de-albuquerque.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2021.

_____. *Paulo Pinto de Albuquerque*. Disponível em: <https://fd.lisboa.ucp.pt/pt-pt/pessoa/paulo-pinto-de-albuquerque >. Acesso em: 05 mai. 2021.

VASCONCELLOS, Raphael Carvalho de. O Direito Internacional Privado e a proteção do ser humano: a falácia da novidade. *Direito Internacional privado:* questões controvertidas. CARVALHO RAMOS, André de (Org.). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

VIEIRA, Andréia Costa. A Cooperação Jurídica Internacional numa era de defesa dos Direitos Humanos. *Direito Internacional Privado e a nova Cooperação Jurídica Internacional.* CARVALHO RAMOS, André de. MENEZES, Wagner (Org.). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

VIII. Direito à Nacionalidade
Caso Ramadan v. Malta
Opinião Dissidente do Juiz Pinto De Albuquerque

1. Discordo das conclusões da Câmara sobre o mérito. Para mim, houve uma violação do Artigo 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos ("a Convenção"), tendo em vista a medida injustificada e draconiana tomada pelas autoridades nacionais contra o requerente. As características do presente caso são únicas na história da Corte Europeia de Direitos Humanos ("a Corte"). O caso diz respeito à revogação da cidadania do requerente, que ele havia obtido em 19 de abril de 1994 como resultado de seu casamento com uma cidadã maltesa. Tal cidadania foi revogada mais de treze anos depois, com base no fato de que uma corte nacional havia anulado o referido casamento ao considerar que o único motivo do requerente para se casar tinha sido permanecer em Malta e obter a cidadania maltesa. Além de minhas sérias dúvidas quanto à exatidão da sentença de anulação, tenho reservas, por princípio, à avaliação da maioria sobre a justiça do procedimento de revogação e sobre a proporcionalidade da ordem de revogação, tendo em vista a consequente apatridia do requerente, o risco de sua iminente expulsão de Malta e o impacto sobre sua vida familiar[982]. Embora este caso tivesse todos os ingredientes para que a Corte revisitasse sua ainda insuficiente

982 Em nome da exatidão terminológica, os conceitos de cidadania e nacionalidade são equiparados nesta opinião, como tem sido a prática da Corte e do Conselho da Europa. Como se afirma em uma nota de rodapé do relatório explicativo da Convenção Europeia sobre Nacionalidade: "A maioria dos países da Europa Central e Oriental usa o termo 'cidadania', que tem o mesmo significado que o termo 'nacionalidade' usado na Convenção Europeia sobre Nacionalidade e pela maioria dos Estados da Europa Ocidental". Além disso, considerarei um apátrida alguém que "não seja reconhecido como nacional por nenhum Estado sob a operação de sua lei", como previsto no Artigo 1 da Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Apátridas de 1954. Esta definição, que diz respeito aos apátridas *de jure*, é parte do direito internacional consuetudinário. Atualmente, não há uma definição comum de apátrida de fato. Na Reunião de Peritos de 2010 do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados ("ACNUR") sobre o conceito de apátridas, os apátridas de fato foram definidos como "pessoas fora do país de sua nacionalidade que não podem ou, por razões válidas, não estão dispostas a se valer da proteção daquele país". Ver Diretrizes do ACNUR sobre apátridas n. 1: "A definição de 'Apátridas' no Artigo 1(1) da Convenção de 1954 relativa ao Estatuto dos Apátridas", HCR/GS/12/01, 20 de fevereiro de 2012, e "ACNUR e Apátridas de Facto", por Hugh Massey, LPPR/2010/01, abril de 2010.

jurisprudência sobre o direito à cidadania, infelizmente a Câmara não aproveitou a oportunidade. Esperamos que a Grande Câmara da Corte o faça a pedido do requerente e, finalmente, que afirme a existência de um direito autônomo à cidadania protegido pela Convenção.

O Direito à Cidadania no Direito Internacional dos Direitos Humanos

2. O artigo 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos ("DUDH") de 1948 estabelece que "toda pessoa tem direito a uma nacionalidade" e que "ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade nem lhe será negado o direito de mudar sua nacionalidade". Um reconhecimento semelhante da cidadania como um direito fundamental pode ser encontrado em outros instrumentos jurídicos universais e regionais, tais como os Artigos 1 a 3 da Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher Casada (adotada em 1957 e em vigor desde 1958)[983], o Artigo 24 (3) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos ("PIDCP") (adotado em 1966 e em vigor desde 1976)[984], o Artigo 9 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (adotada em 1979 e em vigor desde 1981)[985], Artigo 29 da Convenção Internacional sobre os Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias (aprovada em 1990 e em vigor desde 2003)[986], Artigos 7 e 8 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (aprovada em 1989 e em vigor desde 1990)[987], Artigo 19 da Carta para a Segurança Europeia de 1999 da Organização para a Segurança e Cooperação na Europa[988], Artigo 18 (1) (a), (b) e (2) da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (aprovada em 2006 e em

983 A Convenção tem 74 partes, incluindo Malta.

984 O Pacto conta com 168 partes, incluindo Malta. Sobre o direito à nacionalidade como um direito humano, Decisão 2/111 do Conselho de Direitos Humanos (27 de novembro de 2006), e Resoluções 7/10 (27 de março de 2008), 10/13 (26 de março de 2009) e 13/2 (24 de março de 2010) e as Resoluções 1998/48 (17 de abril de 1998), 1999/28 (26 de abril de 1999), 2005/45 (19 de abril de 2005), e Comentário Geral n. 17 do Comitê de Direitos Humanos: Artigo 24 (Direitos da Criança), 7 de abril de 1989, §§ 7 e 8.

985 A Convenção tem 189 partes, incluindo Malta. Ver § 6 do comentário do Artigo 9 do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CEDAW) Recomendação Geral n. 21: Igualdade no Casamento e Relações Familiares, 1994.

986 A Convenção tem 48 partes.

987 A Convenção tem 196 partes, incluindo Malta. A questão de qual Estado é responsável em qualquer caso de apatridia foi respondida com referência à situação das crianças que nascem no território de um Estado que de outra forma seriam apátridas (ver Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados ("ACNUR"), "Eu estou aqui, eu pertenço": A Necessidade Urgente de Acabar com a Apatridia da Infância", 3 de novembro de 2015, e I. Ziemele, "Article 7: The Right to Birth Registration, Name and Nationality and the Right to Know and Be Careed by Parents", in Alen, A. et al. (eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007). Em seu Comentário Geral n. 7, § 25, Comentário Geral n. 9, §§ 35-36, e Comentário Geral n. 11, § 41, o Comitê dos Direitos da Criança colocou ênfase especial no registro de nascimento como um meio de evitar a apatridia das crianças

988 Malta é uma parte participante da OSCE. As partes participantes não apenas afirmaram seu "reconhecimento de que todos têm o direito a uma nacionalidade e que ninguém deve ser privado de sua nacionalidade arbitrariamente", mas também se comprometeram a "continuar [seus] esforços para assegurar que todos possam exercer este direito" e "promover a proteção internacional dos apátridas".

vigor desde 2008)[989], e, a nível regional, o artigo XIX da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, o artigo 20 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (adotada em 1969 e em vigor desde 1978)[990], Artigo 6 (3) e (4) da Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança (adotada em 1990 e em vigor desde em 1999)[991], o artigo 24 da Convenção da Comunidade dos Estados Independentes sobre Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (adotada em 1995 e em vigor desde 1998)[992], Artigo 6 (g) e (h) do Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos sobre os Direitos das Mulheres na África (adotada em 2003 e em vigor desde 2005)[993], Artigo 7 do Pacto sobre os Direitos da Criança no Islã (adotado em 2005)[994], Artigo 29 da Carta Árabe revisada sobre Direitos Humanos (adotada em 2005 e em vigor desde 2008)[995], e Artigo 18 da Declaração de Direitos Humanos da Associação das Nações do Sudeste Asiático de 2012.

Outras disposições gerais relativas ao direito à proteção igualitária da lei, o direito ao reconhecimento do próprio status legal, o direito à liberdade de circulação e residência dentro das fronteiras do Estado e o direito de entrar no próprio país, como o Artigo 5 (d) (iii) da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (adotada em 1965 e em vigor desde 1969)[996], os artigos 12 (4), 23 (4) e 26 do PIDCP[997] e os artigos 3 (2), 5 e 12 (1)

989 A Convenção tem 164 partes, incluindo Malta.

990 A Convenção tem 22 partes. Em sua Opinião Consultiva sobre as Propostas de Emendas à Disposição de Naturalização da Constituição da Costa Rica, OC-4/84, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, declarou, em 19 de janeiro de 1984, que existiam dois aspectos desse direito que se refletiam no Artigo 20 da Convenção Americana de Direitos Humanos: "primeiro, o direito a uma nacionalidade ali estabelecido proporciona ao indivíduo uma medida mínima de proteção jurídica nas relações internacionais através do vínculo que sua nacionalidade estabelece entre ele e o Estado em questão; e, segundo, a proteção ali conferida ao indivíduo contra a privação arbitrária de sua nacionalidade, sem a qual ele seria privado, para todos os fins práticos, de todos os seus direitos políticos, bem como daqueles direitos civis que estão vinculados à nacionalidade do indivíduo". Ver também as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos *Castillo Petruzzi et al*., 30 de maio de 1999, § 101 e Caso Ivcher Bronstein (*Baruch Ivcher Bronstein v. Peru*), 6 de fevereiro de 2001, § 88, e particularmente, *Meninas Yean e Bosico v. República Dominicana*, 8 de setembro de 2005, §§ 140-142, 154-158, *Dominicanos e Haitianos Expulsos v. República Dominicana*, 28 de agosto de 2014, §§ 253-264, e Resolução da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, AG/RES. 2826 (XLIV -O/14), Prevenção e redução da apatridia e proteção dos apátridas nas Américas, de 4 de junho de 2014.

991 A Convenção tem 47 partes. Ver Comentário Geral ao Artigo 6 do Comitê Africano de Peritos em Direitos e Bem-Estar da Criança, ACERWC/GC/02 (2014), adotado pelo Comitê em sua vigésima terceira sessão ordinária (7-16 de abril de 2014), e *IHRDA e OSJI (em nome das crianças de ascendência núbia no Quênia) v. Quênia*, Comunicação n. 002/2009, 22 de março de 2011. Como recordado pelo Comitê Africano de Peritos em Direitos e Bem-Estar da Criança em seu comentário geral sobre o Artigo 6 da Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança, "ser apátrida enquanto criança é geralmente uma antítese ao melhor interesse das crianças"

992 A Convenção tem 4 partes.

993 A Convenção conta com 36 partes.

994 Não há informações oficiais a respeito do status de ratificação da Convenção.

995 A Convenção tem 13 partes.

996 A Convenção tem 177 partes, incluindo Malta. Ver §§ 13-17 do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial (CEDR), Recomendação Geral XXX sobre Discriminação contra Não Cidadãos, 1 de outubro de 2002.

997 Em *Borzov v. Estônia*, Comunicação n. 1136/2002, 26 de julho de 2004, o Comitê de Direitos Humanos não constatou violação do Artigo 26 do Pacto por causa da recusa, por motivos de segurança nacional, das

da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (adotada em 1981 e em vigor desde 1986)[998], também foram interpretadas como protegendo um direito à cidadania e proibindo a privação arbitrária da cidadania.

O direito à cidadania ou nacionalidade implica o direito de cada indivíduo de adquirir, mudar e manter uma nacionalidade[999]. Além disso, princípios contra a discriminação deixam claro que negar a cidadania aos indivíduos com base em seu gênero, etnia, religião ou outro status é arbitrário e, portanto, inadmissível. Em termos da substância do direito, um Estado não pode discriminar entre seus cidadãos com base no fato de eles possuírem sua cidadania por nascimento ou a terem adquirido posteriormente. Como diz o recente relatório do Secretário-Geral das Nações Unidas sobre a privação arbitrária da nacionalidade das crianças,

> "A privação arbitrária da nacionalidade das crianças é em si mesma uma violação dos direitos humanos, com a apatridia como sua possível e mais extrema consequência. O direito internacional dos direitos humanos não se baseia na nacionalidade da pessoa, mas sim na dignidade que é igualmente inerente a todos os seres humanos. Na prática, porém, aqueles que gozam do direito a uma nacionalidade têm maior acesso ao gozo de vários outros direitos humanos"[1000].

3. Os Estados não têm, portanto, soberania absoluta para negar a cidadania a qualquer pessoa por qualquer motivo, como também é cristalino a partir de uma interpretação teleológica da Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas ("a Convenção de 1954")[1001] e da Convenção de 1961 sobre a Redução da Apatridia ("a Convenção de 1961")[1002].

A Convenção de 1954 foi adotada em 28 de setembro de 1954 e entrou em vigor em 6 de junho de 1960. Ela não estabelece o direito de os apátridas adquirirem a nacionalidade de um Estado. Entretanto, o Artigo 32 da Convenção de

autoridades estonianas em conceder a cidadania ao autor, que supostamente era apátrida. Ele tinha uma autorização de residência e continuou a receber sua pensão enquanto vivia na Estônia. Em sua decisão, foi enfatizado o fato de que o pedido do autor foi devidamente analisado pelos tribunais nacionais. Em *Stewart v. Canadá*, Comunicação n. 538/1993, 1º de novembro de 1996, o Comitê havia decidido que "A linguagem do artigo 12, § 4, permite, além disso, uma interpretação mais ampla, que poderia abranger outras categorias de residentes de longa duração, particularmente apátridas arbitrariamente privados do direito de adquirir a nacionalidade do país de tal residência". Esta mesma interpretação foi confirmada no § 20 do Comentário Geral n. 27: Artigo 12 (Liberdade de movimento), 2 de novembro de 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 Sobre a obrigação dos Estados Partes nos termos do Artigo 23 (4) de assegurar que o regime matrimonial contenha direitos e obrigações iguais para ambos os cônjuges no que diz respeito à capacidade de transmitir aos filhos a nacionalidade dos pais e que nenhuma discriminação baseada no sexo ocorra em relação à aquisição ou perda da nacionalidade em razão do casamento, § 25 do Comentário Geral n. 28: Artigo 3 (A igualdade de direitos entre homens e mulheres), 29 de março de 2000, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10.

998 A Convenção tem 53 partes. Ver Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, *Malawi African Association, Amnesty International, Sarr Diop, Collectif des Veuves et Ayant-droit et Association Mauritanienne des droits de l'homme v. Mauritania*, n. 54/91, 61/91, 98/93,164/97 - 196/97 e 210/98, 11 de maio de 2000, § 126, e *John K. Modise v. Botswana* (n. 97/93) (2000), 6 de novembro de 2000, § 88.

999 Conselho de Direitos Humanos da ONU, Direitos Humanos e privação arbitrária da nacionalidade: relatório do Secretário-Geral, 14 de dezembro de 2009, A/HRC/13/34, § 21, p. 6.

1000 Conselho de Direitos Humanos da ONU, Impacto da privação arbitrária da nacionalidade no gozo dos direitos das crianças em questão, e leis e práticas existentes sobre acessibilidade para crianças adquirirem a nacionalidade, dentre outros, do país em que nascem, caso contrário seriam apátridas, 16 de dezembro de 2015, A/HRC/31/29, § 27.

1001 A Convenção tem 88 partes, não incluindo Malta.

1002 A Convenção tem 67 partes, não incluindo Malta.

1954 exige que os Estados facilitem a assimilação e a naturalização dos apátridas, notadamente, agilizando os processos de naturalização e reduzindo os encargos e custos relevantes. A parte final da Convenção de 1954 recomenda que cada Estado contratante, quando reconhece como válidas as razões pelas quais uma pessoa renunciou à proteção do Estado do qual é nacional, considere favoravelmente a possibilidade de conceder a essa pessoa o tratamento que a Convenção concede aos apátridas. Esta disposição dá a possibilidade de estender a proteção da Convenção de 1954 a uma determinada categoria de apátridas de fato.

A maior fraqueza da Convenção de 1954 consiste no fato de que ela só oferece proteção aos apátridas *de jure* e não tem uma disposição abrangente de não discriminação. Isto é agravado pelo fato de não oferecer orientação quanto aos procedimentos a serem utilizados para identificar apátridas, o que pode levar ao não reconhecimento de apátridas e resultar em sua incapacidade de desfrutar efetivamente dos direitos emanados da Convenção de 1954.

Embora ofereça certas garantias contra a expulsão e reconheça o direito de reingressar com base em um documento de viagem previsto pela Convenção, na condição de presença legal no país, a Convenção de 1954 não regulamenta o direito de entrar em um Estado, deixando assim as Partes Contratantes livres para recusar, deter ou expulsar qualquer apátrida que busque acesso ao seu solo sem a devida autorização.

Finalmente, a ausência de um procedimento formalizado para supervisionar a plena implementação da Convenção de 1954 ou para o recebimento de queixas individuais por apátridas também enfraquece a proteção oferecida a essas pessoas. A este respeito, deve-se mencionar que, através de uma série de Resoluções da Assembleia Geral da ONU, o ACNUR adquiriu um mandato formal sobre a apatridia[1003]. Além de estabelecer diretrizes detalhadas sobre vários aspectos da apatridia, incluindo a definição de apátrida, procedimentos de determinação da apatridia, a condição de apátrida e a prevenção da apatridia ao nascer[1004], o ACNUR desenvolveu um "Plano de Ação Global para Acabar com a Apatridia": 2014 - 2024" ("o Plano de Ação Global"), em consulta com Estados, sociedade civil e organizações internacionais, que estabelece um quadro de referência composto por 10 ações que precisam ser tomadas para acabar com a apatridia dentro de 10 anos, consistindo em resolver as principais situações de apatridia existentes, garantindo que nenhuma criança nasça apátrida, removendo a discriminação de

1003 Por exemplo, a Resolução 61/137 da Assembleia Geral de 25 de janeiro de 2007.

1004 Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), "Diretrizes sobre Apatridia n. 1: A definição de "Apátrida" no Artigo 1(1) da Convenção de 1954 relativa ao Estatuto dos Apátridas", citada acima; "Diretrizes sobre Apatridia n. 2: Procedimentos para determinar se um indivíduo é apátrida", HCR/GS/12/02, 5 de abril de 2012; "Diretrizes sobre Apatridia n. 3: A Situação dos Apátridas em Nível Nacional", 17 de julho de 2012, HCR/GS/12/03; "Diretrizes sobre Apatridia n. 4: Assegurando o Direito de Toda Criança Adquirir uma Nacionalidade por meio dos Artigos 1-4 da Convenção sobre a Redução da Apatridia de 1961", HCR/GS/12/04, 21 de dezembro de 2012. O Guia de Boas Práticas sobre Apatridia de 2013 da Rede Europeia: "Apatridia, Determinação e o status de proteção da pessoa apátrida".

gênero das leis de nacionalidade, impedindo a negação, perda ou privação da nacionalidade por motivos discriminatórios, evitando a apatridia nos casos de sucessão do Estado, concedendo status de proteção aos migrantes apátridas e facilitando sua naturalização, assegurando o registro de nascimento para a prevenção da apatridia, emitindo documentação de nacionalidade para aqueles com direito a ela, aderindo às Convenções das Nações Unidas sobre apatridia, e melhorando os dados quantitativos e qualitativos sobre as populações apátridas. Os Estados Partes devem introduzir salvaguardas para prevenir a apatridia, concedendo sua nacionalidade a pessoas que de outra forma seriam apátridas e nascem em seu território ou são filhos, nascidos no exterior, de seus nacionais. Os Estados também deveriam ter uma disposição em suas leis de nacionalidade para conceder a nacionalidade a crianças abandonadas encontradas em seu território.

4. A Convenção para a Redução dos casos de Apatridia, adotada em 30 de agosto de 1961 e que entrou em vigor em 13 de dezembro de 1975, tem o objetivo de prevenir, reduzir e evitar a apatridia, fornecendo medidas concretas e detalhadas a serem tomadas pelos Estados Partes à Convenção. Ela enfoca as quatro principais causas da apatridia. Os artigos 1 a 4 estabelecem medidas para evitar a apatridia entre as crianças. Os artigos 5 a 7 tratam da apatridia devido à perda ou renúncia da nacionalidade. Os artigos 8 § 1 e 9 tratam de medidas para evitar a apatridia devido à privação da nacionalidade. Entretanto, o artigo 8 § 2 da Convenção de 1961 prevê um conjunto exaustivo de circunstâncias sob as quais a privação da nacionalidade resultando em apatridia é admissível. Ele não proíbe a possibilidade de revogação da nacionalidade sob certas circunstâncias, nem aborda a questão da concessão retroativa da cidadania a todas as pessoas atualmente apátridas.

Os apátridas podem obter a cidadania do lugar de nascimento ou do lugar onde foram encontrados, no caso de uma pessoa abandonada, ou podem obter a cidadania de um de seus pais[1005]. Os Estados não devem privar as pessoas de sua cidadania de modo a torná-las apátridas, com exceção dos casos em que a cidadania tenha sido adquirida por deturpação ou fraude, ou de "deslealdade" ao Estado.

5. O Comitê Executivo do ACNUR, preocupado com as condições precárias enfrentadas pelos apátridas e com a persistência da apatridia em várias regiões do mundo, tem constantemente instado os Estados a ratificar as Convenções de 1954 e 1961 em suas inúmeras conclusões[1006]. Também dedicou duas conclusões exclusivamente à apatridia, a saber, a Conclusão n. 78 sobre Prevenção e Redução de Apátridas, de 1995, e a Conclusão n. 106 sobre Identificação, Prevenção e Redução de Apátridas e Proteção de Apátridas, de 2006. A Conclusão n. 106

1005 Conselho de Direitos Humanos da ONU, "Impacto da privação arbitrária da nacionalidade", citado acima, §§ 10 a 15.

1006 Ver uma compilação de extratos relevantes nas Conclusões do Comitê Executivo do ACNUR relacionadas à Apatridia, julho de 2010.

do Comitê Executivo cobre as quatro dimensões do regime de apátridas do ACNUR, a saber, a identificação, prevenção e redução da apatridia e a proteção dos apátridas. Sob a categoria de proteção aos apátridas, o Comitê Executivo solicita aos Estados que "considerem a adesão à Convenção de 1954 relativa ao Estatuto dos Apátridas e, em relação aos Estados Partes, considerem a retirada de reservas" e aos Estados que ainda não são Partes da Convenção de 1954 que "tratem os apátridas que residem legalmente em seu território de acordo com o direito internacional dos direitos humanos; e considerem, conforme apropriado, facilitar a naturalização dos apátridas habitual e legalmente residentes, de acordo com a legislação nacional". Além disso, pede aos Estados que "não detenham apátridas com base exclusivamente no fato de serem apátridas e que os tratem de acordo com o direito internacional dos direitos humanos" e também pede aos Estados Partes da Convenção de 1954 que implementem plenamente suas disposições.

6. Embora seja um princípio claro do direito internacional que cada Estado tem a responsabilidade soberana de determinar sob o direito nacional quem são seus cidadãos, esse papel está sujeito aos princípios internacionais. Em seu Projeto de Artigos sobre Nacionalidade de Pessoas Naturais em relação à Sucessão de Estados, a Comissão de Direito Internacional ("CDI") indicou que "a competência dos Estados neste campo só pode ser exercida dentro dos limites estabelecidos pelo direito internacional"[1007]. A cidadania pode ser adquirida automaticamente por operação da lei, no nascimento ou em um estágio posterior, ou como resultado de um ato das autoridades administrativas. Os Estados gozam de um grau de discrição com relação aos critérios que regem a aquisição da cidadania, mas estes critérios não devem ser arbitrários. Em particular, o direito internacional dos direitos humanos coloca uma clara responsabilidade de que o Estado se abstenha de implementar políticas de cidadania que contribuam para a criação ou perpetuação da apatridia. Além do direito à cidadania, dois direitos fundamentais do direito internacional dos direitos humanos também são de particular relevância para a apatridia e para a proteção dos apátridas. Estes são o direito à proteção igualitária por lei e à não discriminação.

O Direito à Cidadania no Direito Europeu dos Direitos Humanos

7. O direito a uma cidadania não estava incluído na Convenção nem em nenhum de seus Protocolos. O comitê que redigiu o Protocolo n. 4 da CtEDH contemplou a inserção de uma disposição no sentido de que "um Estado seria proibido de privar um nacional de sua nacionalidade com o objetivo de expulsá-lo"[1008]. Embora o princípio que inspirou a proposta tenha sido aprovado pelo comitê, a maioria dos especialistas considerou desaconselhável abordar a delicada

1007 Anuário da Comissão de Direito Internacional, 1999, vol. II (2), p. 24.

1008 Ver Relatório Explicativo ao Protocolo n. 4, § 23.

questão da legitimidade das medidas que privam os indivíduos da nacionalidade. Também foi observado que seria muito difícil provar se a privação da nacionalidade tinha ou não sido ordenada com a intenção de expulsar a pessoa em questão. Em 1988, o Comitê de Peritos para o Desenvolvimento dos Direitos Humanos do Conselho da Europa começou a examinar a questão do direito a uma nacionalidade como um direito humano e a considerar a possibilidade de inserir tal direito na CtEDH através de um protocolo adicional à Convenção. Entretanto, os Estados não estavam preparados para adotar um protocolo adicional sobre o direito a uma nacionalidade. Em 1992, um comitê de especialistas em nacionalidade iniciou um estudo de viabilidade para uma nova e abrangente convenção sobre nacionalidade.

Como resultado, a Convenção Europeia sobre Nacionalidade foi adotada em 1997[1009].

Os princípios estabelecidos pelo artigo 4º da Convenção Europeia sobre Nacionalidade, tais como que todos têm direito à cidadania, que a apatridia deve ser evitada e que ninguém deve ser arbitrariamente privado de sua cidadania, são princípios de tal importância para garantir a interação social dos seres humanos em uma sociedade democrática que devem ser vistos como princípios bem estabelecidos do direito internacional. Além da evidência clara e incontestável de uma tendência contínua no direito internacional geral[1010], estes princípios ganharam o status de direito internacional consuetudinário[1011].

Nos termos dos artigos 4 e 7 (1) e (3) da Convenção Europeia sobre Nacionalidade, de 1997, que estabelece que a apatridia deve ser evitada, um determinado Estado tem a obrigação de facilitar a aquisição de sua nacionalidade por apátridas e de se abster de decidir sobre a perda de sua nacionalidade caso a pessoa se torne apátrida, exceto nos casos de aquisição da nacionalidade por meio de conduta fraudulenta, informações falsas ou ocultação de qualquer fato relevante

1009 O relatório explicativo desta Convenção afirma que "Mesmo que a CtEDH e seus protocolos não contenham, exceto o artigo 3º do Protocolo n. 4 (proibição de expulsão de nacionais), disposições que abordem diretamente questões relativas à nacionalidade, certas disposições podem se aplicar também a assuntos relacionados a questões de nacionalidade. ... As pessoas que têm sua vida familiar em um determinado país, por exemplo, tendo vivido lá por muitos anos com sua família, mesmo que não tenham podido se tornar nacionais desse país, podem ter o direito de permanecer no país se puderem demonstrar que têm direito ao respeito pela vida familiar nos termos do artigo 8 da CtEDH. Este direito será particularmente importante nos casos em que, após a sucessão do Estado, um grande número de pessoas não tenha adquirido a nacionalidade do Estado onde residem. Com relação à proibição de tratamento desumano ou degradante (artigo 3 da CtEDH), ações que rebaixam um nacional ou estrangeiro em grau, posição ou reputação e são destinadas a rebaixar ou humilhar podem ser uma violação do artigo 3. O artigo 3º do Protocolo n. 4 da CtEDH inclui o direito dos nacionais de entrar e não ser expulsos do território do Estado de que são nacionais. Além disso, o artigo 4º do mesmo protocolo proíbe a expulsão coletiva de estrangeiros".

1010 A "evidência clara e incontestável de uma tendência internacional contínua" foi o teste relevante em *Christine Goodwin v. Reino Unido* [GC], n. 28957/95, § 85, CtEDH 2002-VI. No § 29 do relatório explicativo da Convenção Europeia sobre Nacionalidade, afirma-se que "Com o desenvolvimento da legislação de direitos humanos desde a Segunda Guerra Mundial, existe um reconhecimento crescente de que a discrição do Estado neste campo deve, além disso, levar em conta os direitos fundamentais dos indivíduos".

1011 Ver artigo 33 do relatório explicativo da Convenção Europeia da Nacionalidade.

atribuível a essa pessoa[1012]. Este princípio deve ser lido à luz da Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa no. (99) 18 sobre a prevenção da apatridia, que recomenda que um Estado não deve necessariamente privar de sua nacionalidade as pessoas que adquiriram sua nacionalidade por meio de conduta fraudulenta, informações falsas ou ocultação de qualquer fato relevante, uma vez que esta decisão deve levar em conta a gravidade dos fatos, bem como outras circunstâncias relevantes, tais como o vínculo genuíno e efetivo dessas pessoas com o Estado em questão[1013]. A fim de evitar e reduzir os casos de apatridia, particularmente de crianças, o Comitê de Ministros adotou uma Recomendação CM/Rec(2009)13 sobre a nacionalidade das crianças. Foi recomendado aos Estados-Membros que levassem em conta em sua legislação relativa à nacionalidade os princípios abrangentes contidos no anexo da Recomendação.

8. Os órgãos da Convenção têm sustentado consistentemente que um "direito à nacionalidade" semelhante ao do artigo 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ou um direito de adquirir uma determinada nacionalidade, não é garantido pela Convenção ou por seus Protocolos, e, portanto, declararam as queixas relacionadas a este direito como sendo incompatíveis *ratione materiae*[1014]. Isto também foi aplicado a não cidadãos e apátridas impedidos de adquirir a nacionalidade de um Estado em casos de sucessão do Estado[1015]. Entretanto, no caso *Karassev*, a Corte não excluiu "que uma negação arbitrária de uma cidadania possa, em certas circunstâncias, levantar uma questão nos termos do artigo 8 da Convenção, devido ao impacto de tal negação na vida privada do indivíduo"[1016]. Não há nada que sugira que o princípio acima não se aplique aos casos de privação ou perda da cidadania ou ao direito de renunciar à cidadania.

1012 ETS n. 166. A Convenção foi ratificada por 20 Estados. Malta a assinou, mas ainda não a ratificou.

1013 É importante lembrar a posição do Tribunal de Justiça da União Europeia em seu acórdão no caso *Rottman v. Freistaat Bayern,* 2 de março de 2010, §§ 55, 56 e 59, que concluiu que "não é contrário ao direito da União Europeia, em particular ao artigo 17 CE, que um Estado-Membro retire de um cidadão da União a nacionalidade desse Estado adquirida por naturalização quando essa nacionalidade tenha sido obtida por engano, desde que a decisão de retirada respeite o princípio da proporcionalidade".

1014 Ver *X v. Áustria*, n. 5212/71, Decisão da Comissão de 5 de outubro de 1972, DR 43, p. 69; *Família K. e W. v. Holanda*, n. 11278/84, Decisão da Comissão de 1 de julho de 1985, DR 43, p. 216; e *Poenaru v. Romênia* (dev.), n. 51864/99, 13 de novembro de 2001.

1015 Ver, por exemplo, *Fedorova v. Letônia* (dev.), n. 69405/01, 9 de outubro de 2003.

1016 *Karassev v. Finlândia* (dev.), n. 31414/96, CtEDH 1999-II, e a jurisprudência mencionada no § 61 do presente julgamento. Esta também tem sido a jurisprudência do Tribunal Constitucional de Malta (ver *Tarek Mohammed Ibrahim v. Vici Prim Ministru* et, decidido em 28 de maio de 2012). O Sr. Karassev nasceu na Finlândia de pais que eram cidadãos da Federação Russa na data de seu nascimento. A Corte concluiu que a decisão das autoridades finlandesas de recusar a cidadania por nascimento não foi arbitrária de forma que pudesse levantar questões nos termos do artigo 8. Quanto às consequências da recusa de reconhecer o requerente como cidadão finlandês, a Corte observou que ele não estava ameaçado de expulsão da Finlândia, nem sozinho nem junto com seus pais, que tinham autorizações de residência, que também podiam ser emitidas ao requerente a seu pedido, o requerente também desfrutava de benefícios sociais e similares na Finlândia. Neste contexto, a Corte não considerou que as consequências da recusa de reconhecer o requerente como cidadão da Finlândia, tomadas em conta separadamente ou em combinação com a própria recusa, pudessem ser consideradas suficientemente graves para levantar uma questão nos termos do Artigo 8 da Convenção. O pedido foi declarado inadmissível por ser manifestamente infundado.

9. A questão da negação arbitrária da cidadania também pode surgir sob o Artigo 3 do Protocolo n. 4, se o objetivo da negação for fugir à proibição de expulsão de nacionais. Em *Slivenko v. Letônia*[1017], foi solicitado à Corte que decidisse se a expulsão da esposa e da filha de um oficial militar russo de acordo com o tratado letão-russo sobre a retirada das tropas russas violava o artigo 3º do Protocolo n. 4.

10. Finalmente, pode ser mencionado que a Comissão Europeia de Direitos Humanos não excluiu que a negação da nacionalidade por motivo de raça ou etnia também poderia constituir tratamento degradante nos termos do artigo 3º da Convenção[1018].

11. Em suma, a proibição agora bem estabelecida de negação ou revogação arbitrária da cidadania na jurisprudência da Corte pressupõe, por implicação lógica, a existência de um direito à cidadania nos termos do Artigo 8 da Convenção, lido em conjunto com o Artigo 3 do Protocolo n. 4[1019].

Além disso, uma interpretação sistêmica de ambas as disposições, de acordo com os parâmetros do Conselho da Europa sobre apatridia, justifica a conclusão de que a cidadania estatal pertence ao núcleo de uma identidade individual[1020].

Apesar do fato de que as questões de cidadania serem tradicionalmente consideradas como pertencentes à jurisdição doméstica de cada Estado, como foi codificado no Artigo 1 da Convenção da Haia de 1930 sobre Certas Questões Relativas ao Conflito das Leis de Nacionalidade e lembrado no Artigo 3 da Convenção Europeia sobre Nacionalidade, existem limites impostos pelo direito

1017 *Slivenko v. Letônia* (dev.) [GC], n. 48321/99, CtEDH 2002-II.

1018 *Slepcik v. Países Baixos e República Tcheca* (dev.), n. 30913/96, 2 de setembro de 1996.

1019 A mesma conclusão foi alcançada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, em sua opinião consultiva de 1984, proclamou que o direito à nacionalidade é um direito humano inerente reconhecido no direito internacional e que os poderes dos Estados para regular questões relativas à nacionalidade são circunscritos por suas obrigações de assegurar a proteção plena dos direitos humanos (Re *Emendas às Disposições de Naturalização da Constituição da Costa Rica*, citadas acima). Ver, entre outros estudiosos, Ludovic Hennebel e Hélène Tigroudja, *Traité de droit international des droits de l'homme*, Paris, 2016, pp. 1181-1187, Alessandra Annoni e Serena Follati (eds.), *The changing role of nationality in international law*, Londres, 2013, Société Française de Droit International, Droit international et nationalité, Paris, 2012, Emmanuel Decaux, "Le droit à une nationalité en tant que droit de l'homme", in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 89/2011; Mark Manly e Laura Van Waas, "The value of the human security framework in addressing statelessness", em Alice Edwards e Carla Ferstman (eds.), *Human Security and Noncitizens, Law, Policy and International affairs*, Cambridge University Press, 2009, pp 549-81; Katherine Southwick e M. Lynch, "Nationality Rights for All, a progress report and global survey on statelessness", em *Refugees International*, março de 2009; Eva Ersboll, "The Right to a Nationality and the European Convention on Human Rights", em *Human Rights in Turmoil. Facing Threats, Consolidating Achievements*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007; e Ineta Ziemele, *State Continuity and Nationality: The Baltic States and Russia. Past, Present and Future as Defined by International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston 2005.

1020 A este respeito, deve ser mencionado que a Corte decidiu recentemente que a identidade étnica de um indivíduo deve ser considerada como um aspecto essencial de sua vida privada e identidade, juntamente com aspectos como nome, gênero, religião e orientação sexual (*S. e Marper v. Reino Unido* [GC], n. 30562/04 e 30566/04, § 66, CtEDH 2008, e *Ciubotaru v. Moldávia*, n. 27138/04, § 53, 27 de abril de 2010). Também estabeleceu que o Artigo 8 abrange múltiplos aspectos da identidade física e social da pessoa, como o reconhecimento do estado civil legal de um indivíduo (registro de um casamento em *Dadouch v. Malta*, n. 38816/07, § 48, CtEDH 2010 (extratos), e recusa de nacionalidade no caso *Genovese v. Malta*, n. 53124/09, §§ 30 e 33, 11 de outubro de 2011).

internacional à discrição de cada Estado. A maneira pela qual os Estados regulamentam as questões relativas à nacionalidade não pode hoje ser considerada dentro de sua jurisdição exclusiva.

Levando em consideração o direito protegido pelo Artigo 8 da Convenção à identidade e à cidadania, os Estados Partes estão vinculados por duas obrigações. À luz da referida interpretação da Convenção, de acordo com as circunstâncias atuais e em harmonia com o direito internacional, e independentemente da ratificação pelo Estado requerido dos tratados internacionais relevantes acima mencionados[1021], os Estados Partes da Convenção têm a obrigação negativa de não decidir sobre a perda da cidadania se a pessoa se tornasse apátrida e a obrigação positiva de proporcionar sua cidadania aos apátridas, pelo menos quando eles nasceram – ou foram encontrados, no caso de um pessoa abandonada – em seus respectivos territórios, ou quando um de seus pais é um cidadão[1022]. A criação e perpetuação de situações de apátridas deve ser evitada a qualquer custo em uma Europa civilizada.

A Anulação do Casamento Em 1998

12. O governo alegou que o requerente deveria provar a existência da vida privada e familiar no momento em que as razões para a privação da cidadania se materializaram, ou seja, em 16 de janeiro de 1998[1023]. O requerente contra-argumentou que o momento relevante era a interferência com o seu direito garantido pelo Artigo 8, a saber, 31 de julho de 2007, data da ordem ministerial de revogação da cidadania[1024]. De qualquer forma, ele insistiu que seu primeiro casamento não tinha sido uma fraude e que o julgamento de 1998 não deveria ter sido considerado[1025].

> A maioria não aborda explicitamente a questão do âmbito temporal do caso, mas implicitamente se entrega a várias considerações que correlacionam as duas decisões, afirmando até mesmo que "a situação objeto da queixa surgiu como resultado do comportamento fraudulento do requerente"[1026].

13. Considero esta abordagem infeliz, uma vez que a interferência no direito do requerente à vida privada e familiar, do Artigo 8, somente ocorreu com

1021 A mensagem de *Genovese*, citado acima, § 44, deve ser repetida em alto e bom som: "A Corte observa ainda que, na busca de uma base comum entre as normas do direito internacional, nunca fez distinção entre as fontes de direito, conforme elas tenham ou não sido assinadas ou ratificadas pelo Estado requerido (ver *Demir e Baykara* v. Turquia [GC], n. 34503/97, § 78, CtEDH 2008)".

1022 As obrigações de conceder nacionalidade a crianças nascidas no território de um Estado e que de outra forma seriam apátridas também estão contidas no Artigo 1 da Convenção sobre a Redução da Apatridia, no Artigo 20 (2) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no Artigo 6 (4) da Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança, no Artigo 7 do Pacto sobre os Direitos da Criança no Islã e no Artigo 6 (2) da Convenção Europeia sobre Nacionalidade. Disposições similares contidas no Artigo 2 da Convenção sobre a Redução da Apatridia, no Artigo 7 (3) do Pacto sobre os Direitos da Criança no Islã e no Artigo 6 (1) (b) da Convenção Europeia sobre Nacionalidade também garantem o direito a uma nacionalidade a crianças de descendência desconhecida.

1023 Ver o § 80 da sentença.

1024 Ver o § 68 do acórdão.

1025 Ver o § 66 do acórdão.

1026 Ver o § 89 do acórdão.

a emissão da ordem ministerial que revogou sua cidadania. Em todo caso, tenho as mais fortes dúvidas quanto à solidez jurídica e lógica da decisão de anulação, tendo em vista o simples fato de que os casamentos de conveniência geralmente não produzem filhos[1027]. Quando alguém não está genuinamente disposto a aceitar um compromisso vitalício, como o casamento, mas apenas entra no relacionamento conjugal contratual para obter uma vantagem jurídica, como o acesso à cidadania, ele normalmente não deseja ter um filho deste relacionamento, criando assim um vínculo vitalício entre os respectivos pais. O nascimento de um filho dentro do casamento é uma prova muito forte da genuinidade do compromisso aceito de bom grado pelos parceiros. Nenhum elemento foi fornecido à Corte para refutar esta presunção.

Embora a decisão de 19 de janeiro de 1998 não tenha sido contestada e tenha se tornado definitiva, isto não impede que a Corte tire todas as conclusões lógicas para fins de avaliação da conduta das autoridades nacionais desde o momento da anulação até a ordem de privação da cidadania.

A Conduta das Autoridades Nacionais de 1998 a 2007

14. A sentença de anulação de 1998 foi inscrita no registro de casamentos relevante mantido nos arquivos do Registro Público, que é um departamento do governo. Isto obviamente significa que as autoridades nacionais deveriam estar cientes da situação legal do requerente desde aquela data e, portanto, o requerente não pode ser censurado por não ter informado as autoridades sobre a anulação. O argumento do governo de que o departamento de Cidadania e Expatriação, as cortes e o Registro Público eram autoridades diferentes[1028] é claramente infundado do ponto de vista do direito internacional, uma vez que todos eles pertencem ao Estado requerido, e a falta de comunicação entre eles pode acarretar sua responsabilidade internacional.

15. Além do mais, após a decisão de anulação, as autoridades nacionais demoraram muitos anos para reagir. De 19 de janeiro de 1998, data da sentença de anulação, até 8 de maio de 2006, data da notificação do requerente de que uma ordem seria tomada para privá-lo de sua cidadania maltesa com base nessa sentença, o requerente viveu uma vida normal sem ser incomodado pelas autoridades nacionais. Além disso, suas licenças de comércio foram continuamente renovadas[1029]. Esta conduta das autoridades nacionais competentes ao longo de

1027 Neste momento, também poderia ser relevante considerar o relatório do psicólogo, no qual a ansiedade do candidato quando ele estava tendo problemas conjugais foi notada. A maioria não deu nenhum motivo para descartar este relatório.

1028 Ver o § 82 do acórdão.

1029 Ver o § 79 do acórdão. No § 88, a maioria argumenta que nenhum prejudicou o requerente, que continuou a se beneficiar da situação, mas a maioria não considera que o atraso em si e os benefícios concomitantes que o requerente tirou dele também tiveram um impacto na consolidação de suas expectativas legais.

mais de oito anos levou o requerente, como de fato teria levado qualquer pessoa razoável, a considerar que sua cidadania não estava sob ameaça. E como não havia tal ameaça pendente, o requerente podia realmente aspirar a criar uma segunda família em Malta após o fracasso de seu primeiro casamento. Portanto, não se pode argumentar, como fez o governo, que quando o requerente se casou pela segunda vez, com uma estrangeira, ele estava ciente de que a persistência de sua nova família em Malta seria precária desde o início[1030].

16. Quando o Governo alegou que o fato de o requerente não ter informado as autoridades nacionais mostrou sua má fé, seria possível replicar que, em realidade, a revogação da cidadania tantos anos depois de sua causa legal ter sido estabelecida constitui *venire contra factum proprium*, levando em conta o fato de que as autoridades nacionais haviam, enquanto isso, agido repetidamente de forma a confirmar o status legal do requerente como cidadão e empresário maltês. Se alguém deve ser censurado por má fé no presente caso, certamente não é o requerente, mas sim as autoridades nacionais.

17. O argumento do Governo de que tal medida foi justificada pela proteção da ordem pública[1031] não ajuda muito a entender a decisão ministerial, pois não é concebível por que razão o requerente, que não colocou a ordem pública em risco por oito anos, representaria em 31 de julho de 2007 tal risco. Vale notar também que a decisão ministerial de revogação da cidadania de 2007 não se baseou no registro criminal do requerente. Este descaso com seu registro criminal faz todo o sentido, uma vez que o ato de agressão havia ocorrido em 1994 no contexto de um episódio de violência doméstica, não foi seguido por nenhum incidente similar subsequente e o requerente recebeu uma mera pena suspensa, o que, em última instância, mostra que a corte competente não considerou o delito suficientemente grave para exigir prisão e, ao contrário, considerou o infrator capaz de viver uma vida livre de crime na sociedade maltesa. Acho muito lamentável, para dizer o mínimo, que o governo requerido agora invoque este argumento[1032] quando o próprio ministro competente não achou necessário ou mesmo apropriado fazê-lo em 2007. Na verdade, como será demonstrado, sua ordem não mencionou qualquer consideração de ordem pública.

A Revogação da Cidadania do Requerente em 2007 e suas Consequências

18. A revogação da cidadania do requerente foi ordenada nos termos a

1030 Portanto, não posso compartilhar a reprovação da maioria sobre um "padrão de inação por parte do requerente" (§ 93 do acórdão). Se houve alguma inação, ela é certamente da parte das autoridades nacionais. O governo não pode culpar o requerente pelo seu próprio atraso.

1031 Ver o § 82 do acórdão.

1032 Ibid.

seguir:

"ORDEM DO VICE-PRIMEIRO MINISTRO E

MINISTRO DA JUSTIÇA E ASSUNTOS INTERNOS

Nos termos do sub-artigo (1) do artigo 14 da Lei da Cidadania Maltesa (Cap 188), é ordenado que Louay Ramadan Wahba Mabrouk (portador da carteira de identidade maltesa n. 438094M), filho de Ramadan Wahbah Mabrouk e Aziza Self El Batanony, nascido no Cairo, Egito, em 17 de junho de 1964 e atualmente residente em 14, Apartamento 3, Triq Barth, Hamrun, seja privado de sua cidadania maltesa com efeito imediato".

Esta ordem foi comunicada ao requerente através da carta a seguir:

"Senhor

Com referência ao seu pedido de cidadania maltesa e seu posterior registro como cidadão de Malta em 19 de abril de 1994, você é informado de que o Vice-Primeiro Ministro e Ministro da Justiça e Assuntos Internos, estando convencido de que o referido registro foi obtido por meio de fraude, emitiu um despacho nos termos do sub-artigo (1) do artigo 14 da Lei de Cidadania Maltesa (Cap 188), cujo despacho está aqui anexado.

Agora você é obrigado a ligar imediatamente para este Departamento a respeito de sua situação migratória em Malta e devolver seu certificado de registro como cidadão de Malta (n. 5735).

Atenciosamente...".

19. A decisão de privar o requerente de sua cidadania maltesa de 31 de julho de 2007 não levou em consideração o fato de que ele não tinha mantido laços com seu país de origem e seus parentes no Egito, que ele vivia em Malta há mais de vinte anos, que ele falava maltês e que ele estava perfeitamente integrado à cultura e à sociedade maltesa, tendo três filhos de cidadania maltesa vivendo em Malta. Além disso, não considerou que o requerente se tornaria um apátrida como resultado da decisão, e que, no momento de seu pedido de cidadania maltesa, renunciar à sua cidadania egípcia havia sido um pré-requisito para o requerente, o que de fato fez, uma vez que a dupla nacionalidade não era possível do ponto de vista egípcio.

Em suma, a decisão ministerial não conseguiu cumprir com o exercício de ponderação de *Karassev*. Como pode ser visto literalmente de seu texto e da carta de notificação subsequente, a ordem foi uma aplicação automática da disposição legal relevante, a saber, o Artigo 14 (1) da Lei da Cidadania Maltesa. No entanto, o Ministro deveria estar convencido de que a privação da cidadania era propícia ao bem público. A formulação negativa do artigo 14 (3) da mesma lei maltesa, segundo a qual o Ministro não deve privar alguém da cidadania a menos que ele esteja convencido de que não é propício ao bem público que essa pessoa continue sendo um cidadão de Malta, não impede a conclusão de que o bem público deveria ser levado em conta na decisão ministerial. Mas nenhuma consideração explícita deste assunto foi dada na ordem ministerial, já que paradoxalmente o artigo 19 da referida lei maltesa não exige sequer que a decisão do ministro seja fundamentada[1033]. A falta de motivação foi ainda mais agravada pelo sigilo do processo de tomada de decisão. A recomendação final do comitê ao Ministro não foi disponibilizada ao requerente, e os muitos pedidos dos advogados do requerente para uma cópia dos registros deste processo não foram atendidos[1034]. Pior ainda, o artigo 14(3) apenas salvaguarda a posição do apátrida no caso do sub-artigo (2)(c), o que é manifestamente insuficiente.

Uma conclusão óbvia fica clara a partir do acima exposto: a lei maltesa prevê salvaguardas processuais muito deficientes em relação a tais ordens ministeriais em comparação com os parâmetros internacionais para a proteção dos apátridas[1035].

Além de exigir uma reforma legislativa urgente, estas graves deficiências do procedimento de revogação põem em questão a justiça e a proporcionalidade da medida tomada no presente caso[1036].

20. Não sem hesitação, a maioria admite que o requerente é atualmente apátrida e que não há garantia de que as autoridades egípcias o aceitariam, nem é provável que ele possa ser removido para outro país[1037]. Esta situação legal já acarretou muitas consequências práticas, negativas e indiscutíveis, para o requerente e sua família, tais como, entre outras, a perda de seu direito de residência e trabalho irrestritos em Malta, a perda de seu passaporte maltês e a perda do "status de pessoa isenta" de sua segunda esposa[1038].

1033 O caráter automático da decisão ministerial, sem qualquer ponderação dos fatores relevantes, pode ser visto muito claramente nos §§ 23 e 24 do acórdão.

1034 Ver o § 22 do acórdão.

1035 Compare e contraste com as "Diretrizes sobre apatridia n. 2: Procedimentos para determinar se um indivíduo é um apátrida" do ACNUR, citadas acima, e com o excelente Guia de Boas Práticas da Rede Europeia sobre Apatridia "Apatridia, determinação e o status de proteção dos apátridas", 2013.

1036 Portanto, não posso seguir a maioria em sua conclusão no final do § 87. Deve-se lembrar que, de acordo com o artigo 17 do Projeto de Artigos sobre a Nacionalidade de Pessoas Naturais da CDI (citado acima), as decisões relativas à aquisição, retenção ou renúncia da nacionalidade devem ser emitidas por escrito e estar abertas a controle administrativo ou judicial efetivo. A CDI também declarou em seu comentário sobre o Projeto de Artigos que o processo de controle poderia ser realizado por uma jurisdição competente de natureza administrativa ou judicial, em conformidade com a legislação interna de cada Estado. A CDI esclareceu que o termo "eficaz" tinha a intenção de enfatizar o fato de que uma oportunidade deveria ser dada para permitir um controle significativo de questões substantivas relevantes, o que exigia dar razões para quaisquer decisões negativas relativas à nacionalidade. A Convenção Europeia sobre Nacionalidade também contém importantes parâmetros processuais sobre privação de nacionalidade, tais como a exigência de que as decisões contenham motivos por escrito (Artigo 11) e que as decisões sejam abertas a um controle administrativo ou judicial em conformidade com a legislação interna (Artigo 12). O direito a um controle contra a privação da nacionalidade também é garantido pelo Artigo 8 (4) da Convenção sobre a Redução da Apatridia e pelo Artigo 8 (2) da Convenção sobre os Direitos da Criança.

1037 Ver o § 56 do acórdão. Há uma clara inconsistência entre este parágrafo e o § 92.

1038 Como o próprio requerente declarou, em sua reclamação, ele e sua família "vivem no constante terror de que o governo tomará medidas para expulsá-los do país". Além disso, ele tem até sofrido financeiramente porque seu trabalho foi severamente afetado. Ele costumava viajar para o exterior como parte de seu trabalho, mas agora não pode fazê-lo livremente, porque não pode ter certeza de que, uma vez fora do país,

21. No entanto, a maioria alega que o requerente não está ameaçado de expulsão de Malta e que os dois filhos do requerente de seu segundo casamento não perderam sua cidadania maltesa, nem houve qualquer tentativa a esse respeito[1039]. Além de sinalizar às autoridades nacionais que não questionem a cidadania maltesa dos dois filhos do requerente de seu segundo casamento e não os ameacem de expulsão, esta linha de argumentação sugere o que a maioria espera que aconteça em seguida: o requerente pode solicitar uma autorização de trabalho e, posteriormente, uma autorização de residência, o que poderá, eventualmente, torná-lo novamente elegível para a cidadania[1040]. Os *obiter dicta* da maioria falam, de maneira alta e clara, a favor do congelamento da situação legal do requerente até que seu status seja regularizado em Malta.

22. Tenho uma reserva, por princípio, a esta forma tortuosa de pensar. Como em outros casos, a Corte cai na tentação de um *argumentum ad ignorantiam*: a falta de certeza sobre uma futura expulsão foi usada para justificar a atual privação de um direito da Convenção[1041]. Embora o governo tenha deixado o requerente em um limbo absoluto e posto toda sua vida privada, familiar e profissional em suspenso, a Câmara mostrou um grau de tolerância inadmissível em relação a este estado de incerteza jurídica.

Sendo a cidadania estatal um elemento central da identidade de uma pessoa, a avaliação de qualquer decisão relativa à aquisição, mudança, negação ou revogação da cidadania não deve depender do grau do risco de expulsão, muito menos da especulação da Corte sobre tal risco e sobre a manutenção ou revogação de uma autorização de trabalho ou de residência. Embora o trabalho e a residência possam ter impacto sobre a identidade de um indivíduo, eles não a esgotam. A identidade de um indivíduo é determinada por muito mais do que seu local de trabalho ou residência. A questão essencial da identidade de uma pessoa não deve ser decidida com base em uma previsão de riscos incertos e futuros, mas no relacionamento passado e presente que ela mantém com o Estado e seu povo.

23. Além disso, a avaliação de qualquer decisão relativa à aquisição, mudança, negação ou revogação da cidadania também não deve depender do status da vida familiar da pessoa em questão. Embora praticamente inter-relacionadas, estas são, em essência, duas questões jurídicas muito diferentes, que não devem ser confundidas. Esta amálgama de questões essencialmente diferentes prejudica

terá permissão para reingressar livremente. Por outro lado, não se pode esperar da família do requerente, incluindo seus dois filhos de nacionalidade maltesa, que eles abandonem seu país de origem e deixem Malta para algum outro país estrangeiro, simplesmente porque seu pai foi privado de sua cidadania maltesa.

1039 Ver o § 90 do acórdão. Em *Hendrick Winata e Son Lan li v. Austrália*, Comunicação n. 930/2000, 26 de julho de 2001, o Comitê de Direitos Humanos considerou que a decisão de deportar dois pais e obrigar a família a escolher se uma criança dependente – um cidadão – permaneceria sozinha ou acompanharia seus pais, constituía uma interferência na vida familiar deles.

1040 Ver o § 91 do acórdão.

1041 A Corte tem usado ocasionalmente este argumento falacioso: ver minhas opiniões separadas em *Biao v. Dinamarca* [GC], n. 38590/10, 24 de maio de 2016, *Chiragov e outros v. Armênia* [GC], n. 13216/05, 16 de junho de 2015, e *S.J. v.* Bélgica, n. 70055/10, 19 de março de 2015.

uma avaliação objetiva do caso. Como questão de princípio, o direito à cidadania de uma pessoa sem família não vale menos do que o direito à cidadania de uma pessoa com família[1042].

Conclusão

24. Como o Alto Comissário das Nações Unidas para Refugiados, António Guterres, descreveu, "a apatridia é uma profunda violação dos direitos humanos de um indivíduo"[1043]. Já é hora de a Corte reconhecer explicitamente que a cidadania pertence ao núcleo da identidade de alguém, que é protegida pelo artigo 8 da Convenção. Este é um direito humano autônomo garantido pela Convenção. Este direito à cidadania não deve ser amalgamado com o direito de um estrangeiro de entrar, residir ou trabalhar em um determinado país, nem com o direito do estrangeiro à vida familiar. O direito dos Estados de decidir quem são seus cidadãos não é absoluto, pois os Estados devem cumprir com suas obrigações internacionais de direitos humanos ao adotarem práticas ou leis relativas à cidadania. Neste contexto, três direitos são de particular relevância, a saber, os direitos à cidadania, à proteção igualitária perante a lei e à não discriminação. Em particular, qualquer negação ou privação de cidadania por motivos arbitrários ou discriminatórios será uma violação do direito internacional dos direitos humanos e da Convenção.

25. Em vista do acima exposto, a ordem de revogação maltesa está em desacordo não apenas com o direito do requerente à vida familiar, mas também com seu direito de cidadania protegido pela Convenção. As graves deficiências processuais do procedimento de revogação, tais como a falta de qualquer exercício público de ponderação fundamentado por parte do Ministro para avaliar os direitos individuais e os interesses públicos em jogo, bem como as consequências negativas atuais de sua decisão, mostram mais do que apenas uma decisão injusta e desproporcional. Eles revelam que o procedimento de revogação da cidadania em Malta necessita de uma reforma urgente, a fim de consagrar abertamente o princípio básico da proibição da apatridia e de garantir as salvaguardas processuais necessárias.

1042 Ou, nas palavras da própria Corte em *Genovese* (citado acima, §§ 30 e 33): "mesmo na ausência da vida familiar, a negação da cidadania pode levantar uma questão nos termos do artigo 8 por causa de seu impacto na vida privada de um indivíduo, cujo conceito é suficientemente amplo para abarcar aspectos da identidade social de uma pessoa. Embora o direito à cidadania não seja, como tal, um direito da Convenção e embora sua negação no presente caso não tenha sido de tal ordem que tenha dado origem a uma violação do Artigo 8, a Corte considera que seu impacto sobre a identidade social do requerente foi de tal ordem que a colocou no escopo e âmbito gerais daquele Artigo".

1043 "Plano de Ação Global para Acabar com a Apatridia: 2014 - 2024".

A Soberania Estatal e o Direito Humano à Nacionalidade: uma Breve Análise da Opinião Dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque no Caso Ramadan V. Malta, da Corte Europeia de Direitos Humanos

Flávia de Ávila[1044]

Introdução

Em 1958, Hannah Arendt, em Origens do Totalitarismo, apresentou reflexões sobre o direito à nacionalidade e à cidadania, em que a carência fundamental de direitos se manifesta primeiro na privação de um lugar do mundo no qual opiniões e ações são eficazes (ARENDT, 1989). Essa localização socioespacial se apresenta como a interface em que as relações sociais são reforçadas pela organização espacial (REDCLIFT, 2012). Portanto, é o local onde se configura o pertencimento a uma comunidade politicamente organizada, no qual indivíduos exercem suas potencialidades e ficam cientes da existência do que a Arendt (1989) denominou "direito a ter direitos". Essa situação jurídico-política entre indivíduos e grupos políticos organizados em Estados se apresenta para o Direito Internacional, em virtude da soberania, por meio do binômio cidadania/nacionalidade. E, conforme enfatiza Benhabib (2004), não obstante conceitos tradicionais de soberania terem colapsado em face a desafios políticos contemporâneos, a territorialidade tornou-se uma delimitação anacrônica de funções materiais e identidades culturais e o monopólio do território se apresenta primordialmente pelo exercício de políticas de imigração e nacionalidade.

1044 Professora do Departamento de Relações Internacionais e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe. Doutora em Direito Público pela PUC/Minas.

Para Owen (2018), apesar do grande desenvolvimento dos direitos humanos e de esforços de diversos atores como organizações internacionais e organizações não-governamentais para a institucionalização de estruturas legalmente vinculantes que regulamentem o comportamento dos Estados em relação aos seres humanos, a nacionalidade de uma pessoa apresenta-se como fator fundamental para determinar de que maneira é tratada pelo sistema, visto que os direitos efetivamente exercidos pelos indivíduos são geralmente proporcionados em razão do país de sua nacionalidade. Portanto, o comentário de Arendt, de acordo com o sublinhado por Owen (2018), apesar de dirigido à vida política interna dos Estados, é importante chave para o entendimento de como o direito à nacionalidade foi concebido sendo fórmula de determinação do poder estatal. Desse modo, o Estado se apresenta enquanto fonte de ordem e estabilidade dentro da concepção que se tem de sociedade e se constrói por meio do poder em um projeto que se auto reforça (REDCLIFT, 2012).

Essa temática, que se exibe com considerável gravidade na contemporaneidade, implica diretamente nas condições de legitimidade da ordem internacional dos Estados como forma de organizar a sociedade política global. Nesse sentido, a privação de nacionalidade/cidadania exibe uma dificuldade do sistema estatocêntrico em que a soberania estatal é exercida de forma a determinar a condução da vida dos indivíduos. Portanto, cidadania ou nacionalidade (termos usados indistintamente por vários órgãos e tribunais de direitos humanos, incluindo a Corte Europeia de Direitos Humanos - CtEDH) não apenas fornece às pessoas senso de identidade, mas dá aos indivíduos a proteção de um Estado e a possibilidade de exercício de direitos (ACNUR, 2005).

Essas considerações iniciais têm o condão de apresentar a temática sob um viés que normalmente não ocorre no âmbito da CtEDH. Dembour (2015) critica vigorosamente o tribunal baseado em Estrasburgo, denominando como discriminação institucionalizada a forma como a corte trata as pessoas com base na sua nacionalidade, e oferece um contraponto com base no princípio *pro persona* (também denominado *pro homine*) que predomina perante os casos sobre nacionalidade e imigração presentes na Corte Interamericana de Direitos Humanos[1045].

1045 Conforme Ramos (2020), os direitos humanos constituem-se em nova centralidade do Direito, tanto doméstico quanto internacional. A interpretação *pro persona* determina que se deve reconhecer, em uma dada situação concreta, a superioridade de normas de direitos humanos, adotando o entendimento da norma mais favorável aos indivíduos. E o art. 29 (referente às normas de interpretação) da Convenção Americana de Direitos Humanos, dispõe que não pode haver interpretação do tratado de forma a que direitos de pessoa ou grupo seja suprimido ou limitado em medida maior do que o previsto na própria convenção. A Opinião Consultiva 05/1985 da CtIDH explicita que o princípio *pro persona* possui dupla aplicação, pois diante de norma singular, orienta para interpretação extensiva dos direitos humanos e restritiva de suas limitações, bem como diante de um concurso de normas, prepondera a mais benéfica para a pessoa humana. E o voto particular do Juiz Piza Escalante na Opinião Consultiva 07/1987 também da CtIDH entendeu o princípio *pro persona* seria o critério fundamental que impõe a natureza dos direitos humanos, o qual obriga a interpretar extensivamente os direitos que os consagram e de forma restrita os que o limitam. Enfatiza Medellín Urquiaga (2019), que o princípio *pro persona,* implica também a interpretação harmônica, evolutiva e consensual das disposições de direitos humanos. Dessa forma, é possível que condições espe-

A Opinião Dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque no caso Ramadan v. Malta (aplicação n.76136/12) segue caminho semelhante ao apresentar exames severos e substanciais razões para não concordar com a decisão publicada na quarta seção em 21 de junho de 2016 pela maioria de sete dos Juízes da câmara da CtEDH. Desse modo, este breve ensaio propõe-se a trabalhar alguns aspectos jurídicos-filosóficos que se destacam da temática tendo como referência e inspiração a Opinião Dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque sobre nacionalidade/cidadania no âmbito dos direitos humanos. Não se busca, portanto, analisar toda a racionalidade jurídica trazida pelo Juiz Pinto de Albuquerque para se contrapor à decisão majoritária da CtEDH. A leitura do documento já informa de forma precisa os caminhos seguidos. O intento desse texto, portanto, é o realce de alguns pontos relacionados no voto dissidente e a realização de breve apreciação sobre o papel da nacionalidade/cidadania no sistema internacional atual, em especial no âmbito da CtEDH. Para tanto, o primeiro tópico traz um resumo do caso e da Opinião Dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque, que apresenta sucintamente a forma com a qual a temática foi trabalhada pelo julgador. Em um segundo momento, com base principalmente na crítica de Dembour (2015), uma síntese de como a nacionalidade/cidadania foi apreciada em determinados casos iniciais da jurisprudência sobre a temática na CtEDH e como essa preponderante posição se contrapõe a alicerces fundamentais dos direitos humanos. Finalmente, se utilizando da inspiração arendtiana dantes mencionada e a título de conclusão, uma breve análise crítica do papel da nacionalidade em relação à soberania estatal e sua paradoxal superioridade sobre os direitos humanos em relação ao caso Ramadan v. Malta.

1. O caso Ramadan v. Malta e a Opinião Dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque

O entendimento tradicional do Direito Internacional sobre a nacionalidade como atributo e afirmação da soberania do Estado prevaleceu na decisão do Caso Ramadan v. Malta, apresentado à CtEDH em 2012 e julgado em 2016. O julgamento considerou, por cinco votos a dois, que não houve violação do artigo 8º (direito ao respeito pelos particulares e vida familiar) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) em razão da revogação de sua nacionalidade maltesa em 2007 pelo Ministro da Justiça e Assuntos Internos de Malta treze anos depois de sua concessão, sob a alegação de que sua nacionalidade havia

ciais, não contempladas expressamente pelos tratados, possam ser abordadas, bem como que a realidade factual, nem sempre condizente com o texto dos tratados, possa ser analisada. Em alguns casos extremos, a CtIDH chegou a reconhecer a existência de alguns direitos não nomeados, considerados implicitamente reconhecidos, como o Direito à identidade (Caso Gelman v. Uruguai, de 2011) Dembour (2015) faz em seu livro uma comparação entre as interpretações das Cortes Interamericana e Europeia sobre nacionalidade/cidadania e exalta as decisões visionárias da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) sobre a matéria. Apesar de a autora evitar comparações diretas entre casos individuais aparentemente semelhantes, a jurisprudência da CtIDH destaca o quanto a CtEDH se utiliza recorrentemente de uma abordagem pró-Estado em casos nos quais os requerentes são migrantes.

sido obtida por meio de fraude. A naturalização do Sr. Louay Ramadan, ocorrida em 1993 em virtude de um casamento com uma maltesa, se deu mediante a renúncia da sua antiga nacionalidade egípcia, pois tanto Malta quanto Egito não permitiam dupla nacionalidade em seus ordenamentos jurídicos internos. Esse casamento, do qual resultou um filho, foi anulado em 1998 por um tribunal nacional sob a alegação de que teria sido um simulacro para permitir ao Sr. Ramadan a aquisição da nacionalidade maltesa. A resultante apatridia do Sr. Ramadan, apesar de ter sido relatada na decisão final, foi apenas entendida como uma anomalia do sistema estatocêntrico de atribuição e exercício de direitos. Sua irrelevância para a justificação da decisão majoritária foi explicada em razão de o Sr. Ramadan ainda residir em Malta com uma segunda esposa de nacionalidade russa e outros dois filhos malteses resultantes desse casamento, bem como de desenvolver atividade econômica licenciada pelo Estado.

A Opinião Dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque diverge frontalmente dessa decisão, pois considerou que a medida tomada pelas autoridades domésticas de Malta de revogar a nacionalidade do Sr. Ramadan foi injustificada e draconiana. Também entendeu que a CtEDH perdeu a ocasião para revisitar a escassa jurisprudência sobre direito à nacionalidade e de enfrentar a questão no sentido de determinar seu reconhecimento como direito autônomo no âmbito do sistema europeu de proteção dos direitos humanos. Todavia, o aspecto mais relevante da Opinião Dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque se centra na figura da vítima, que, sem a proteção da nacionalidade, poderia ser expulso do país e destituído assim do convívio familiar. Portanto, ainda que não desmerecendo outros pontos, a preocupação primordial com o ser humano é o que torna a Opinião Dissidente importante.

O voto abordou diversos âmbitos do caso. Em uma primeira parte, trabalhou o direito à cidadania (salientando que essa é entendida como sinônimo de nacionalidade para os fins do caso e da prática da CtEDH) no direito internacional dos direitos humanos, na qual traça um panorama sobre as normas e jurisprudência internacionais acerca de nacionalidade/cidadania, não-discriminação e apatridia em sistemas regionais e universais de proteção aos direitos humanos. Nessa seção, o Juiz Pinto de Albuquerque foi enfático ao demonstrar que a atribuição de nacionalidade, mesmo sendo função soberana dos Estados, não deve ser exercida de forma absoluta. Está, pois, sujeita à limitação de princípios e normativas internacionais que pressupõe proteção igualitária, não discriminação e adoção de políticas que se abstenham para contribuir para a criação ou perpetuação da apatridia.

Em uma segunda divisão da Opinião Dissidente, há contextualização sobre a nacionalidade no direito europeu dos direitos humanos, com especial atenção à Convenção Europeia sobre Nacionalidade, adotada em 1997. Ressalta o voto que a adoção da Convenção Europeia sobre a Nacionalidade segue a tendência contínua do direito internacional desenvolvido após a Segunda Guerra Mundial

em adotar princípios pelos quais o direito à nacionalidade e a prevenção à apatridia são promovidos, o que referenda seu caráter consuetudinário. No âmbito dos órgãos do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos, apesar de haver entendimento de que não é possível se balizar a aquisição de nacionalidade na CEDH ou na Convenção Europeia sobre a Nacionalidade em razão de incompatibilidade *ratione materiae*, não há qualquer impedimento na análise de exclusões arbitrárias da nacionalidade perante a CtEDH sob os termos do art. 8º da CEDH. Para o Juiz Pinto de Albuquerque, esse artigo, que se refere à identidade e cidadania, deve ser observado no âmbito da interpretação sistêmica do direito internacional, pela qual a apatridia deve ser evitada. Portanto, a nacionalidade pertence ao núcleo de identidade individual e não pode ser considerada dentro da jurisdição exclusiva estatal.

Na terceira parte da Opinião Dissidente, a anulação do casamento do Sr. Ramadan, ocorrida em 1998, foi considerada. Apesar de a maioria dos juízes da CtEDH, mesmo que implicitamente, ter entendido essa como a data mais importante para analisar a situação frente ao art. 8º da CEDH em razão de um suposto comportamento fraudulento no casamento, o Juiz Pinto de Albuquerque vê inconsistência nessa abordagem. Primeiro, porque a interferência no direito protegido pelo art. 8º da CEDH, que se refere à vida privada e familiar, teria na verdade se dado em outro momento, quando houve a revogação da nacionalidade em 2007 por ordem ministerial. E, de outro modo, porque duvida de ter havido simulação, pois, dentre outros fatores, normalmente não há filhos em um casamento por conveniências.

Na quarta seção, a conduta das autoridades nacionais entre 1998 e 2007 é abordada. A sentença de anulação do casamento, mantida em arquivos do Registro Público de Malta, ficou por anos esquecida até que o departamento de Cidadania e Expatriação dela tomasse ciência em 2006, o que resultou procedimentos para a revogação da nacionalidade. Portanto, o Sr. Ramadan viveu por mais de 8 anos sem que houvesse qualquer interferência na sua vida familiar e atividades econômicas por parte do Estado. Ao invés de um suposto padrão de inação mencionado na decisão a CtEDH que comprovaria má-fé do querelante, verifica-se o oposto. O Sr. Ramadan vivia produtivamente em Malta e reconstituiu sua vida familiar sem que suspeitasse que poderia haver alguma ameaça por parte do Estado. Ao contrário do alegado, portanto, as ações estatais até aquele momento confirmaram seu status de cidadão e empresário maltês.

No item seguinte, correspondente à revogação da cidadania do Sr. Ramadan em 2007 e suas consequências, menciona que a ordem do Vice-Primeiro Ministro e Ministro da Justiça e Assuntos Internos ignorou vários fatores da vida do Sr. Ramadan, que renunciou à nacionalidade egípcia e não manteve laços com o país ou parentes no Egito. Também não levou em consideração o fato de ser pai de três filhos malteses e sua integração com a cultura e a sociedade local depois de vinte anos de moradia em Malta. Não houve, pois, exercício de ponderação

sobre as consequências de tal decisão tanto para o Sr. Ramadan quanto para a sociedade maltesa, pois a ordem resultou de mera aplicação automática de disposição legal do direito doméstico, sem que houvesse maiores fundamentações. Apesar de a própria norma interna incidida no caso, a Lei de Cidadania Maltesa, prescrever que as decisões não precisam ser fundamentadas, estabelece também que a privação da nacionalidade deve ser propícia ao bem público. Essa relação de causa e efeito determinada pela norma não foi observada no caso em tela, como observou o Juiz Pinto de Albuquerque, o que ficou também evidente pelas deficientes salvaguardas processuais da aplicação da Lei da Cidadania Maltesa em razão principalmente do sigilo dos procedimentos. Nesse sentido, o Estado agiu impondo seu poder soberano sem a observação de critérios de justiça e proporcionalidade ao privar a nacionalidade do Sr. Ramadan. Este, por sua vez, se viu afetado diretamente pela decisão, pois, dentre outras situações, perdeu seu direito de residência e trabalho irrestritos, seu passaporte maltês e sua segunda esposa, de nacionalidade russa, se viu privada do "status de pessoa isenta"[1046]. A situação de apatridia por ele vivenciada, todavia, não foi suficiente para que a decisão majoritária da corte reconhecesse seu direito, sob a justificativa de que sua situação se tornaria regular em futuro próximo, quando reunisse condições de pedir novamente a nacionalidade. Sob esse pretexto de especulação sobre o futuro da incerta situação jurídica do Sr. Ramadan, a CtEDH ignorou aspectos sobre sua identidade individual e agiu de forma a privilegiar o Estado em detrimento de pessoa humana que inequivocadamente tinha tido seus direitos desrespeitados pelo país membro da CEDH, indo contra sua própria razão de existir.

Por fim, em sua conclusão, a Opinião Dissidente enfatiza de que, com o desenvolvimento do direito internacional atual que cada vez mais protege de situações geradoras de apatridia, seria apropriado à CtEDH reconhecer explicitamente a nacionalidade como pertencente ao núcleo de identidade protegida pelo art. 8 º da CEDH como um direito humano por ela garantido. Sobre esse ponto, são três direitos particularmente relevantes que devem ser cumpridos pelos Estados que relativizam e limitam o exercício de sua soberania: direito à nacionalidade/cidadania, direito à proteção igualitária e direito à não discriminação. Nesse sentido, a nacionalidade não deve depender de que um imigrante entre, resida ou trabalhe em um país, muito menos que seja associado à sua vida familiar, pois o impacto da nacionalidade na vida privada é determinante como definidor da identidade do indivíduo.

2. O Direito à Nacionalidade na Corte Europeia de Direitos Humanos

1046 A esposa de segundas núpcias do Sr. Ramadan, após seu casamento, solicitou a concessão do chamado "status de pessoa isenta", que lhe dava plena liberdade de movimento, o que é permitido por meio do casamento com um nacional maltês.

No âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos, conforme já mencionado, a interpretação do direito à nacionalidade foi entendida como parte referente à vida privada e familiar, de acordo com o art. 8º da CEDH, o que apresenta limitações. Sobre o assunto, de acordo com Reyntjens (2019), apesar de não haver sido reconhecido explicitamente o direito à nacionalidade nos dispositivos da CEDH e seus protocolos, a CtEDH entendeu que a negação arbitrária da nacionalidade, bem como sua perda, pode, em certas circunstâncias, levantar questões concernentes ao art. 8º[1047]. Esse seria o caso de Kurić e outros v. Eslovênia (n. 26.828/06), que teve sua sentença proferida em 26 de junho de 2012. O caso foi apresentado por oito requerentes, alguns dos quais eram apátridas e outros cidadãos de estados que anteriormente constituíam parte da República Federal Socialista da Iugoslávia que haviam tido registro de residentes permanentes desde a independência da Eslovênia em 1991. A CtEDH admitiu ter havido violações do direito dos requerentes cujas informações foram tiradas do registro de residentes permanentes da Eslovênia de forma arbitrária em virtude de uma lei que regulamentava estrangeiros, de 1999.

Em outro caso, Genovese v. Malta (n. 53124/09), de 11 de outubro de 2011, a CtEDH analisou a recusa da nacionalidade maltesa a um britânico que foi impedido de obtê-la por ter nascido fora do casamento, no exterior de território de Malta, de mãe não maltesa e pai maltês. A recusa da nacionalidade *per se*, no entender do tribunal, não suscitaria uma violação do art. 8º da CEDH se avaliada de forma isolada. Todavia, a decisão do caso considerou que o impacto da recusa na identidade social do requerente inseria a questão no âmbito geral de aplicação do art. 8º, e que essa violação deveria ser avaliada em conjunção ao art. 14 devido à natureza arbitrária e discriminatória da recusa.

Para analisar se a privação de nacionalidade viola o art. 8º, a CtEDH considera se houve arbitrariedade na decisão doméstica e suas consequências para o requerente, como no caso Ramadan v. Malta. De acordo com Reyntjens (2019), o teste de arbitrariedade visto no caso consistiu em várias partes que foram consideradas pela corte: se a medida de privação teve base jurídica clara na ordem jurídica nacional, se foi acompanhada de garantias processuais suficientes, se a pessoa envolvida tinha permissão para contestar a decisão no judiciário e se as autoridades agiram com rapidez e diligência.

Dembour (2015) denomina esse procedimento de análise da CtEDH de "a reversão de Estrasburgo", pois a corte normalmente toma como premissa inicial para julgar casos relativos a requerentes migrantes não o direito humano relevante, mas o princípio de que os Estados têm o direito soberano de excluí-los. Essa situação, no entender da autora, demonstra a incongruência da atuação de um

1047 Esse é o caso de Karassev c. Finlândia (n. 31414/96, de 12 de janeiro de 1999); Slivenko v. Letónia (n. 48321/99, de 9 de outubro de 2003) e Kuduzović c. Eslovênia (n. 60723/00, de 17 de março de 2005).

tribunal de direitos humanos. As sentenças costumam iniciar seguindo o mesmo raciocínio que reafirma a falta de previsão expressa do direito à nacionalidade na CEDH. Assim, sob esse aspecto, em casos sobre imigrantes, a CtEDH tem adotado o padrão de se posicionar mais próxima do Estado e mais distante do requerente, numa inversão da lógica judicante relacionada a direitos humanos. No primeiro julgamento sobre o tema, ocorrido em 1985 (Abdulaziz, Cabales e Balkandali v. Reino Unido (n. 9214/80; 9473/81; 9474/81), afirmou-se que o estado teria, como bem estabelecido no direito internacional, direito de controlar a entrada de não-nacionais em seu território[1048].

Em casos posteriores, ampliou-se esse entendimento para também incluir o direito de controlar a entrada, residência e expulsão de não nacionais. Em certas situações, que envolviam estrangeiros que viviam em um país de acolhimento desde a infância e mantinham tênues laços com o país de origem, o artigo 8º foi invocado. A CtEDH considerou que sua expulsão do país receptor não poderia ser tolerada, apesar de haver importantes antecedentes criminais. Da mesma forma, nos casos em que o estrangeiro teve um filho criado no país de imigração, o Tribunal decidiu que ele ou ela não poderia ser impedido de vê-lo e, portanto, tinha direito a uma autorização de residência (GUIRAUDON; LAHAV, 2000)[1049].

Portanto, Dembour (2015) enfatiza que, o que deveria ser uma obviedade para o trabalho de um tribunal de direitos humanos, acaba sendo subestimado pela própria corte no que tange a migrantes. O princípio de soberania estatal em detrimento à garantia de não violação de direitos humanos tem destaque preponderante. Assim, embora o reconhecimento em Abdulaziz e em casos posteriores de que o artigo 8º pode abranger os direitos de residência dos migrantes tenha sido caracterizado como revolucionário, em razão da falta de previsão expressa no tratado, na verdade houve indiscutível deferência à soberania do Estado, com os direitos da CEDH sendo relegados ao status de exceções aos poderes do Estado de controle de imigração.

Importante ressaltar que os redatores da CEDH estavam mais interessados em restringir os direitos dos migrantes do que em protegê-los. Duranti (2017) explica detalhadamente a negociação por trás do texto da convenção, que contou com o apoio de setores conservadores principalmente cristãos europeus que te-

1048 As requerentes eram mulheres de nacionalidade estrangeira que não puderam ser acompanhadas por seus maridos e argumentaram que as Regras de Imigração em vigor no Reino Unido eram contrárias ao Artigo 14 da CEDH (que protege contra a discriminação com base em raça, cor, idioma, religião e origem nacional), pois seu principal efeito era impedir a imigração do Novo Commonwealth e do Paquistão, de modo a manter baixo o número de imigrantes não brancos. Esse impedimento à reunião familiar prejudicava primordialmente grupos específicos. Tal argumentação não convenceu a CtEDH. Nesse caso, Dembour (2006, p. 135, tradução nossa) entende ter havido discriminação indireta por parte do Estado que "ocorre quando regras ou práticas não discriminatórias prima facie afetam adversa e desproporcionalmente os membros de um determinado grupo".

1049 Como exemplo, os casos Berrehab v.Países Baixos, com decisão de 21 de junho de 1988, Moustaquim v. Bélgica, de 18 de fevereiro de 1991, Dieroud v. França, de 23 de janeiro de 1991, Lamguindas v. Reino Unido, de 28 de junho de 1993 e Beldjoudi v. França, de 26 de março de 1992.

miam a ascensão de ideologias social-democratas em Estados como Reino Unido e França. Nesse sentido, um tratado regional de direitos humanos e uma corte com poderes para impor suas decisões exerceria forte controle contra tendências desfavoráveis e a legislação europeia de direitos humanos, formalizada em 1950, seria de grande serventia. Apesar de trazer no seu bojo vários direitos individuais, a CEDH diferia fundamentalmente da Declaração de Direitos Humanos por não incluir os direitos sociais, por exemplo. Tais direitos europeus, todavia, conforme afirma Duranti (2017), no entender dessas lideranças europeias, não eram apropriados para todas as pessoas em todos os lugares, em particular pessoas não brancas de territórios colonizados, o que repercutiu na omissão do direito de nacionalidade do tratado.

Dembour (2015), menciona que, enquanto decisões históricas do tribunal trabalhavam sensíveis e então inéditas questões sociais durante a década de 1970, não havia lugar para se falar de outras relacionadas a imigrantes, como nacionalidade/cidadania, naturalização e apatridia. Segundo dados apurados por Guiraudon e Lahav (2000), entre 1959 e 1993, a corte havia julgado 447 casos. Desses, menos de doze decisões, referentes somente de meados dos anos 80 em diante, envolviam direitos de cidadania de estrangeiros, totalizando 2,5% das decisões. Os primeiros casos em que a questão imigratória foi analisada pela CtEDH foram considerados inadmissíveis, relativos a situações de expulsão. Nesse sentido, o filtro realizado pela Comissão Europeia de Direitos até sua dissolução em 1998, foi determinante, pois incutiu certo senso de inevitabilidade no fato de que a maioria dos requerentes migrantes não teriam suas petições encaminhadas ao tribunal[1050].

Os casos analisados nos anos 90 se pronunciaram sob aspectos estreitos referentes à política de imigração, mais especificamente do status dos estrangeiros no território. Para Guiraudon e Lahav (2000), a evidência sugere que a CtEDH não

1050 Como exemplo, a inadmissibilidade da petição apresentada pela família K. e W. contra Países Baixos (n. 11278/84), inadmitida pela Comissão Europeia de Direitos Humanos em 1º de julho de 1985. Um nacional britânico de Hong Kong, casado com uma nacional dos Países Baixos, e seus filhas nascidas nos Países Baixos e de nacionalidade britânica, tiveram seu pedido de prorrogação de residência negado nos Países Baixos e enfrentavam ameaça de expulsão. Antes de seu casamento, o primeiro requerente foi preso com uma quantidade grande de heroína e foi condenado a dois anos e seis meses de prisão. Durante seu tempo na prisão, casou-se com a segunda requerente, com quem já coabitava anteriormente. Já tinham uma filha e uma segunda filha nasceu logo após o casamento. Em virtude da prisão, diversas solicitações de prorrogação da validade do título de residência do primeiro requerente foram negadas. Também houve a alegação de que a Lei da Cidadania Holandesa era discriminatória, já que uma mulher casada com um holandês teria tido a possibilidade obter a nacionalidade holandesa simplesmente escrevendo uma carta expressando esse desejo ao prefeito de seu município, tornando assim impossível a expulsão. Os requerentes perante a Comissão alegaram, portanto, que houve ação discriminatória e que as autoridades do país prejudicaram a vida familiar (contra os arts. 14 e 8º da CEDH respectivamente). Segundo o entendimento da Comissão, apesar de terem invocado tais artigos, não considerou que "o direito de adquirir uma determinada nacionalidade não está abrangido nem suficientemente relacionado a esta ou qualquer outra disposição da Convenção". E, apesar de ponderar que a exclusão de uma pessoa de um país onde vivem os seus parentes próximos pode envolver uma violação do art. 8º, mas que poderia haver interferência da autoridade pública doméstica nos termos da lei e seja necessária em sociedade democrática para a prevenção do se estiver de acordo com a lei e for necessária na sociedade democrática no interesse da segurança nacional, da segurança pública ou do bem-estar econômico do país, para a prevenção de desordem ou crime, para a proteção da saúde ou da moral, ou para a proteção dos direitos e direitos dos outros.

expandiu tanto os direitos sociais dos estrangeiros, mas contribuiu para prevenir a redução de seus direitos individuais quando eles enfrentaram a expulsão. Nestes casos, o tribunal circunscreveu claramente as condições em que o direito protegido pelo artigo é considerado violado. Em todas as suas decisões, foi reafirmado que não cabe à corte proibir os Estados de regulamentar a imigração, e que há razões legítimas para sua restrição, como o bem-estar econômico do país e a ameaça à ordem pública. Portanto, ao invés de abrir novos caminhos, a CtEDH abonou, robusteceu e aclarou a pertinência de princípios jurídicos nacionais preexistentes. A maioria dos países europeus, por exemplo, inscreveu algumas disposições para o reagrupamento familiar em suas constituições que se assemelham ao Art. 8º sobre o direito de levar uma vida familiar normal. Assim, não seria aleatório que o principal contributo da CtEDH tenha sido feito através do direito a uma vida familiar normal, porque em todos os países estudados este direito já estava incluído nos textos constitucionais e legais e/ou ativamente aplicado.

Conclusão

Benhabib (2004), a partir das palavras de Arendt em Origens do Totalitarismo (1989), desenvolve considerações sistemáticas que visam mostrar porque, no âmbito das questões migratórias e de nacionalidade, nem o direito à naturalização nem a prerrogativa de desnaturalização podem ser considerados privilégios soberanos isoladamente. De acordo com seu raciocínio, a naturalização é direito humano universal e a desnaturalização, a sua revogação, pois o direito à humanidade dá a todos o direito de ser membros da sociedade civil de forma que se possa exercer direitos jurídico-civis.

Essa é contradição marcante entre proclamações de aspiração universal, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e as relações de poder, que permitem o movimento de alguns por certos lugares do mundo e impede o de outros. A distinção entre interno e externo causa discriminações que podem estar explícitas ou implicitamente atreladas a leis domésticas de nacionalidade (D EMBOUR, 2015). Desse modo, conforme Benhabib (2004, p. 59, tradução nossa)

> *A pretensão moral do hóspede de não ser tratado com hostilidade ao chegar às terras de outrem e sua pretensão de hospitalidade temporária repousam sobre esta injunção moral contra a violação dos direitos da humanidade da pessoa individual.*

A própria descrição da Declaração Universal de Direitos Humanos possui determinações expressas nesse sentido. Apesar de não haver disposição específica sobre migrantes, a expressão todo ser humano referida no texto do art. 2º do documento deve ser lida incluindo cidadãos e não cidadãos, principalmente pois faz menção a não distinção de qualquer espécie, incluindo origem nacional, nascimento ou qualquer outra condição. E o próprio direito à nacionalidade está previsto no art. 15 do documento. Embora as referências a 'estrangeiros' ou ' aliens' não tenham sobrevivido ao processo de redação final, houve iniciativas

para tanto. O esboço britânico deixava claro que havia a intenção de inclusão do termo estrangeiros no sentido de que não houvesse discriminação com nacionais, assim como houve ênfase a esse entendimento no endereçamento da opinião francesa para a Assembleia Geral das Nações Unidas (GRANT, 2011).

Seguindo essa premissa, em um artigo sobre o caso Ramadan v. Malta, Dembour (2016) perguntou-se quando a CtEDH entenderia que a nacionalidade é questão fundamental de direitos humanos. A lamentável decisão no caso, no perceber da autora, foi ilógica, pois, revogações arbitrárias da nacionalidade são matéria de direitos humanos dado o próprio funcionamento do sistema internacional. Nesse sentido, a CtEDH trata os migrantes primeiro como estrangeiros e, depois, mas apenas como uma segunda etapa do seu raciocínio, como seres humanos. A questão de o requerente vir a se tornar apátrida torna ainda mais relevante a necessidade de se refletir sobre a atuação do tribunal, que, no entender de Dembour (2016), há erros da decisão majoritária, que trata da mesma forma a revogação da nacionalidade e a falta de acesso à nacionalidade.

No caso Ramadan v. Malta, conforme apontado por Reytjens (2019), fica claro que, na avaliação do tribunal, não haveria consequências na privação da cidadania, pois o art. 8.º da CEDH seria uma mera proteção contra a expulsão. Ter o status de cidadania protege um indivíduo contra a expulsão, porque os países estão proibidos de expulsar seus próprios nacionais, conforme consagrado no art. 3º, Protocolo nº 4 da CEDH. Quando a expulsão não é iminente, mesmo que a decisão leve à apatridia, a corte não parece ter problemas com a privação de cidadania. No caso de a expulsão estar em jogo, o impacto na pessoa é pesado em relação à decisão de privação original.

Desse modo, o julgamento da CtEDH no caso Ramadan v. Malta de certa forma propõe uma pergunta: por que se preocupar com a nacionalidade, se os residentes permanentes teriam quase todos os mesmos direitos que os cidadãos, e mesmo os estrangeiros sem status poderiam, a princípio, reivindicar uma longa lista de direitos humanos básicos sob o manto do direito internacional e muitas ordens jurídicas internas? Se a resposta a essa pergunta fosse no mesmo sentido da decisão da corte, o aforismo arendtiano "direito de ter direitos" estaria atenuado no Séc. XXI, pelo menos em Estados democráticos, em virtude da emergência dos direitos humanos. Todavia, as reflexões de Hannah Arendt nunca foram tão atuais, conforme aponta Macklin (2007), que pois é inegável o fato de que o exercício de praticamente todos os direitos depende da presença territorial dentro do estado, e apenas os nacionais/cidadãos têm o direito irrestrito de entrar e permanecer no território estatal. Assim, uma vez despojado desse direito, está-se efetivamente privando um indivíduo de todos os outros direitos que dependem da presença territorial, sejam eles de júri ou de facto[1051].

É necessário, portanto, se superar esse paradoxo, pois, na maioria das vezes, quando uma questão é apresentada perante a CtEDH sobre a soberania territorial do Estado moderno, parece haver uma regressão quase que exclusivamente ao discurso do direito internacional clássico, no qual o interesse do Estado soberano é central, a integridade territorial é primordial e os interesses do indivíduo permanecem inarticuláveis.

Bibliografia

ARENDT, H. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BENHABIB, S. *The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens*, Cambridge University Press, 2004.

DEMBOUR, M-B *Ramadan v. Malta:* When Will the Strasbourg Court Understand That Nationality Is a Core Human Rights Issue? *Strasbourg Observers*, 22 Jul. 2016 Disponível em: <http://blogs.brighton.ac.uk/humanrights/2016/07/22/ramadan-v-malta-when-will-the-strasbourg-court-understand-that-nationality-is-a--core-human-rights-issue/>. Acesso em: 3 maio 2021.

DEMBOUR, M-B *Who Believes in Human Rights?* Reflections on the European Convention. Cambridge University Press; 2006.

DEMBOUR, M-B. *When Humans Become Migrants*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

DURANTI M-B. *The Conservative Human Rights* Revolution: European Identity, Transnational Politics, and the Origins of the European Convention. Oxford University Press; 2017.

GRANT, S. *The Recognition of Migrants' Rights within the UN Human Rights System*. In. DEMBOUR, M-B, KELLY, T. Are Human Rights for Migrants? Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States. Routledge; 2011, p. 25-47.

GUIRAUDON, V.; LAHAV, G. A Reappraisal of the State Sovereignty Debate. *Comparative political studies*. 2000; 33(2): p. 163-195.

KESBY, A. *The Right to Have Rights: Citizenship, Humanity, and International Law*. New York, NY: Oxford University Press, 2012.

MACKLIN, A. Who is the citizen's other? Considering the heft of citizenship. *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 8, no. 2, 2007, p. 333-366.

MEDELLÍN URQUIAGA, X. Principio Pro Persona: Una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos. *Estudios Constitucionales*. 17(1), 2019 p. 397-440.

OWEN, David. On the Right to Have Nationality Rights: Statelessness, Citizenship and Human Rights. *Netherlands International Law Review*. 65(3), 2018, p. 299-317.

RAMOS, A. C. *Curso de Direitos Humanos.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

REDCLIFT, V. *Statelessness and Citizenship*: Camps and the Creation of Political Space. London: Taylor & Francis Group, 2013.

REYNTJENS, L. Citizenship Deprivation under the European Convention-System: A Case Study of Belgium. *Statelessness & Citizenship Review*, 1(2), 2019, p. 263-282.

1051 Alguma esperança de mudança pode ser vista em alguns julgamentos. Em 26 de abril de 2018, a decisão no caso Hoti v. Croácia (n. 63311/14) foi proferida. Considerado histórico para os direitos dos apátridas sob amparo da CEDH, no entender de Von Rütte (2019), nele a corte reconheceu a apatridia do requerente, antigo nacional da República Socialista Federativa da Iugoslávia, como uma característica central. Sua vida privada estaria sendo afetada pois, sem a documentação apropriada e o devido acesso a registros oficiais, não poderia regularizar o seu estatuto jurídico de residente de longa data na Croácia. Nesse sentido, direitos de não-cidadãos foram protegidos de acordo com abordagem baseada na identidade social e nos seus laços com a sociedade, ao abrigo do art. 8º. No julgamento, foi feita referência explícita à Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954. Também foi invocado o art. 3º da CEDH, que ser refere a tratamentos desumanos e degradantes.

VON RÜTTE, B. Social Identity and the Right to Belong: the Ecthr's Judgment in *hoti V. Croatia*. Tilburg Law Review, n. 147, 2019.

IX. Privacidade e Liberdade de Informação

Drakšas V. Lituânia

Opinião Parcialmente Concordante e Parcialmente Dissidente do Juiz Pinto De Albuquerque

Eu concordo com as conclusões da maioria, exceto uma, que é a conclusão de uma violação do art. 8 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos ("a Convenção") no que diz respeito ao "vazamento" à mídia da conversa do requerente de 16 de março 2003 com J.B. Além disso, não posso concordar com os motivos invocados para constatar a violação do art. 13, no que diz respeito à subsequente ausência de apreciação judicial da vigilância aplicada em relação ao requerente, embora concorde que houve uma violação desse art..

Divulgação de Conversas Interceptadas Pelo SSD

A maioria censura a divulgação (ou "vazamento") para a mídia da conversa do requerente de 16 de março de 2003 com J.B., argumentando que a conversa, embora desclassificada pelo Departamento de Segurança do Estado (SSD), ainda era confidencial, de acordo com art. 177 do Código de Processo Penal. Ao mesmo tempo, a maioria reconhece o argumento do Governo de que o povo lituano tinha o direito de ser informado sobre os atos cometidos pelo Presidente[1052]. Essa linha de argumentação é contraditória. No entanto, a jurisprudência da Corte aponta inequivocamente para o direito prevalecente em casos dessa natureza. A liberdade de informar e o direito de ser informado prevalecem sobre o sigilo das investigações criminais quando existe um claro interesse público na divulgação de informações confidenciais.[1053]

No conjunto particular de circunstâncias deste caso, as informações divulgadas sobre o Presidente e seus cúmplices eram de claro interesse público. Os quatro argumentos a seguir justificam essa afirmação: (1) a informação divulgada era extremamente grave e apontava para a questão do funcionamento normal de uma sociedade democrática e, especificamente, o bom desempenho das funções do Presidente; (2) a informação divulgada não se referia a quaisquer fatos relativos à vida privada do requerente, de J.B. ou do Presidente, uma vez que se tratava apenas do exercício das funções do Presidente; (3) a informação divulgada foi tão relevante que levou imediatamente à instauração de processo de impeachment contra o Presidente; e (4) a informação divulgada foi tão importante que foi usada em uma audiência pública durante o processo de impeachment perante a Corte Constitucional, que considerou o Presidente culpado por graves violações da Constituição e, ainda, por violação de seu juramento constitucional.[1054]

Além disso, a Procuradoria-Geral da República considerou, após alguma hesitação inicial, que as conversas do requerente, incluindo aquelas com o Presidente, foram interceptadas de acordo com a lei[1055] e decidiu não abrir uma investigação criminal sobre o "vazamento" das informações e sua divulgação durante audiência pública na Corte Constitucional[1056]. Nenhuma ação criminal foi iniciada contra os jornalistas que, em 2 de novembro de 2003, transmitiram as conversas gravadas, embora tivessem acessado e feito uso de informações confidenciais de processos criminais pendentes. Não foram colocadas restrições à divulgação

1052 Ver §§ 60 e 61 do acórdão.

1053 A Corte aceitou repetidamente a divulgação de informações de investigações criminais secretas pendentes, por exemplo, em *Pinto Coelho v. Portugal*, n. 28439/08, 28 de junho de 2011; *Laranjeira Marques da Silva v. Portugal*, n. 16983/06, 19 de janeiro de 2010; *Campos Dâmaso v. Portugal*, n. 17107/05, 24 de abril de 2008; *Dupuis e Outros v. França*, n. 1914/02, 7 de junho de 2007; e *Du Roy e Malaurie v. França*, n. 34000/96, CTEDH 2000-X.

1054 Como observou a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, "onde o manto do sigilo é usado para encobrir violações dos direitos humanos, não só as autoridades estatais não cumpriram o seu dever de proteger os direitos dos seus cidadãos, mas também a democracia e o Estado de Direito estão seriamente em perigo. Isso não é menos verdadeiro quando afirmações extensivamente amplas das noções de sigilo de Estado se estendem a informações ou dados sobre os quais o público tem um interesse legítimo de divulgação" (ver Recomendação 1983 (2011) da Assembleia Parlamentar sobre "Abuso de sigilo de Estado e segurança nacional: obstáculos ao escrutínio parlamentar e judicial das violações dos direitos humanos" e a Resposta do Comitê de Ministros à Recomendação 1983 (2011), adotada na 1146ª reunião dos Deputados dos Ministros (20 de junho de 2012)). A Assembleia também expressou sua preocupação com o fato de as autoridades alemãs, suíças e italianas terem ameaçado, ou mesmo processado editores da mídia, jornalistas ou outros denunciantes por supostas violações de sigilo oficial, depois de denunciarem casos de corrupção ou outros abusos da autoridade pública (ver Resolução 1551 da Assembleia Parlamentar (2007) sobre "Questões de julgamento justo em processos criminais relativos a espionagem ou divulgação de segredos de Estado"). A Assembleia chegou ao ponto de reconhecer o valioso papel dos denunciantes, observando que suas ações oferecem uma oportunidade para fortalecer a responsabilidade e reforçar a luta contra a corrupção e a má gestão, tanto no setor público como no privado (Resolução 1729 (2010) sobre "Proteção de 'denunciantes'"). Se o sigilo do Estado não pode ser invocado para encobrir as violações dos direitos humanos, *a fortiori* a confidencialidade das investigações criminais não pode ser usada indevidamente para esconder das pessoas a conduta indevida e flagrante de funcionários de alto escalão do Estado.

1055 Ver as "informações" da Procuradoria-Geral da República de 15 de dezembro de 2003 mencionadas no § 20 do acórdão, e contrastar com a carta do Procurador-Geral de 11 de novembro de 2003 referida no § 14 do acórdão.

1056 Ver a decisão do promotor de 25 de março de 2004 a que se refere o § 30 do acórdão.

das conversas gravadas quando os procuradores do Ministério Público enviaram as gravações e as respectivas transcrições à Corte Constitucional. Agindo dessa forma, o Procurador-Geral, o seu gabinete e os procuradores confirmaram *ex post facto* a legalidade da divulgação das informações confidenciais devido ao seu claro interesse para o povo lituano. Essa decisão não foi arbitrária. Pelo contrário, estava de acordo com o padrão europeu, tendo em vista a seriedade do perigo que representava para o regime democrático da Lituânia na época dos fatos.

Por último, a divulgação das conversas gravadas não pode ser razoavelmente imputada à SSD, aos procuradores ou aos juízes envolvidos no processo. Seria precipitado atribuir a qualquer uma dessas instituições ou pessoas a responsabilidade por um "vazamento" que poderia ter sido causado por terceiros, tais como funcionários da prestadora de serviços de telecomunicações ou quaisquer outras pessoas que possam ter tido acesso às informações transmitidas à SSD e posteriormente à Procuradoria-Geral da República. Não é irrelevante acrescentar que a gravação da conversa telefônica de 16 de março de 2003 foi desclassificada apenas em 1 de novembro de 2003, e tornada pública no dia seguinte, tendo sido mantida em sigilo durante esse período de mais de sete meses.

Tendo em vista os fatos do caso, não posso deixar de concluir que o art. 8 não foi violado devido à divulgação aos meios de comunicação da conversa do recorrente com J.B. de 16 de março de 2003. A mesma conclusão se aplica *a fortiori* à divulgação das suas conversas durante os procedimentos da Corte Constitucional.

Revisão da Escuta Telefônica Pelo SSD

A maioria também considera uma violação do art. 13, vez que a lei não previa uma apreciação judicial subsequente. A Lei sobre Atividades Operacionais ("a LOA") prevê tal apreciação, mas apenas se houver uma "requisição" da pessoa sob vigilância[1057], o que significa que a lei não prevê uma apreciação judicial automática subsequente da interceptação do telefone de alguém, realizada pelo juiz, por sua própria iniciativa, após o término da interceptação. Essa grave lacuna não foi sanada pelos tribunais internos nos processos subsequentes, uma vez que os diversos esforços realizados pelo requerente para contestar a ordem judicial que autorizava a escuta telefônica foram infrutíferos. Assim, a deficiência do sistema de supervisão judicial reside não apenas na ineficiência prática das vias de recurso colocadas à disposição do requerente nesse caso específico, mas no próprio panorama jurídico como um todo.

De acordo com a jurisprudência da Corte, as escutas telefônicas realizadas pelos serviços secretos com o objetivo de proteger a segurança nacional devem ser submetidas a controles rígidos, tanto no que diz respeito à sua autorização como

1057 Art. 6, § 9, da LOA.

à sua implementação[1058]. No contexto de medidas encobertas de vigilância e coleta de informações, a lei deve ser suficientemente clara em seus termos para dar aos cidadãos uma indicação adequada das condições e procedimentos segundo os quais as autoridades estão habilitadas a recorrer a essa medida, incluindo as seguintes condições e procedimentos:

> 1. uma definição das categorias de pessoas que podem ter suas comunicações interceptadas secretamente;
>
> 2. a natureza das infrações penais ou atividades que representam uma ameaça à segurança nacional que podem dar origem a uma ordem de interceptação;
>
> 3. o grau de suspeita razoável de que a pessoa está envolvida nesses crimes e atividades;
>
> 4. o princípio da necessidade, de acordo com o qual a interceptação só pode ser ordenada se o estabelecimento dos fatos por outros métodos menos intrusivos tenha se provado ineficaz ou, excepcionalmente, se outros métodos menos intrusivos forem considerados improváveis de êxito;
>
> 5. um limite para a duração de tal interceptação;
>
> 6. exame por um órgão independente, como um juiz, que inclui o exame dos autos e a avaliação dos fundamentos de fato e de direito para a autorização da interceptação;
>
> 7. o procedimento a ser seguido para examinar, usar, armazenar e destruir os dados obtidos, com uma descrição detalhada do escopo da supervisão do juiz durante a fase de implementação e após o término da interceptação;
>
> 8. as condições a serem cumpridas e as precauções a serem tomadas ao comunicar os dados a outras partes;
>
> 9. o dever de notificar a pessoa sob vigilância sobre a interceptação quando ela terminar, desde que os interesses da segurança nacional não sejam ameaçados por tal divulgação;
>
> 10. garantias especiais quanto ao sigilo das comunicações advogado-cliente, médico-paciente e sacerdote-penitente.

Voltando ao presente caso, deve notar-se que, embora em certos aspectos a legislação lituana cumpra os requisitos acima referidos, em outros aspectos é insuficiente. A lei define os fins para os quais a interceptação secreta pode ser usada: prevenir ou descobrir crimes graves e menos graves, monitorar as atividades de serviços especiais de outros Estados, procurar pessoas desaparecidas, proteger as pessoas de "influência criminosa" ou proteger a ordem constitucional, independência nacional, segurança econômica, segurança nacional e segredos de Estado[1059]. A vigilância só pode ser permitida mediante requerimento escrito e fundamentado, que pode ser feito exclusivamente pelo Procurador-Geral ou pelo Procurador-Geral Adjunto ou pelo procurador-chefe ou procurador-chefe adjunto dos procuradores regionais, com base nos dados apresentados pelos chefes das entidades responsáveis pela atividade operacional ou seus mandatários. O requerimento deve identificar as pessoas e os objetos a serem colocados sob vigi-

1058 O padrão europeu foi estabelecido em *Iordachi e Outros v. Moldávia*, n. 25198/02, 10 de fevereiro de 2009; *Associação para a Integração Europeia e os Direitos Humanos e Ekimdzhiev v. Bulgária*, n. 62540/00, 28 de junho de 2007; *Aalmoes e Outros v. Holanda* (dezembro), n. 16269/02, 25 de novembro de 2004; *Weber e Saravia v. Alemanha* (dez.), n. 54934/00, CTEDH 2006-XI; e *Klass e Outros v. Alemanha*, 6 de setembro de 1978, Série A n. 28.

1059 Art. 5 da LOA.

lância[1060]. Deve, ainda, estabelecer os fundamentos "que justificam o pedido de exercício das atividades operacionais" e "o objetivo da investigação"[1061]. Por fim, o documento deve especificar a duração da vigilância proposta[1062].

A ordem que autoriza a vigilância só pode ser emitida sob a autoridade dos presidentes dos tribunais regionais ou dos presidentes das divisões criminais desses tribunais. Essa autorização judicial deve, em princípio, ser concedida antes da vigilância ocorrer[1063]. As exceções ao procedimento acima descrito só são possíveis em casos urgentes: a autorização é então dada por um dos procuradores acima referidos. Nesse caso, o procurador que proferiu a decisão deve, no prazo de vinte e quatro horas, requerer ao juiz competente a confirmação dos fundamentos da operação. Se o juiz não confirmar a ordem do promotor, a interceptação deve ser encerrada e os dados coletados imediatamente destruídos[1064]. A vigilância pode ser autorizada por um período máximo de três meses. Esse prazo pode ser estendido, mas apenas por meio de um novo documento e nova autorização[1065].

No entanto, a LOA também revela várias lacunas graves no que se refere à fase em que é autorizada a interceptação de comunicações telefônicas. A competência extremamente ampla da SSD inclui "a resolução de crimes e o apuramento da identidade das pessoas que ... já cometeram atos criminosos", tarefa essa que se coincide com a função de investigação do promotor público no âmbito do processo penal[1066]. Qualquer "pessoa preparando, executando ou que executou um crime" se enquadra na categoria de pessoas que podem ser submetidas a ordens de interceptação ou quaisquer outras investigações operacionais, ampliando, assim, a lista de crimes elegíveis para quase todas as disposições do Código Penal e outras leis penais[1067]. A lei não detalha o grau de razoabilidade da suspeição contra uma pessoa para fins de autorização de interceptação ou qualquer medida de vigilância encoberta. Além disso, não contém a salvaguarda fundamental de que a interceptação ocorra apenas quando houver a impossibilidade de se atingir os objetivos de outra forma.

No presente caso, o juiz competente autorizou a escuta telefônica com base em diversas atividades criminosas "descritas no pedido" e após ter acesso ao "arquivo do caso (informação operativa e outros dados)"[1068]. A argumentação exposta na ordem do juiz também se refere ao fato de outras medidas resolutivas

1060 Art. 10, § 4 (2) e (4), da LOA.
1061 Art. 10, § 4 (3) e (7) da LOA.
1062 Art. 10, § 4 (6) da LOA.
1063 Art. 10, § 1 da LOA.
1064 Art. 10, § 2 da LOA.
1065 Art. 10, § 5 da LOA.
1066 Art. 5, inciso (2) da LOA.
1067 Art. 9, inciso (1) *in fine* da LOA.
1068 Ver § 9 do acórdão.

já terem sido esgotadas sem sucesso. Apesar de sua lamentável brevidade, a ordem de escutas telefônicas continha motivos suficientes.

Os fatos de a SSD interceptar conversas entre o requerente e o presidente, e de pelo menos uma das conversas ter sido do presidente para o requerente, não prejudica a legalidade da escuta telefônica. O art. 6, § 3, da LOA prevê um regime de proteção excepcional para o presidente, que pode ser considerado uma prerrogativa funcional estatutária. Essa proibição legal não é violada quando a atividade operacional é ordenada a respeito de qualquer outro cidadão e o presidente do Estado está incidentalmente envolvido na atividade operacional em questão. Essa conclusão é óbvia no presente caso se levarmos em consideração o fato de que o juiz que emitiu a ordem de escutas telefônicas não estava em posição de adivinhar quais pessoas o requerente estaria ligando: em outras palavras, quando autorizou as escutas do telefone do requerente, o juiz não tinha condições de saber que o requerente ligaria para o presidente e seria por ele chamado. Assim, a ordem judicial para o grampeamento do telefone do requerente foi legal e a interceptação permaneceu legal até o final do período autorizado pelo juiz.

Quanto à fase em que se dá a interceptação das comunicações telefônicas, parece que o juiz que expede a ordem desempenha um papel muito limitado. Para verificar se existem salvaguardas suficientes durante essa segunda fase do procedimento de interceptação, quando a vigilância é de fato efetuada ou já terminou, é necessário ter em consideração não apenas o panorama jurídico, mas também a própria prática judicial.

A deficiência mais grave da LOA é a falta de revisão automática da implementação das medidas secretas de vigilância por órgão ou funcionário externo aos serviços que implantam os meios de vigilância e aos promotores requerentes[1069]. Nos termos do art. 21 da LOA, o promotor requerente é responsável pela fiscalização da legalidade das atividades operacionais, podendo obter informações sobre a condução e os resultados das atividades. Além disso, os serviços que efetivamente implantam meios especiais de vigilância realizam uma "revisão interna" das atividades operacionais. Não há análise independente sobre se esses serviços de fato cumprem as ordens judiciais que autorizam o uso de tais meios, ou se reproduzem fielmente os dados originais dos autos. Da mesma forma, não existe uma revisão independente para determinar se os dados originais são de fato destruídos dentro do prazo legal quando a vigilância se revelar infrutífera. O juiz que emitiu a ordem de vigilância não precisa ser informado quando o uso de meios especiais de vigilância terminou, nem há qualquer obrigação de informar o juiz de emissão quando o uso de meios especiais de vigilância foi interrompido antes do final do período autorizado. A LOA não prevê o conhecimento

1069 Conforme exigido pela jurisprudência da Corte (ver *Associação para Integração Europeia e Direitos Humanos e Ekimdzhiev*, citado acima, § 85, e *Iordachi*, citado acima, § 47).

do juiz sobre os resultados da fiscalização e não o obriga a rever se os requisitos da lei foram cumpridos. Não existem regulamentos que especifiquem com um grau de precisão adequado a forma de rastrear as informações obtidas através da vigilância, os procedimentos para preservar a sua integridade e confidencialidade e os procedimentos para a sua destruição. Se as informações recolhidas não se enquadrarem no âmbito do pedido de utilização de meios especiais de vigilância e não incidirem sobre a vida privada das pessoas sob vigilância, nenhuma solução é prevista, a lei apenas prevê a destruição de dados relativos à vida privada das pessoas sob vigilância, quando as informações relativas ao objetivo das atividades operacionais não se revelaram verdadeiras[1070].

As pessoas submetidas à vigilância secreta não são notificadas desse fato, uma vez que a lei não prevê a notificação de pessoas submetidas à interceptação secreta em nenhuma circunstância ou momento. O resultado disso é que, a menos que sejam subsequentemente processados com base no material coletado por meio da cobertura da vigilância, ou a menos que haja vazamento de informações, as pessoas envolvidas não podem saber se alguma vez foram monitoradas. O efeito prático da "apelação" prevista no art. 6, § 9, da LOA restringe-se assim, pelo menos em teoria, a essas duas situações. Quando as pessoas sob vigilância não são processadas posteriormente e não ocorre vazamento, elas não podem buscar reparação por interferências ilegais em sua privacidade.

A supervisão geral do sistema de vigilância secreta é confiada ao Parlamento, que a exerce através de uma comissão especializada. A comissão parlamentar permanente é responsável por "fiscalizar a proteção dos direitos e liberdades constitucionais no curso das atividades operacionais" e "analisar os fundamentos e a oportunidade das atividades operacionais"[1071]. No entanto, a forma como o Parlamento efetua a sua fiscalização não está prevista na lei. Parece que o comitê não tem o poder de revisar a legalidade de toda e qualquer medida de vigilância, incluindo grampeamento telefônico, depois de encerrada e, em caso de sua ilegalidade, declará-la nula e sem efeito.

No presente caso, o sistema jurídico deficiente foi agravado pela omissão das autoridades nacionais, tanto a nível administrativo como judicial, em fornecer ao recorrente qualquer via legal para contestar a legalidade da ordem de interceptação telefônica, a ação tomada posteriormente para implementá-la e as conversas interceptadas resultantes. Apesar de o requerente ter tentado interpor diversas "apelações" junto da SSD, promotor público e tribunais, nenhuma dessas instituições e pessoas assumiu competência para tratar dessas queixas. Em suma, as autoridades nacionais deixaram o requerente num buraco negro jurídico, o que violou o seu direito a um recurso sob o art. 13 da Convenção.

1070 Art. 6, § 8, da LOA.
1071 Art. 23 da LOA.

Vida Privada e Interceptações Telefônicas: um Possível Diálogo Entre as Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos

Luiz Guilherme Arcaro Conci[1072]

Introdução

O presente artigo fazer uso de uma ferramenta importante para a comparação jurídica e para a análise qualitativa dos padrões de concretização dos direitos humanos, que diz respeito ao exercício de verificação de *standards* hermenêuticos usados pelos tribunais e a possibilidade de sua utilização por outros tribunais. Trata-se do tema dos diálogos entre cortes e os seus efeitos nas jurisdições nacionais e internacionais(CONCI; MEZZETTI, 2017) e, mais especificamente, para o presente artigo, o diálogo entre cortes internacionais baseadas em sistemas regionais de proteção de direitos humanos.

Para o presente trabalho, recorremos ao voto que o Juiz Pinto de Albuquerque proferiu, enquanto juiz da Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH), no caso Draksas v. Lituania[1073] (CEDH), para, a partir de um possível diálogo com dois julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos para analisar a viabilidade de fertilização recíproca em termos de otimização da proteção de direitos humanos. Tal intento tem por objetivo analisar o *quantum* de proteção estabelecido pelos tribunais se aproxima ou se distancia em ambientes

1072 Professor de Teoria do Estado e Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo – SP – Brasil), onde coordena o Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional e é Professor Permanente do PEPG em Governança Global e Políticas Públicas Internacionais (Stricto Sensu). Professor Titular de Teoria do Estado da Faculdade de São Bernardo do Campo (São Paulo – SP – Brasil). Doutor e Mestre em Direito (PUC-SP), com estágio de estudos pós-doutorais no Instituto de Direito Parlamentar da Universidade Complutense de Madri (2013-2014). Professor Visitante nas Universidades de Bolonha (2016), Buenos Aires (2011-2014), Medelín (2019) e Messina (2019). Atualmente, é professor visitante na Universidade de Turim (2021). E-mail: lgaconci@hotmail.com. Líder do Grupo de Pesquisas sobre Direitos Fundamentais (PUC-SP/CNPq). https://orcid.org/0000-0001-8502-8990.
1073 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Draksas v. Litunia.

jurídicos que preveem os mesmos direitos e as mesmas proteções judiciais, é dizer, os direitos de proteção à vida privada e o direito a um recurso efetivo, o que ocorre tanto com o Sistema Europeu (SEDH) quanto com o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos (SIDH).

1. Diálogos Entre Cortes como Ferramentas Para a Legitimação De Decisões Judiciais

No campo dos direitos humanos, o inter-relacionamento entre ordens jurídicas e, mais especificamente, entre a jurisprudência que se produz a partir de tais ordens é um importante meio de argumentação e, consequentemente, de legitimação de decisões tomadas por tribunais, especialmente em ambientes normativos permeados pelos mesmos direitos, veiculados por textos que se assemelham e, mais ainda, pouco elucidativo a respeito do seu conteúdo até a sua efetiva utilização em um caso concreto(CONCI; GERBER, 2016, p. 233-277 e BORGES; PIOVESAN, 2019, p. 5-2).

Ruth Ginsburg e Deborah Merrit (1999, p. 253) provocaram a questão em uma reflexão bastante apropriada, tendo como exemplo a pouca disposição dialogante da Suprema Corte dos EUA, e atestando como isto afetava qualitativamente o conteúdo dos seus julgados:

> "In the area of human rights, experience in one nation or region may inspire or inform other nations or regions (…) comparative analysis emphatically is relevant to the task of interpreting constitutions and enforcing human rights. We are the losers if we neglect what others can tell us about endeavors to eradicate bias against women, minorities, and other disadvantaged groups. For irrational prejudice and rank discrimination are infectious in our world. In this reality, as well as the determination to counter it, we all share".

O necessário diálogo entre cortes serve para alimentar qualitativamente a jurisprudência constitucional e convencional. Isso é ainda mais importante tendo em vista que se tratar de um quadrante da jurisdição excessivamente preocupado com as consequências de suas decisões, mas fundado em textos muito fluidos, cuja composição concreta ocorre somente a partir de casos concretos, onde uma variedade de fontes é usada para se chegar a uma decisão.

Trata-se da necessidade de se pensar o direito como uma "rede transversal construtiva" (NEVES, 2014, p. 198-211), envolvendo um entrelaçamento de ordens jurídicas em torno de um mesmo problema constitucional, implicando o "reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem" por meio do diálogo, que não se reduz, unicamente, a um diálogo interjurisdicional, mas, também, "cada vez mais questões que poderão envolver instancias estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca da solução de problemas tipicamente constitucionais"(NEVES, 2014, p. 194). Este cenário exige uma aproximação aberta a partir da observação por parte daqueles que proferem decisões cuja interpretação tenha alto de grau de obrigatoriedade.

Para entender o entrelaçamento entre ordens jurídicas referido, é necessário compreender que tal relação entre tais ordens dos Estados e/ou dos organismos internacionais não pode ser analisada segundo um olhar focado exclusivamente na hierarquia entre fontes e normas, tão comum em nossa comunidade jurídica. Deve-se adotar uma leitura horizontal, em que redes normativas são formadas, fundando um processo de alimentação recíproca de ordens jurídicas, além de se perceber que há outros atores que disputam o cenário nacional e internacional com os tradicionalmente conhecidos. Enfrentar tal complexidade não depende de leituras meramente hierarquizadas para o relacionamento entre ordens jurídicas, o que empobrece o processo exageradamente, dado o complexo heterárquico de normas jurídicas existente e aplicável (WALKER, 2003, p. 4)[1074].

A interação entre os tribunais, pontualmente, pode ocorrer de modos bastante diversos, conforme a disposição de abrir seu processo decisório para o cenário internacional ou estrangeiro. Esta disposição auxilia enormemente a compreensão das decisões, mas, mais ainda, a sua própria legitimação dada a necessária progressividade que marca o tema dos direitos humanos (CONCI, 2015, p. 117).

No presente artigo, pensamos na necessidade de que tais tribunais não somente conheçam, mas também utilizem os referenciais de outros tribunais como meio de dar mais consistências às suas próprias decisões. E, também, para analisar o padrão que vem sendo utilizado por tais referentes e verificar a possibilidade, no caso concreto, de estabelecer a melhor proteção para os direitos humanos envolvidos, concretizando os deveres de progressividade e o princípio *pro persona*.

Resta ainda afirmar que o diálogo pode se estabelecer a partir da aceitação dos fundamentos do julgado internacional ou estrangeiro (diálogo positivo), seja parcial ou totalmente, no que diz respeito aos argumentos trabalhados, ou pelo seu afastamento (diálogo negativo[1075]), quando o tribunal analisa e verifica as diferenças que levam à necessidade de se afastar do que fora decidido por outro tribunal. Nos dois casos, espera-se daquele que decide um processo argumentativo mais exigente, de forma fomentar a legitimação de suas próprias decisões.

No presente artigo, esta ferramenta será utilizada para verificar o status da proteção usado por dois tribunais internacionais: a Corte IDH e a Corte EDH, algo que vem sendo cada vez mais presente na vida dos dois tribunais regionais(TORRICOS, 2014).

2. Interceptações Telefônicas E Vida Privada: Dois Temas

1074 WALKER, Neil.(ed), *Sovereignty in transition*, Oxford, Hart, *2003* p. 4: "(…)states are no longer the sole locus of constitutional authority, but are now joined by other sites, or putative sites of constitutional authority, most proeminently (though by no means exclusively) and most relevantly for present purposes those situated at the supra-state level, and the relationship between state and non-state sites are better viewed as heterarchical rather than hierarchical" .

1075 COLÔMBIA, 2011.

Trabalhados Pelo Juiz Pinto De Albuquerque Em Drakšas V. Lituânia

Com o intuito de apresentar os temas que trabalharemos a partir do voto do juiz Pinto de Albuquerque, será dividido o presente tópico em dois subtemas. A intenção, com isto, é analisar o seu desenvolvimento no referido voto para pensar, mais à frente, no efetivo diálogo entre a Corte IDH e a Corte EDH.

2.1. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E SERVIÇO SECRETO

O primeiro tema analisado pelo voto do Juiz Pinto de Albuquerque diz respeito à verificação da divulgação de conversas entre agentes públicos em processos sob sigilo. No caso, deu-se publicidade a duas conversas interceptadas, sendo a primeira, uma chamada do recorrente com J.B, que acabou vazando para uma rede de TV lituana. A outra, do recorrente com o Presidente (Chefe de Estado), a qual depois foi divulgada pela Corte Constitucional, no processo de impeachment do Presidente. Nos dois casos, entendeu o juiz Pinto de Albuquerque que, dado o interesse público envolvido nos casos, não houve violação do artigo 8º da CEDH em nenhuma das duas situações, apontando que o interesse público existente demandava a divulgação, estabelecendo uma leitura própria do artigo 8º da Convenção Europeia[1076], pois "a liberdade de informar e o direito de ser informado prevalecem sobre o sigilo das investigações criminais quando existe um claro interesse público na divulgação de informações confidenciais"[1077]. Para decidir neste sentido, se utiliza de quatro argumentos:

> " (1) a informação divulgada era extremamente grave e apontava para a questão do funcionamento normal de uma sociedade democrática e, especificamente, o bom desempenho das funções do Presidente; (2) a informação divulgada não se referia a quaisquer fatos relativos à vida privada do requerente, de J.B. ou do Presidente, uma vez que se tratava apenas do exercício das funções do Presidente; (3) a informação divulgada foi tão relevante que levou imediatamente à instauração de processo de impeachment contra o Presidente; e (4) a informação divulgada foi tão importante que foi usada em uma audiência pública durante o processo de impeachment perante a Corte Constitucional, que considerou o Presidente culpado por graves violações da Constituição e, ainda, por violação de seu juramento constitucional". [1078]

Em que pese a proteção presidencial que a Constituição oferece, dada as prerrogativas que tal cargo político exige, ela é mitigada no caso em que o recorrente

1076 CONSELHO DA EUROPA. CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. ARTIGO 8° Direito ao respeito pela vida privada e familiar 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros, 1953.

1077 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião parcialmente concordante e parcialmente dissidente do juiz Pinto de Albuquerque.

1078 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião parcialmente concordante e parcialmente dissidente do juiz Pinto de Albuquerque.

(interlocutor), sob vigilância autorizada por ordem judicial, estabelece contato com o Presidente. Ou seja, sob ordem de interceptação, caso a pessoa entre em contato com autoridade protegida legal e constitucionalmente em função do cargo, esta proteção se esvai, um tema demasiadamente controverso(CONCI, 2018, p. 425-439).

Sobre o tema, a maioria se posicionou de forma diferente quanto à primeira conversa, naquela em que estava ausente o Presidente, pois "informações sobre as investigações que antecedem ao processo devem se manter confidenciais". Quanto à segunda, também se entendeu que no caso da conversa interceptada e que envolvia o Presidente, dado o maior escrutínio que uma autoridade pública deve sofrer pela opinião pública, se fazia lícita.

1.1 DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA(RECURSO EFETIVO) PARA PROTEÇÃO A VIOLAÇÃO A DIREITO À VIDA PRIVADA

A maioria do tribunal entendeu, também, que houve violação do artigo 13 da CEDH, que resguarda o direito a um recurso efetivo[1079], visto que o recorrente não encontrou um recurso hábil no plano doméstico lituano para julgar o seu pleito, dado que tanto órgão de vigilância (serviço secreto), tribunais e promotor não admitiram ter competência para sua análise, violando o direito estabelecido no artigo 13 da CEDH.

A lei nacional lituana não previa apreciação judicial *a posteriori,* de ofício, somente admitindo que tal análise ocorresse em função de pedido daquele que sofre a vigilância. Estaria, assim, tal regramento interno a violar o padrão europeu já sedimentado pela Corte EDH em julgados, que estabelece um escrutínio forte em casos tais, "tanto no que diz respeito à sua autorização como à sua implementação"[1080].

A lei lituana, na visão de Pinto de Albuquerque, não cumpre *padrão europeu* pois, dada a flacidez textual das previsões legais, qualquer crime regulado pelo Código Penal poderia permitir a utilização de interceptação telefônica, pois não só inexiste detalhamento do "grau de razoabilidade da suspeição contra uma pessoa para fins de autorização de interceptação ou outra qualquer medida de vigilância encoberta" (p.6), como admite que:

> "Qualquer pessoa preparando, executando ou que executou um crime se enquadra na categoria de pessoas que podem ser submetidas a ordens de interceptação ou quaisquer outras investigações operacionais, ampliando, assim, a lista de crimes elegíveis para quase todas as disposições do Código Penal e outras leis penais" [1081].

1079 CONSELHO DA EUROPA. CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. ARTIGO 13° Direito a um recurso efetivo Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que atuem no exercício das suas funções oficiais, 1953.

1080 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião parcialmente concordante e parcialmente dissidente do juiz Pinto de Albuquerque.

1081 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião parcialmente concordante e parcialmente dissidente do juiz Pinto de Albuquerque.

Outro tema desenvolvido no voto diz respeito à fragilidade dos controles sobre aqueles que implementam as medidas de vigilância gravadas com sigilo. Não existe uma revisão por outras autoridades, obrigatória, para verificar como se dá o processo de execução da medida, ficando limitado, tal controle, aos próprios agentes envolvidos, tanto no que diz respeito ao efetivo cumprimento da ordem judicial de autorização quanto à verificação de que os dados obtidos serão realmente destruídos após se verificar ser infrutífera a investigação. O juiz que autoriza tal meio de investigação não funciona como controlador do modo como sua decisão é implementada, é dizer, não existem ferramentas para verificar se os dados obtidos desaparecerão ou, de outra banda, se serão usados para outros fins que não aqueles previstos na decisão judicial autorizadora. Existe, unicamente, um dever genérico de destruir dados que tenham relação com a vida privada do investigado e que não tenham relação com a investigação, que devem ser destruídos. Some-se a isso a ausência de obrigatoriedade, em caso de serem as escutas fundadas na segurança nacional, da própria possibilidade de não se comunicar ao interceptado a ocorrência de tal medida em nenhum momento, mesmo ao final. Isso porque inexiste qualquer dever de notificação da pessoa investigada em qualquer momento ou circunstância, para que tenha conhecimento e possa, de seu turno, ter acesso aos dados obtidos a respeito de si. Significa dizer que se os dados obtidos não forem usados para processar ou se vazarem, a pessoa investigada não poderá controlar o processo e os dados que coletaram informações a seu respeito. Este controle é deixado ao Parlamento, que dispões de uma comissão permanente e especializada para tanto, que deve "fiscalizar a proteção dos direitos e liberdades constitucionais no curso das atividades operacionais e analisar os fundamentos e a oportunidade das atividades operacionais"[1082] (CEDH, p. 8).

No caso concreto, entendeu o juiz Pinto de Albuquerque que o sistema jurídico lituano falhou ao também não fornecer ao recorrente acesso à justiça administrativa ou judicial no sentido de impugnar as violações sofridas tanto a respeito das conversas telefônicas obtidas quanto para análise da própria legalidade da sua interceptação. Apesar das tentativas, nenhum órgão (serviço secreto, tribunais ou promotor) admitiu ter competência sobre o assunto, violando, assim, o direito estabelecido no artigo 13 da CEDH.

2. Os Casos De Interceptação Telefônica e a Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e o Padrão Interamericano

Os temas da inviolabilidade das comunicações e vida privada foram enfrentados em dois casos pela Corte IDH. Foram eles os casos Tristán Donoso[1083] e Escher[1084] (CIDH, 2009). Nos dois casos, o tribunal estabeleceu o seu padrão de controle, que chamaremos de *padrão interamericano*.

Em Tristán Donoso, conversas entre um advogado e seu cliente foram divulgadas pelo então Procurador Geral da Nação, no Panamá. Neste caso, a Corte IDH estabeleceu um padrão de análise para o escrutínio convencional da restrição ao direito à vida privada, no sentido de que:

> "El derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y [estricta] proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática"[1085].

Verifica-se, assim, que o referido escrutínio se impõe a partir da exigência de previsão legal, de um lado, e do teste da proporcionalidade, por outro. Quando ao exame da existência de previsão legal, deve estar de acordo com o art. 30 da CADH para que a interceptação ocorra.

Quanto ao exame da proporcionalidade, a Corte IDH procede a subdividi-lo em três exames parciais: idoneidade da medida para o alcance do fim almejado; necessidade e o exame da ponderação, ou proporcionalidade em sentido estrito. A partir deste exame, aponta que a divulgação das comunicações entre advogado e cliente, por servidor público, implicou em "ingerência na vida privada" do Sr. Donoso. Por outro lado, a Corte IDH afirma que a forma como ocorreu a divulgação (a um clérigo e ao colégio de advogados) não cumpriu com os requisitos da lei, e "configurou ingerência arbitrária que violou o direito à vida provada de Tristán Donoso consagrado no artigo 11.2 da Convenção"[1086]. Neste caso, a corte analisa os requisitos de idoneidade e necessidade da medida, além da ponderação de direitos, no caso concreto de forma mais direta.

Outro caso julgado pela Corte IDH, no mesmo ano, foi o caso Escher. Neste caso, tanto a interceptação, quanto a gravação e divulgação de conversas telefônicas violaram direitos das vítimas (art. 11 da CADH). A Corte IDH reitera o padrão que estabelecera em Donoso, ou seja, análise da regulação legal nacional e o exame da proporcionalidade. Sobre a exigencia de previsão legal, afirma que "las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material"[1087], fixando uma regra importante para analizar tais situações.

1082 CEDH p. 8.

1083 CIDH, 2009.
1084 CIDH, 2009.
1085 CIDH, §56, 2009.
1086 CIDH, §83, 2009.
1087 CIDH, § 77, 2009.

Os dois casos, assim, permitem que verifiquemos um padrão a partir do uso tanto da exigência de previsão legal no âmbito do estado parte quanto da realização do exame da proporcionalidade, frisando que em Donoso tal exame tenha mais qualidade argumentativa.

3. É Possível Extrair Elementos dos Casos Referidos para uma Análise Comparativa?

Ainda que os casos tenham o tema da interceptação telefônica e da proteção da vida privada como centro de suas atenções, os contextos são distintos. Em Draksas, trata-se de interceptação telefônica feita pelo serviço secreto, enquanto fundada em lei para a proteção da segurança nacional (Lei de Atividades Operacionais), enquanto Donoso e Escher, apesar de estarem fundadas no tema da interceptação, não analisam situações de segurança nacional. Mas, em todos eles, agentes públicos (serviço secreto, polícia ou Procurador Geral) afirmam a necessidade de analisar a ocorrência de crimes por parte dos envolvidos e recebem autorização judicial para tanto.

No escrutínio interamericano, como vimos, análise da previsão legal para a interceptação no âmbito do estado parte e o exame da proporcionalidade, em suas três fases, formam o padrão da análise que a Corte IDH se utiliza para verificar a licitude dos fatos nacionais.

Já na análise feita em Draksas, o juiz Pinto de Albuquerque elenca dez critérios para a verificação da legalidade de tais interceptações[1088]. Algumas delas poderiam melhorar sensivelmente a proteção da vida privada em casos de interceptação telefônica pela Corte IDH, como veremos.

O tema da proteção das atividades desenvolvidas por aqueles cujas comunicações são interceptadas deve levar em conta o descarte das informações

1088 "1 uma definição das categorias de pessoas que podem ter suas comunicações interceptadas secretamente;
2. a natureza das infrações penais ou atividades que representam uma ameaça à segurança nacional que podem dar origem a uma ordem de interceptação;
3. o grau de suspeita razoável de que a pessoa está envolvida nesses crimes e atividades;
4. o princípio da necessidade, de acordo com o qual a interceptação só pode ser ordenada se o estabelecimento dos fatos por outros métodos menos intrusivos tenha se provado ineficaz ou, excepcionalmente, se outros métodos menos intrusivos forem considerados improváveis de êxito;
5. um limite para a duração de tal interceptação;
6. exame por um órgão independente, como um juiz, que inclui o exame dos autos e a avaliação dos fundamentos de fato e de direito para a autorização da interceptação;
7. o procedimento a ser seguido para examinar, usar, armazenar e destruir os dados obtidos, com uma descrição detalhada do escopo da supervisão do juiz durante a fase de implementação e após o término da interceptação;
8. as condições a serem cumpridas e as precauções a serem tomadas ao comunicar os dados a outras partes;
9. o dever de notificar a pessoa sob vigilância sobre a interceptação quando ela terminar, desde que os interesses da segurança nacional não sejam ameaçados por tal divulgação;
10. garantias especiais quanto ao sigilo das comunicações advogado-cliente, médico-paciente e sacerdote-penitente".

obtidas e o acesso, por parte daqueles que sofrem a interceptação, ao conteúdo do que foi apurado. Neste sentido, afirma Pinto de Albuquerque que deve existir um "dever de notificar a pessoa sob vigilância sobre a interceptação quando ela terminar, desde que os interesses da segurança nacional não sejam ameaçados por tal divulgação". Significa dizer que a proteção da vida privada também exige o conhecimento, por parte da vítima, do ocorrido e do conteúdo sobre si obtido. É uma proteção importante, especialmente em tempos em que a guarda e manipulação de dados deve ser fiscalizada intensamente. Neste ponto, a Corte IDH avançaria muito em discutir o tema para a região.

Como consequência do anterior, surge a exigência de que existe um "procedimento a ser seguido para examinar, usar, armazenar e destruir os dados obtidos, com uma descrição detalhada do escopo da supervisão do juiz durante a fase de implementação e após o término da interceptação". Tal abordagem também daria mais segurança e controlabilidade ao procedimento todo, com o intuito de maior proteção para aquele que sofre as restrições e poderia aprofundar a proteção estipulada no caso interamericano.

Por outro lado, a partir dos dois julgados da Corte IDH, verifica-se que a Corte EDH poderia adotar, ao invés do exame da necessidade (item 4), o exame da proporcionalidade, em suas três dimensões, tal qual feito pela Corte IDH. Trata-se de um exame mais exigente, dado que se exige um percurso argumentativo mais exaustivo. Neste sentido, Tridimas (1999, p.68)[1089] afirma que:

> "O teste tripartite recebeu algum suporte judicial, mas, na prática, a Corte não distingue na sua análise entre o segundo e o terceiro sub-exame (necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Também, como se verá, em alguns casos, a Corte diz que um meio é compatível com a proporcionalidade sem pesquisar por alternativas menos restritivas ou se, eventualmente, existem alternativas. A característica essencial do princípio é que a Corte faz uso de um exercício de sopesamento entre os objetivos perseguidos pelo meio sob julgamento e seus efeitos sobre as liberdades individuais".

Significa dizer que o teste tripartite poderia auxiliar em um escrutínio mais exigente da medida, se comparado ao que propõe Pinto de Albuquerque com o seu critério da necessidade. Proceder-se-ia, assim, a um escrutínio mais exigente com vistas a que a proteção da vida privada ocorresse de modo mais profundo.

Quanto aos demais critérios, especialmente os que não se aplicam em função da excepcionalidade do caso Draksas, estão analisados nos casos comentados da Corte IDH, de modo que as especificidades dos argumentos denotam uma adaptação regional ao seu conteúdo e aplicação.

Conclusão

1089 TRIDIMAS, 1999, p.68.

A potencialidade do recurso ao diálogo entre as Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos vem sendo explorada de modo cada vez mais presente pelas duas cortes se o tema é analisado em perspectiva temporal. Neste sentido, se faz uso de um recurso importante para a legitimação das decisões de tais cortes internacionais.

No presente texto, procurou-se pensar na possibilidade de potencial afirmação desta necessidade a partir do tema das interceptações telefônicas e da proteção da vida privada. Trata-se de um expediente meramente exemplificativo que busca demonstrar a importância de tal ferramenta para construir argumentos jurídicos em decisões proferidas por tribunais que trabalham com bases normativas fundadas em proposições convencionais fluidas.

Referências

BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O Diálogo Inevitável Interamericano E A Construção Do Ius Constitutionale Commune. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 24, n. 3, p. 5-26, 2019.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Draksas vs. Lituania, Sentença de 31/10/2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Escher y otros vs. Brasil, Sentença de 6 de Julho de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Tristán Donoso vs. Panamá, Sentença de 27 de janeiro 2009.

COLÔMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA, Sentença C-442 de 2011.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Diálogo entre Cortes e o controle de convencionalidade: algumas reflexões sobre a relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. L. Mezzetti e L. G. A. Conci (coords.). *Diálogo entre as Cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*, 2015.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin. Diálogo entre Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: controle de convencionalidade concomitante ao controle de constitucionalidade. FIGUEIREDO, Marcelo e CONCI, Luiz Guilherme Arcaro(Coords.). *A Jurisprudência e o Diálogo entre Tribunais: A proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível. Rio de Janeiro: Lumen Juris*, p. 233-277, 2016

CONCI, Luiz Arcaro; MEZZETTI, Luca (Ed.). *Diálogo entre cortes*. U. Externado de Colombia, 2017.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. The Lula da Silva case: background and the effects of his conviction. *DPCE online* 35 (2): 425-439, 2018.

GINSBURG, Ruth Bader e MERRIT, Deborah Jones, Affirmative Action: An International Human Rights Dialogue, 21, *CARDOZO L. REV*. 253, p. 271, 1999.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na America Latina. *Revista Informação Legislativa* n. 201, ano 51, Senado Federal, Brasilia, pp. 198-211, 2014.

TORRICOS, Marcela Rita Ortiz. *EL diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los tribunales constitucionales de la región andina y el Tribunal Europeo de derechos humanos - hacia un derecho americano y global de los derechos humanos*. Tese de Doutorado. Valência, 2014.

TRIDIMAS, Tarkis. Proportionality in Comunity Law: Searching for the Apropriate Standard of Scrutinity. In: ELLIS, Evelin (org.). *The principle of proportionality in the laws of Europe*. Oxford: Hart, 1999

X. Liberdade de Expressão

Caso Movimento Raeliano Suíço v. Suíça

Opinião Dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque

O caso *Movimento raeliano suíço* é sobre a liberdade de expressão de uma minoria. Esse caso diz respeito à proibição de uma campanha de cartazes pelas autoridades suíças em detrimento da associação requerente. As partes concordaram que a proibição da exibição dos cartazes da associação requerente estava "prevista na lei", na medida em que estava prevista no art. 19 do Regulamento Administrativo da cidade de Neuchâtel. As partes também concordaram que essa lei visa os objetivos legítimos de prevenção do crime, a proteção da saúde e da moral e a proteção dos direitos de terceiros. A questão contestada no presente caso é a da proporcionalidade e necessidade da proibição de cartazes. Por trás disso está a velha questão do controle do Estado sobre a comunicação no espaço público, especialmente em relação ao que John F. Kennedy certa vez chamou de "filosofias alienígenas"[1090].

Eu discordo respeitosamente das conclusões da maioria. As razões da minha discordância serão apresentadas em três partes. A primeira parte trata da justificação para a supervisão da Corte na interferência na liberdade de expressão do requerente e o valor da doutrina do "foro público" no ordenamento europeu de direitos humanos. A segunda parte estabelece os critérios para que haja fiscalização da Corte. Vou estudar a natureza da interferência, usando um teste duplo para diferenciar entre obrigações negativas e positivas; considerar a forma do discurso, objetivando estabelecer o âmbito da liberdade de expressão em *outdoors* públicos e na Internet, com seus hiperlinks; e avaliar a natureza do discurso em

1090 O Presidente John F. Kennedy: "Não temos medo de confiar ao povo americano fatos desagradáveis, ideias estrangeiras, filosofias alienígenas e valores competitivos. Pois uma nação que tem medo de deixar seu povo julgar a verdade e a falsidade em um mercado aberto é uma nação que tem medo de seu povo."

questão, destacando as diferenças entre o discurso comercial, religioso e filosófico. Estabelecidos os critérios de fiscalização, continuarei, na terceira parte, com a aplicação no presente caso do teste de proporcionalidade, tendo em vista as razões apresentadas pelos tribunais nacionais para a interferência, quais sejam, ateísmo científico, clonagem, "geniocracia" e "meditação sensual", juntamente com o teste de necessidade, avaliando o escopo da proibição dos cartazes.

A Supervisão da Corte na Interferência

O presente caso proporcionou à Corte a oportunidade de se pronunciar sobre os limites da apreciação do Estado a respeito do uso do espaço público para o exercício da liberdade de expressão. A jurisprudência da Corte é escassa, mas esclarecedora a este respeito. No caso *Appleby e Outros v. Reino Unido*, em que foi recusada aos requerentes a permissão de recolher assinaturas para uma petição em um shopping privado, a Corte considerou que não se podia inferir, do art. 10 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que o Estado tinha a obrigação positiva de criar direitos de entrar em propriedade privada ou mesmo em todas as propriedades públicas, como escritórios governamentais e ministérios, a fim de fazer valer o direito à liberdade de expressão, se existissem meios alternativos e eficazes para os interessados transmitir sua mensagem. A Corte não excluiu a possibilidade de que tal obrigação positiva pudesse surgir, entretanto, quando a proibição de acesso à propriedade tivesse por efeito impedir o exercício efetivo da liberdade de expressão ou quando pudesse ser dito que a essência desse direito foi destruída[1091]. No caso *Murphy v. Irlanda*, a Corte aceitou que seria difícil de aplicar de forma justa, objetiva e coerente uma disposição em que o Estado, ou qualquer órgão por ele designado, pudesse filtrar, caso a caso, publicidade religiosa como inaceitável ou excessiva. Assim, a ação do Estado nesse sentido deve ser "imparcial, neutra e equilibrada"[1092]. No caso *Women On Waves e Outros v. Portugal*, a Corte tratou de uma interferência no exercício da liberdade de expressão nas águas territoriais do Estado demandado, as quais eram abertas pela sua própria natureza, com a consequência de que qualquer interferência na liberdade de expressão em tais espaços deveria ser excepcional. Além disso, a Corte reafirmou que o art. 10 protege não só o conteúdo das ideias e informações expressas, mas também a forma como eram veiculadas[1093].

Essa questão, entretanto, foi examinada por algum tempo pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que formulou a doutrina do foro público sob a luz da

1091 *Appleby e Outros v. Reino Unido*, n. 44306/98, §§ 47-49, CtEDH 2003-VI, referindo-se a *Marsh v. Alabama*, 326 EUA [Relatórios da Suprema Corte dos Estados Unidos] 501.

1092 *Murphy v. Irlanda*, n. 44179/98, §§ 76-77, CtEDH 2003-IX.

1093 *Women On Waves e Outros v. Portugal*, n. 31276/05, §§ 39-40, 3 de fevereiro de 2009.

Primeira Emenda da Constituição Federal dos Estados Unidos[1094]. A doutrina do foro público foi refinada ao longo dos anos, culminando no caso *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, em que a Suprema Corte estabeleceu uma categorização de três níveis de foros públicos. A primeira categoria é o foro público tradicional, que inclui locais que, por longa tradição ou por regulação do governo, foram dedicados à reunião e ao debate[1095]. Em um foro público tradicional, o Estado não pode restringir a fala com base no conteúdo, a menos que ele possa demonstrar que sua regulamentação é necessária para servir a um interesse público preponderante e está formulada de modo a alcançar esse interesse. A segunda categoria é o foro público limitado, definido como uma propriedade pública que o Estado abriu para uso do público como um local para atividade expressiva. Embora o Estado não precise manter indefinidamente um foro público limitado aberto ao público, enquanto o foro estiver aberto, qualquer restrição estatal do discurso nesse foro estará sujeita às mesmas regras aplicáveis a um foro público tradicional[1096]. A terceira categoria é o foro não-público, que, por tradição ou finalidade, não é uma plataforma apropriada para uma comunicação irrestrita. Aqui, o Estado tem muito mais latitude para a regulamentação da liberdade de expressão. Além de aplicar regulamentos de tempo, lugar e forma, o Estado pode reservar o foro para os fins a que se destina, desde que a regulamentação do discurso seja razoável e não um esforço para suprimir a expressão apenas porque as autoridades se opõem à opinião do orador[1097]. Assim, "a existência de

1094 Ver a referência em *Appleby e Outros*, citada acima, § 26.

1095 No caso fundamental *Hague v. CIO*, 307 US 496 (1939), a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que um decreto municipal exigindo uma licença para uma assembleia pública em ruas, rodovias, parques ou edifícios públicos da cidade era nulo. O princípio estabelecido pela Suprema Corte era que "onde o título de ruas e parques se encontre, eles foram imemorialmente mantidos sob domínio para uso do público e, desde muito tempo vem sido usados para fins de reuniões, comunicando pensamentos entre cidadãos e discutindo questões públicas". Outros casos de foros públicos dizem respeito à área externa do prédio da Suprema Corte (*Estados Unidos v. Grace*, 461 US 171 (1983)) ou calçadas (*Frisby v. Schultz*, 487 US 474 (1988)).

1096 Entre os foros públicos designados ou limitados estão um teatro municipal aberto para produções privadas (*Southeastern Promotions Ltd. v. Conrad*, 420 US 546 (1975)), reuniões abertas do conselho escolar (*Cidade de Madison v. Wisconsin Employment Relations Comm'n*, 429 US 167 (1976)), recintos de feiras estaduais abertos a diferentes grupos comunitários (*Heffron v. International Society for Krishna Consciousness*, 452 US 640 (1981)) e instalações para reuniões universitárias (*Widmar v. Vincent*, 454 US 263 (1981)).

1097 Em *Perry Education Association v. Perry Local Educators 'Association*, 460 US 37 (1983), uma maioria muito pequena considerou que um sistema de correio interescolar e pastas de cartas de professores eram foros não públicos. A CtEDH estabeleceu uma distinção entre, por um lado, discriminação de conteúdo, ou seja, discriminação contra o discurso por causa de seu objeto — que pode ser permissível se preserva os objetivos do foro limitado – e, por outro lado, discriminação de ponto de vista, ou seja, discriminação por causa da ideologia, opinião ou perspectiva motivadora específica do palestrante, que é presumida inadmissível quando dirigida contra o discurso que de outra forma estaria dentro das limitações do foro. Outros foros não públicos são, de acordo com a Suprema Corte, prisões (*Adderlewy v. Florida*, 385 US 39 (1966)), escolas (*Grayned v. Cidade de Rockford*, 408 US 104 (1972)), ônibus urbanos (*Lehman v . Cidade de Shaker Heights*, 418 US 298 (1974)), bases militares (*Greer v. Spock*, 424 US 828 (1976)), caixas de correio residenciais (*US Postal Service v. Council of Greenburgh Civil Associations*, 453 US 114 (1981)), uma campanha anual de caridade criada pelo governo federal visando funcionários federais (*Cornelius v. NCAACP Legal Defense and Education Fund*, 473 US 788 (1985)), instalações postais, em particular uma calçada próxima à entrada de uma agência dos correios dos EUA (*Estados Unidos v. Kokinda*, 497 US 720 (1990)) e terminais de aeroporto (*International Society for Krishna Consciousness v. Lee*, 505 US 672 (1992)). Os foros públicos, designados ou não públicos, também podem incluir foros virtuais, como esquemas de financiamento e solicitação (*Rosenberger v. Reitor e Visitantes da Universidade de Virgínia*, 515 US 819 (1995)), canais de acesso público exigidos pelas autoridades locais de franquia de TV a cabo (*Denver Area Educ. Telecomm. Consortium, Inc. v. FCC*, 518 US 727 (1996)) e um debate de candidatos em uma rede de televisão estatal (*Arkansas Educational Television Commission v. Forbes*, 523 US 666 (1998)).

um direito de acesso à propriedade pública e o padrão pelo qual as limitações a tal direito devem ser avaliadas diferem dependendo do caráter da propriedade em questão"[1098]. No caso específico dos *outdoors*, a Suprema Corte decidiu que uma regulação que permitia a publicidade comercial no local (uma placa anunciando produtos ou serviços disponíveis na propriedade onde a placa estava localizada), mas proibia outra publicidade comercial e não comercial usando sinais de estrutura fixa, a menos que permitido por exceções especificadas, como sinais de campanha política temporária, violava a liberdade de expressão de empresas que estavam envolvidas nos negócios publicados no *outdoor*[1099].

A Suprema Corte canadense também considera que as restrições à liberdade de expressão em lugares públicos devem ser interpretadas de forma estrita. No caso *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canadá*, a Suprema Corte considerou que as disposições dos regulamentos de concessão de aeroportos que proibiam a realização de qualquer negócio ou empreendimento, comercial ou não, e qualquer publicidade ou solicitação em um aeroporto, exceto autorizados por escrito pelo Ministro, eram inconsistentes com a liberdade de expressão garantida na seção 2(b) da Carta Canadense dos Direitos e das Liberdades[1100]. No caso específico dos *outdoors* e cartazes, a Suprema Corte declarou como inconstitucional a proibição absoluta de colocar cartazes em propriedades públicas[1101] e afirmou o direito de colocar anúncios políticos nas laterais dos ônibus pertencentes ao sistema de transporte público[1102].

A doutrina do foro público foi recentemente adotada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que considerou que a administração do Aeroporto de Frankfurt não tinha o direito de proibir, na área de *check-in*, a distribuição de folhetos criticando a política de deportação do governo. Ao decidir se

1098 Essa doutrina tem sido muito criticada, *inter alia*, por não abordar os valores envolvidos em encontrar um equilíbrio adequado entre os interesses publíco e individual concorrentes ou por não fornecer uma apreciação judicial verdadeira nos casos em que o padrão de razoabilidade é aplicável (ver, por exemplo, Jakab, "Public Forum Analysis After Perry Education Association v. Perry Local Educators 'Association — A Conceptual Approach to Claim of First Amendment Access to Publicly Owned Property", *Fordham L. Rev.*, 54 (1986), 545; e Dienes, "The Trashing of the Public Forum: Problems in First Amendment Analysis", *Geo. Wash. L. Rev.*, 55 (1986), 109).

1099 *Metromedia, Inc. v. Cidade de San Diego*, 453 US 490 (1981).

1100 *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canadá*, (1991) 1 SCR [Relatórios da Suprema Corte do Canadá] 139. Em sua opinião, a juíza L'Heureux-Dubé declarou o seguinte: "Se o governo tivesse total discrição para tratar sua propriedade como faria um cidadão privado, ele poderia diferenciar com base no conteúdo, ou escolher entre pontos de vista específicos, e conceder acesso a calçadas, ruas, parques, gramado do tribunal e até ao Parliament Hill apenas àqueles cuja mensagem estivesse de acordo com as preferências do governo. Tal padrão seria antitético ao espírito da Carta e destruiria o verdadeiro significado da liberdade de expressão.

1101 *Ramsden v. Peterborough (Cidade)*, (1993) 2 SCR 1084.

1102 *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, (2009) 2 SCR 295.

houve violação da liberdade de expressão, o tribunal considerou, de acordo com "o modelo do foro público" (*nach dem Leitbild des öffentlichen Forums*), que o desejo de criar uma "atmosfera agradável" (*Wohlfühlatmosphäre*) para os viajantes, livres de debates políticos ou sociais, não poderia justificar a proibição dos folhetos em questão em um espaço público, como a área de *check-in* de um aeroporto. Tampouco as razões baseadas no conteúdo, ou seja, o fato de que a distribuição de folhetos foi proibida porque a administração aeroportuária não compartilhava das opiniões expressas, as desaprovava ou as considerava suscetíveis de prejudicar a sua atividade, justificavam qualquer restrição à liberdade de expressão. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha estava, no entanto, disposto a admitir restrições à liberdade de expressão em alguns locais públicos sensíveis onde houvesse "um medo concreto de que ocorram incidentes graves" (*ernsthafte Störungen konkret zu befürchten sind*)[1103].

Conforme expressado reiteradamente pelas Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais, a doutrina do foro público é de suma importância para os regimes democráticos, porque se baseia no princípio da neutralidade do conteúdo da regulação estatal da expressão em área pública. De acordo com esse princípio, não se presume que o Estado apoia todas as mensagens que são comunicadas em instalações e espaços públicos. Quando uma determinada mensagem circula em espaço público, não há pressuposto de que o Estado endossa tácita ou expressamente o conteúdo dessa mensagem. Esse princípio deriva diretamente do princípio da igualdade de todos os cidadãos perante a lei e da correspondente proibição de discriminação de cidadãos por parte das autoridades públicas.[1104]

A jurisprudência da Corte, especialmente no caso *Women On Waves e Outros* (citada acima), já sugere esse mesmo princípio. A liberdade de expressão que *Women On Waves* garantiu no espaço marítimo aberto de um Estado também deve ser reconhecida em seu espaço público em terra. O presente caso apresentou uma oportunidade para afirmar explicitamente esse princípio. Na verdade, a Corte tem constantemente reconhecido que o art. 10 § 2 deixa aos Estados Contratantes uma margem de apreciação, que é concedida tanto ao legislador interno como aos órgãos, judiciais entre outros, que são chamados a interpretar e aplicar as leis vigentes. No entanto, essa margem anda de mãos dadas com uma supervisão europeia[1105]. A Corte deve certificar-se de que a interferência na questão é "necessária em uma sociedade democrática", ou seja, corresponde a uma "necessidade social premente" e é "proporcional ao legítimo objetivo perseguido", razões invocadas pelas autoridades nacionais para justificar a interferência, portanto, sendo "relevante e suficiente" para os fins do § 2 do art. 10 da Convenção[1106]. Assim, a interferência na liberdade de expressão justifica-se se obedecer a um teste duplo: o teste da necessidade e o teste da proporcionalidade. O teste da necessidade avalia se a interferência no direito ou na liberdade corresponde adequadamente à "necessidade social" (interesses sociais e direitos e liberdades de terceiros) perseguida e não vai além do necessário para atender a essa "necessidade social"[1107]. O teste de proporcionalidade avalia se um equilíbrio justo dos direitos, liberdades e interesses em conflito foi alcançado, enquanto garante que a essência (ou núcleo mínimo) do direito ou liberdade é respeitado[1108]. A caracterização formal de um local como foro público em vista de sua função principal não resolve *per se* a questão, mas é certamente um elemento valioso, entre outros, para averiguar o direito, liberdade ou interesse prevalecente. Além desse elemento de espaço, o equilíbrio também leva em consideração a natureza, a forma e o tempo da fala, o status do falante, a natureza e o grau da interferência, assim como a natureza da necessidade social a ser satisfeita. Sujeito às restrições impostas pelos interesses sociais e "direitos e liberdades de terceiros" previstos no art. 10 § 2 da Convenção, a liberdade de expressão em foro público é aplicável não apenas às ideias que são favoravelmente recebidas ou consideradas como inofensivas ou indiferentes, mas também para aquelas que ofendem, chocam ou perturbam a maioria. Tais são as exigências do pluralismo, tolerância e abertura,

1103 Ver julgamento do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, 22 de fevereiro de 2011, § 106.

1104 A filosofia política subjacente a esta jurisprudência foi formulada em *Abrams v. Estados Unidos*, 250 US 616 (1919) pelo juiz Oliver Wendell Holmes com estas palavras: "Quando os homens perceberem que o tempo perturbou muitas religiões combativas, eles podem vir a acreditar... que o bem final desejado é melhor alcançado pela livre troca de ideias - que o melhor teste da verdade é o poder do pensamento de ser aceito na competição do mercado, e que a verdade é a única base sobre a qual seus desejos podem ser realizados com segurança. De qualquer forma, essa é a teoria de nossa Constituição". Embutida no método socrático, a teoria do "mercado de ideias" sustenta que a verdade surge da competição de ideias amplamente divulgadas em um discurso público transparente e livre. O conceito está enraizado em *Areopagitica: A speech for the Liberty of Unlicensed Printing to the Parliament of England*, 1644, de John Milton, e foi posteriormente desenvolvido em *A Liberdade*, de John Stuart Mill, 1859. O discurso de Milton pode ser resumido em sua frase muito citada: "Embora todos os ventos da doutrina tenham sido liberados de atuar sobre a terra, de modo que a verdade esteja em campo, agimos de forma injuriosa, ao licenciar e proibir, duvidando de sua força. Deixe que ela e a falsidade lutem; quem conheceu a verdade piorada em um encontro livre e aberto?" Na filosofia continental, a mesma teoria foi apresentada primeiro pelo artigo de Immanuel Kant sobre o iluminismo político intitulado "Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?", publicado pelo jornal *Berlinische Monatsschrift*, em dezembro de 1784. Quatro anos depois, Mirabeau publicou *De la liberté de la presse, imité* de Milton, que adaptou a obra de Milton à situação política francesa às vésperas dos Estados Gerais. Mais recentemente, essa ideia fundamental foi colocada no centro do debate filosófico pela abordagem não metafísica da teoria redefinida de John Rawls de uma "sociedade bem ordenada" e o papel da "razão pública" nela e a abordagem pós-metafísica da teoria da "esfera pública" e sua "racionalidade comunicativa" de Jürgen Habermas (ver respectivamente, *O Liberalismo Político*, de Rawls, New York, 1993, e *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, de Habermas, Frankfurt, 1992).

1105 Ver *Handyside v. Reino Unido*, 7 de dezembro de 1976, § 48, Série A n. 24.

1106 Ver *The Sunday Times v. Reino Unido* (n. 1), 26 de abril de 1979, § 59, Série A n. 30. Esse julgamento esclareceu a formulação inicial do princípio no § 49 do julgamento de *Handyside*.

1107 O teste de "adequação" verifica se há uma "conexão racional" entre a interferência e a necessidade social, estabelecendo uma relação instrumental plausível entre elas, como a CtEDH declarou pela primeira vez em *Ashingdane v. Reino Unido*, 28 de maio de 1985, § 57 , Série A n. 93. O teste da medida menos intrusiva contempla o comprometimento mínimo ao direito ou liberdade em jogo, perguntando se existe um meio igualmente eficaz, mas menos restritivo, disponível para promover a mesma necessidade social.

1108 Sobre a proteção da "essência" ou do núcleo mínimo da liberdade do art. 10, ver *Appleby*, citado acima, § 47, que reitera o princípio estabelecido em *Ashingdane*, citado acima, § 57. Assim, o teste de proporcionalidade (ou "razoabilidade" ou "equilíbrio justo") não se sobrepõe inteiramente à proteção do núcleo mínimo (ou da "essência") dos direitos e liberdades em jogo.

sem as quais não há "sociedade democrática"[1109]. Para usar as palavras de George Orwell, "Se liberdade significa alguma coisa, significa o direito de dizer às pessoas o que elas não querem ouvir"[1110].

O governo alegou que a aprovação do cartaz significaria que haveria uma autorização implícita das ideias do requerente por parte do Estado[1111]. Esse argumento não combina com uma sociedade democrática moderna. Em uma sociedade pré-moderna, para que as ideias fossem publicadas no foro público, era necessária uma prévia aceitação *nihil obstat et imprimatur* (literalmente, "não há obstáculo e você pode imprimir") das autoridades, sendo essa autorização em alguns casos expressa e em outros tácita. O Estado tinha que aprovar o conteúdo de cada livro, cada peça de trabalho criativo, cada discurso feito em espaço público. A história da Europa testemunha a longa e árdua luta contra esta forma de controle do Estado, luta essa que se concretizou com o grandioso reconhecimento de que "a livre comunicação de ideias e opiniões é um dos mais preciosos dos direitos do homem", conforme previa art. 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão[1112]. Qualquer tipo de *nihil obstat* estatal no que diz respeito ao conteúdo da mensagem comunicada no espaço público significaria, hoje em dia, um inadmissível retrocesso civilizacional aos tempos pré-modernos. Como escreveu Immanuel Kant, um governo que busca impor tal controle *nihil obstat et imprimatur* sobre a disseminação pública de ideias polêmicas deve ser rejeitado, uma vez que *Caesar non est supra grammaticos*[1113].

A Natureza da Interferência

Os limites entre as obrigações positivas e negativas do Estado nos termos

1109 Ver *Handyside*, citado acima, § 49, e *Women On Waves e Outros*, citado acima, § 42.

1110 Eric Arthur Blair escreveu um prefácio para a primeira edição de seu *A Revolução dos Bichos* (1945), onde essa frase foi incluída. O prefácio não foi publicado e só foi descoberto no texto datilografado original do autor alguns anos depois. Foi publicado no *The Times Literary Supplement*, 15 de setembro de 1972.

1111 Assim como o governo, os tribunais nacionais decidiram a matéria com base essencialmente neste mesmo argumento (ver decisão da Corte Administrativa de 22 de abril de 2005, p. 11, e especialmente a sentença do Tribunal Federal de 20 de setembro de 2005, p. 11: "é ainda mais importante garantir que o Estado não dê qualquer apoio a essa publicidade, disponibilizando espaço público para a mesma, o que pode sugerir que endossa ou tolera as opiniões ou condutas em questão").

1112 O mais árduo desses lutadores no continente europeu foi Voltaire, que escreveu em seu *Dictionnaire Philosophique*, 1764: "Temos o direito natural de fazer uso de nossas canetas como da nossa língua, por nossa conta e risco". Mas, bem antes dele, a publicação na Inglaterra da iluminadora *Areopagitica* de John Milton, ela própria uma obra proibida, marcou o início da oposição filosófica e política à censura pré-publicação do conteúdo do discurso como uma consequência lógica da liberdade de expressão.

1113 Referindo-se aos poderes do Estado, Kant escreveu que o monarca não tinha o poder de governar as ideias e, portanto, não poderia submeter a discussão pública de opiniões ao controle governamental prévio de conteúdo: "Na verdade, Sua Majestade se prejudica se interferir nesses assuntos submetendo os escritos em que seus súditos tentam esclarecer suas ideias à supervisão governamental, quando ele o faz agindo de acordo com sua própria visão mais elevada — caso em que ele se expõe à reprovação: *Caesar non est supra grammaticos...*" (*"Es tut selbst seiner Majestät Abbruch, wenn er sich hierin mischt, indem er die Schriften, wodurch seine Untertanen ihre Einsichten ins reine zu bringen suchen, seiner Regierungsaufsicht würdigt, sowohl wenn er dieses ausor dieses eigener Höchsten Eigener Höchsten Eigener Höchsten, Vertão Sessor Höchsten non est supra grammaticos..."*); Immanuel Kant, "Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?", 1784.

da Convenção não se prestam a uma definição precisa[1114]. A resposta a essa pergunta não depende simplesmente da forma como ela é formulada, conforme o governo manteve em seu memorial. Essa não é uma mera questão linguística.

Há um duplo teste lógico para verificar se a Corte está diante da presença de obrigações positivas ou negativas. Por um lado, a Corte deve se perguntar se a ausência de qualquer ação por parte das autoridades nacionais teria resultado em uma violação da Convenção. Se as autoridades policiais e administrativas de Neuchâtel não tivessem tomado qualquer providência a respeito do cartaz, nem sequer existiria o caso. Portanto, a questão em jogo é a ação de interferência (ou seja, a recusa de autorização) por parte do Estado requerido com um direito da Convenção, ao invés da falha do Estado em tomar medidas positivas para proteger um direito da Convenção.

Por outro lado, a Corte deve considerar se, em caso de violação da Convenção, seria necessária uma ação complementar do governo para recolocar o requerente na situação em que se encontrava antes dessa violação. Se a constatação de uma violação não implica a necessidade de qualquer ação restaurativa por parte do governo, isso indica uma obrigação negativa. Se a constatação de uma violação implicar na necessidade de ação restaurativa adicional por parte do governo, isso indica uma obrigação positiva. No caso em questão, as autoridades nacionais tomaram a iniciativa de proibir os cartazes contestados permitidos pela empresa *Société Générale d'Affichage* em 2001 e reiteraram a proibição em julho de 2004. Nenhuma ação restaurativa seria agora possível, e o Estado simplesmente teria que parar de proibir campanhas semelhantes da associação requerente no futuro. Assim, o Estado tinha a obrigação de se abster de restringir a liberdade de expressão da associação requerente, recusando-se a permitir a campanha de cartazes.

Em suma, o presente caso deve ser analisado em termos das obrigações negativas decorrentes do art. 10 da Convenção. Essa conclusão afetará a margem de apreciação concedida ao Estado no presente caso, uma vez que a Corte considera que essa margem é mais estreita no caso das obrigações negativas decorrentes da Convenção[1115].

A Forma do Discurso

Em primeiro lugar, as autoridades nacionais censuraram a campanha de cartazes solicitada que a associação requerente pretendia realizar nas ruas e parques de Neuchâtel. Por tradição e finalidade, *outdoors* públicos nas ruas e parques são foros públicos. O mesmo se aplica aos painéis públicos administrados por uma empresa privada em nome das autoridades municipais. Assim, a expressão nesse espaço público privilegiado é incompatível com a censura baseada no con-

1114 Ver, por exemplo, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Suíça* (n. 2) [GC], n. 32772/02, § 82, CtEDH 2009.

1115 Ver *Women On Waves e Outros*, citado acima, § 40.

teúdo e deixa uma estreita margem de apreciação ao Estado.

Vale ressaltar que as autoridades suíças examinaram não apenas o conteúdo do site da associação requerente mencionada no cartaz, mas também o de outros sites — em particular do site *Clonaid* e do site *apostasie.org* — que estavam acessíveis por meio de hiperlinks no site do requerente, bem como em livros do Movimento e de seu líder e na revista *Apocalypse*. A Corte não pôde estabelecer o estado exato dos sites visitados pelas autoridades nacionais no momento dos fatos e o governo não apresentou provas a esse respeito. As partes discutiram se, para efeitos de exame da proporcionalidade e da necessidade da medida controvertida, seria adequado ter em consideração o conteúdo dos vários websites referidos pelas autoridades nacionais.

A Corte exerce a sua supervisão à luz do caso como um todo[1116]. Por conseguinte, um exame global do contexto do caso exige também a análise do conteúdo dos sites em questão. Tal exame deve considerar, em particular, o fato de que a Internet é a rede mais aberta e dinâmica da história. Se as ruas e parques de uma cidade são os foros públicos históricos por excelência, a Internet é o mercado global de ideias de hoje[1117]. Consequentemente, à luz de uma garantia efetiva, e não ilusória, da liberdade de expressão consagrada no art. 10, e tendo em mente o valor crucial de serviço público da Internet, os usuários devem ter o maior acesso possível aos conteúdos da Internet, aplicações e serviços à sua escolha, sejam ou não oferecidos

1116 Ver *Handyside*, citado acima, § 50, e *The Sunday Times (n. 1)*, citado acima, § 60.

1117 O acesso aberto e não discriminatório à utilização da Internet tem sido uma grande preocupação da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, que aprovou a Resolução 1877 (2012) sobre a proteção da liberdade de expressão e informação na Internet e nos meios de comunicação online, e a Recomendação 1906 (2010) sobre repensar os direitos criativos para a era da Internet, e o Comitê de Ministros, que aprovou, entre outros, CM/Rec (2007) 16 sobre medidas para promover o valor do serviço público da Internet, CM/Rec (2008) 6 sobre medidas para promover o respeito pela liberdade de expressão e informação em relação aos filtros da Internet, juntamente com uma Declaração sobre a neutralidade da rede, uma Declaração sobre a gestão dos recursos de endereços de protocolo da Internet de interesse público e uma Declaração sobre a agenda digital para a Europa, toda de 29 de setembro de 2010 e inspirada na Declaração Ministerial de Granada sobre a Agenda Digital Europeia, de 19 de abril de 2010. A mesma preocupação foi sentida do outro lado do Atlântico. Em resposta ao interesse do Governo Federal em regulamentar o conteúdo do discurso na Internet de modo a promover seu crescimento, a Suprema Corte dos EUA declarou em *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 US 844 (1997): "Consideramos esse argumento particularmente não persuasivo. A dramática expansão desse novo mercado de ideias contradiz a base factual dessa controvérsia. O registro demonstra que o crescimento da Internet foi e continua a ser fenomenal. Por uma questão de tradição constitucional, na ausência de provas em contrário, presumimos que a regulamentação governamental do conteúdo do discurso é mais provável de interferir na livre troca de ideias do que de encorajá-la. O interesse em encorajar a liberdade de expressão em uma sociedade democrática supera qualquer benefício teórico, mas não comprovado, da censura." Uma pequena maioria confirmou essa abordagem louvável no seguimento de *Reno*, *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 542 US 656 (2004). Um ano antes, a Suprema Corte havia dado um passo atrás, ao recusar o status de foro público ao acesso à Internet em bibliotecas públicas (ver *Estados Unidos v. American Library Association*, 539 US 194 (2003)), com base em uma interpretação pobre e não convincente do componente tradicional da doutrina do foro público e uma categorização infeliz da Internet como uma extensão tecnológica de uma estante de livros, negligenciando assim o fato de que, se as bibliotecas tivessem o direito de restringir o recebimento do público de informações já disponíveis na Internet, isso equivaleria ao direito de impedir o acesso aos livros já disponíveis na estante, ou seja, o direito à censura. Como observam as opiniões dissidentes e perspicazes dos juízes Stevens e Souter, a maioria admite os riscos de bloquear o acesso de adultos a uma quantidade substancial de material não obsceno prejudicial às crianças, mas lícito para o exame de adultos, e a uma quantidade substancial de texto e fotos prejudiciais a ninguém.

gratuitamente, utilizando dispositivos adequados à sua escolha[1118]. Esse princípio de neutralidade da Internet impõe às partes interessadas públicas e privadas da Internet (provedores de acesso, plataformas de compartilhamento de conteúdo, motores de busca) a obrigação de não recusar, não fornecer ou encerrar de forma discriminatória o acesso à Internet, com os governos tendo o dever adicional de garantir que todas as partes interessadas sejam responsabilizadas por violações da liberdade de expressão e de informação de seus usuários. Portanto, os usuários não devem estar sujeitos a nenhum licenciamento ou outros requisitos de efeito semelhante, nem a quaisquer medidas gerais de bloqueio ou filtragem por parte das autoridades públicas, ou às restrições que vão além das aplicadas a outros meios de entrega de conteúdo. Nos casos em que circunstâncias excepcionais justificarem bloqueio de conteúdo ilícito, é necessário evitar que usuários que não façam parte do grupo de proteção — para o qual o filtro foi criado — sejam afetados.

Sendo a Internet um foro público por excelência, o Estado tem uma estreita margem de apreciação no que diz respeito às informações divulgadas por esse meio. Ainda mais em relação aos hiperlinks para páginas da web que não estão sob o controle de fato ou de direito de quem criou o hiperlink (o "*hyperlinker*")[1119]. Nesse caso, a estreita margem de apreciação do Estado é determinada pelo princípio de que nenhuma responsabilidade pode ser imputada ao *hyperlinker* com base no conteúdo ilegal das páginas conectadas, exceto quando o *hyperlinker* tem controle de direito ou de fato sobre a página de destino ou endossou o conteúdo ilegal da página de destino. A ligação por si só não pode ser entendida como uma expressão tácita de aprovação, sendo necessários elementos adicionais para evidenciar a *mens rea* deliberada do *hyperlinker*.

A Natureza do Discurso

A Corte reconheceu que uma ampla margem de apreciação é concedida aos Estados Contratantes quando regulamentam a expressão em relação a assuntos de interesse privado, como aqueles dentro da esfera de assuntos religiosos[1120]

1118 Esse chamado princípio de "neutralidade da Internet", recentemente afirmado pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, compartilha exatamente os mesmos fundamentos ideológicos da doutrina do foro público. O Comitê acrescenta que a gestão do tráfego e a filtragem de conteúdos ilegais não devem ser vistas como um afastamento do princípio da neutralidade da rede, uma vez que as exceções a esse princípio devem ser consideradas com grande cautela e devem ser justificadas por "interesses públicos superiores".

1119 Uma eloquente justificativa disso foi dada pela juíza Abella da Suprema Corte do Canadá em *Wayne Crookes, et al. v. Jon Newton*, (2011) 3 SCR 269, 2011 SCC 47: "A Internet não pode, em suma, fornecer acesso à informação sem hiperlinks. Limitar sua utilidade sujeitando-os à regra tradicional de publicação teria o efeito de restringir seriamente o fluxo de informações e, como resultado, a liberdade de expressão. O potencial "calafrio" sobre como a Internet funciona pode ser devastador, uma vez que os autores do artigo primário dificilmente gostariam de arriscar a responsabilidade por se vincularem a outro artigo cujo conteúdo mutável eles não têm controle."

1120 Ver *Murphy*, citado acima, § 67. No entanto, a CtEDH afirmou claramente que a sua avaliação se restringia à questão de saber se a proibição de um certo tipo (publicidade) de expressão (religiosa) por um meio específico (os meios de difusão) poderia ser justificada nas circunstâncias particulares do caso. De qualquer forma, a compatibilidade desta linha de raciocínio com a própria interpretação da CtEDH sobre a liberdade de religião

e comerciais[1121]. No entanto, há um âmbito limitado, nos termos do art. 10 § 2 da Convenção, para restrições ao discurso político ou outros assuntos de interesse geral[1122].

Levando em consideração não apenas o cartaz contestado, mas também o site ao qual o cartaz se referia e os outros sites para os quais o primeiro site direcionava, e a literatura referida pelas autoridades nacionais, é difícil definir o tipo de discurso em questão no caso presente. Uma coisa é certa: o discurso do Movimento não está dentro do contexto comercial, no qual o público é induzido a comprar um determinado produto. Três razões podem ser apresentadas para apoiar essa avaliação. Em primeiro lugar, o lucro não era um objetivo relevante, muito menos o objetivo principal, da mensagem do Movimento exibida no cartaz ou em seu site. O que estava em jogo nesta comunicação não era o interesse "puramente comercial" da associação requerente[1123]. Na verdade, a associação recorrente nem sequer tem um estatuto regimental com fins lucrativos, uma vez que é uma associação sem fins lucrativos (associação à *but non lucratif*, nos termos do art. 1 da sua Constituição, *statuts révisés de la religion raëlienne en Suisse*). Além disso, não havia proposta de venda no cartaz, e os produtos propostos para venda no site, como livros, tinham uma função informativa, de acordo com a pretensa finalidade pedagógica (*renseigner le grand public*) do Movimento previsto no art. 2 da mesma Constituição. Em segundo lugar, o fato de a associação recorrente ter pago pela fixação do cartaz nos painéis públicos da cidade de Neuchâtel é irrelevante. A expressão não perde a proteção da Convenção a qual, de outra forma,

e o papel neutro do Estado em questões religiosas é problemática, como será demonstrado.

1121 Ver *Markt Intern Verlag GmbH e Klaus Beermann v. Alemanha*, 20 de novembro de 1989, § 33, Série A n. 165; *Groppera Radio AG e Outros v. Suíça*, § 72, 28 de março de 1990, Série A n. 173; *Casado Coca v. Espanha*, 24 de fevereiro de 1994, § 50, Série A n. 285-A; *Demuth v. Suíça*, n. 38743/97, § 42-43, CtEDH 2002-IX; e *Krone Verlag GmbH & Co. KG v. Áustria* (n. 3), n. 39069/97, § 30, CtEDH 2003-XII. A tarefa da CtEDH limitou-se, nestes casos, a averiguar se as medidas tomadas a nível nacional são "justificáveis em princípio e proporção", o que, de fato, deixa espaço para a supervisão plena da Convenção. Somado a esse critério bastante amplo de supervisão, a justificativa da CtEDH da alegada ampla margem de apreciação em relação ao discurso comercial é problemática. Na verdade, a "área complexa e flutuante" do comércio, da concorrência e da publicidade não deve ser um disfarce para uma menor proteção dos direitos do consumidor, especialmente em vista do crescente consenso internacional sobre padrões de justiça nos negócios e na publicidade. Nessa conjuntura, é também relevante notar que a próprio CtEDH diminuiu significativamente o impacto da jurisprudência do caso *Markt Intern*, na medida em que admitiu que declarações comerciais, ou seja, com motivação comercial ou de outra forma comercial na sua origem, também podem ser envolvidas em um debate de interesse geral e, portanto, a margem de apreciação deve ser concomitantemente reduzida (ver *Hertel v. Suíça*, 25 de agosto de 1998, § 47, Reports of Judgements and Decisions 1998-VI, e *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Suíça*, no . 24699/94, §§ 69-71, CtEDH 2001-VI). A distinção entre "discurso puramente comercial" e discurso comercial com conotações políticas mostra a fragilidade intrínseca do padrão aparentemente generoso de margem de apreciação estabelecido por uma maioria mínima da CtEDH no caso *Markt Intern*.

1122 Ver *Lingens v. Áustria*, 8 de julho de 1986, § 42, Série A n. 103; *Castells v. Espanha*, 23 de abril de 1992, § 43, Série A n. 236; e *Thorgeir Thorgeirson v. Islândia*, 25 de junho de 1992, § 63, Série A n. 239.

1123 Para usar as palavras exatas de *VgT Verein gegen Tierfabriken* e *Demuth* (ambos citados acima), o discurso da associação requerente não foi "puramente comercial" ou "primariamente commercial". Essa mesma conclusão foi alcançada na decisão da Diretoria de Gestão de Terras de 27 de Outubro de 2003 (p. 8): "De fato, o cartaz em questão não anuncia a venda de livros, cursos ou outros artigos. Alguns trabalhos podem ser obtidos por meio do site acima citado, mas essa é uma informação entre outras."

teria direito simplesmente porque aparece na forma de um anúncio pago.[1124] Em terceiro lugar, o direcionamento para o site da *Clonaid* também é irrelevante, uma vez que a associação recorrente e a *Clonaid* eram, à época — e ainda são — entidades jurídicas diferentes. Não foi apresentada à Corte qualquer prova de que a associação recorrente alguma vez obteve ou poderia ter obtido lucros com os serviços de clonagem disponibilizados por terceiros.

O discurso em questão parece estar próximo do debate filosófico, uma vez que a associação requerente afirma estar discutindo a relação entre ciência e religião e estar divulgando uma mensagem supostamente transmitida por extraterrestres a esse respeito. A associação requerente não pretende apenas transmitir uma mensagem sobre o futuro da humanidade, mas também sobre a forma como os homens e mulheres de hoje devem viver, da qual derivam implicações éticas. Se, além disso, levarem em consideração, como fizeram os tribunais nacionais, as referências no site da associação requerente à geniocracia e à campanha pelos direitos das mulheres, o discurso em questão também assume uma conotação política clara, que é reforçada por uma crítica geral do modelo atual de estruturas sociais, políticas e econômicas das sociedades ocidentais. Independentemente do valor intrinsecamente filosófico do discurso, que obviamente não está sob a jurisdição da Corte, é inegável que ele retrata uma "perspectiva geral do mundo", um *Weltanschauung*[1125]. Consequentemente, a natureza abrangente e mista do discurso da associação requerente, envolvendo vários assuntos de interesse geral, estreita a amplitude da margem de apreciação concedida ao Estado.

O Teste de Proporcionalidade

Esclarecidos os critérios de avaliação aplicáveis, a interferência contestada deve agora ser examinada à luz do caso como um todo, a fim de determinar se é "proporcional ao legítimo objetivo perseguido" e corresponde a uma "necessidade social premente", as razões específicas apresentadas pelas autoridades nacionais devem, por conseguinte, parecer "relevantes e suficientes" para esses efeitos. Assim, é necessária uma análise aprofundada dos motivos apresentados pelas autoridades nacionais à luz dos testes de necessidade e proporcionalidade. Essas razões estavam

1124 Como o juiz Brennan escreveu no caso histórico de *New York Times v. Sullivan*, 376 US 255 (1964), "que o Times foi pago pelo anúncio é irrelevante nesse contexto, assim como o fato de que jornais e livros são vendidos". O mesmo raciocínio se aplica a outdoors públicos alugados na cidade de Neuchâtel.

1125 As autoridades nacionais admitiram a existência de uma "concepção espiritual de vida". A decisão da Diretoria de Gestão de Terras de 27 de outubro de 2003 (p. 7) refere-se a uma "concepção global do mundo", que se baseia numa "nova visão do universo que nos dá chaves para despertar o nosso potencial e valores para revolucionar sociedade, ... para permitir que a humanidade transforme a guerra em paz, o trabalho em lazer, a pobreza em autorrealização e o dinheiro em amor". A Diretoria também destacou a conotação política do discurso do Movimento, destacando sua campanha contra a mutilação genital feminina em países africanos e a favor da proteção dos direitos das mulheres no Afeganistão e na África. A mesma caracterização encontra-se no acórdão da Corte Administrativa de 22 de abril de 2005 (p. 8): "essa visão corresponde a uma visão global do mundo".

relacionadas às posições da associação requerente em questões do ateísmo científico, defesa da clonagem e "geniocracia", e às possibilidades de abuso sexual supostamente decorrentes do conteúdo do site e da literatura do Movimento Raeliano.

Ateísmo Científico

O Tribunal Federal admitiu que as ideias anticlericais da associação requerente e especialmente sua redação no cartaz sobre uma mensagem supostamente transmitida por extraterrestres ou sua observação de que a ciência estava substituindo a religião não eram de natureza particularmente provocativa, mesmo que pudessem ser ofensivas para parte da sociedade suíça[1126]. A liberdade de pensamento, consciência e religião garantida pela Convenção implica a liberdade de ter ou não crenças religiosas e de praticar ou não uma religião[1127]. O Estado não pode suprimir ou restringir indevidamente a livre comunicação de todos os crentes, agnósticos, ateus e céticos, sob o pretexto de estar respeitando o sentimento religioso da maioria. Consequentemente, a liberdade de expressão permite críticas à religião, às igrejas, às instituições religiosas e ao clero, desde que não impliquem difamação (ou seja, insulto deliberado de pessoas e instituições)[1128], ou discurso de ódio (ou seja, promoção do ódio contra um grupo religioso)[1129] ou linguagem blasfema (ou seja, depreciação intencional de uma religião em particular ao denegrir sua doutrina ou suas divindades)[1130]. A linha entre a crítica em questões religiosas e a blasfêmia é muito tênue, como mostra a história europeia. Ao traçar essa linha, a Corte parte de uma doutrina libertária civil, segundo a qual a liberdade de expressão deve sempre prevalecer sobre a liberdade de religião, bem como de uma visão contrária do Estado, que concederia às autoridades públicas o poder ilimitado de regular a expressão em espaço público de acordo com o sentimento religioso da maioria. Nem uma nem outra visão extrema está de acordo com o espírito de tolerância que é característica de uma sociedade democrática. Somente uma abordagem que busca equilibrar a liberdade de expressão e a liberdade de outras pessoas de ter crenças religiosas é compatível com a Convenção[1131].

1126 Sentença do Tribunal Federal de 20 de setembro de 2005, p. 8.

1127 Ver o processo principal *Kokkinakis v. Grécia*, 25 de maio de 1993, § 31, Série A n. 260-A, e o caso posterior *Buscarini e Outros v. San Marino* [GC], n. 24645/94, § 34, CtEDH 1999-I.

1128 Ver *Giniewski v. França*, n. 64016/00, CtEDH 2006-I.

1129 Ver *Norwood v. the United Kingdom* (dec.), n. 23131/03, CtEDH 2004-XI.

1130 Ver *Otto-Preminger-Institut v. Áustria*, 20 de setembro de 1994, Série A n. 295-A; *Wingrove v. Reino Unido*, 25 de novembro de 1996, Relatórios 1996-V; e Î.A v. Turquia, n. 42571/98, CtEDH 2005-VIII.

1131 Também apontando nessa direção, ver a Resolução 1510 (2006) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa sobre a liberdade de expressão e o respeito pelas crenças religiosas, segundo a qual a liberdade de expressão não deve ser ainda mais restrita para atender às sensibilidades crescentes de certos grupos religiosos, mas, ao mesmo tempo, o discurso de ódio contra qualquer grupo religioso não é compatível com os direitos e liberdades fundamentais; Recomendação 1804 (2007) sobre Estado, religião, laicidade e direitos humanos, que reiterou que a liberdade de expressão não pode ser restringida por deferência a certos dogmas ou crenças de uma comunidade religiosa específica; e a Recomendação 1805 (2007) sobre blasfêmia, insultos religiosos e discurso de ódio contra pessoas em razão de sua religião, que sublinhou que os grupos religiosos devem tolerar, como outros grupos, declarações públicas críticas e debates sobre

Na verdade, a Corte frequentemente enfatizou o papel fundamental do Estado como o organizador neutro e imparcial do exercício de várias religiões, credos e crenças, e declarou que esse papel é propício para a ordem pública, harmonia religiosa e tolerância em uma sociedade democrática. Além disso, considera que o dever de neutralidade e imparcialidade do Estado é incompatível com qualquer poder do Estado para avaliar a legitimidade das crenças religiosas ou as formas como essas crenças são expressas[1132]. Assim, a tolerância requer uma postura do Estado neutra em relação ao conteúdo das diferentes formas de expressão com conotação religiosa.

No caso em apreço, uma vez que o discurso da associação requerente sobre a substituição das religiões por um alegado "ateísmo científico" e a sua crítica às igrejas estabelecidas não constituíram, à época, uma forma de discurso de ódio, nem de difamação à religião, instituições religiosas ou do clero[1133], não era proporcional proibir o cartaz contestado por esse fundamento.

Clonagem

O Tribunal Federal concluiu que o direcionamento partindo do site da associação requerente até o da empresa *Clonaid* "contribuiu para a promoção de uma atividade ilícita e vai além da simples emissão de uma opinião"[1134]. Na verdade, a clonagem humana é proibida pelo Protocolo Adicional à Convenção de Oviedo de 12 de janeiro de 1998, ratificado por vinte e um dos quarenta e sete Estados membros do Conselho da Europa, incluindo a Suíça. Na época, a Suíça ainda não havia ratificado o Protocolo, uma vez que só deu esse passo em 24 de julho de 2008. No entanto, o art. 119, § 2 (a), da Constituição Federal, sobre a proibição da clonagem humana, já estava em vigorar em março de 2001.

A análise das autoridades nacionais a este respeito foi duplamente indireta, porque se tratava de uma referência no cartaz impugnado ao site do requerente e, por sua vez, a um hiperlink desse site para o site da *Clonaid*. A associação reque-

suas atividades, ensinamentos e crenças, desde que tais críticas não sejam equivalentes a insultos intencionais e gratuitos ou discurso de ódio e não constituam incitamento para perturbar a paz ou à violência e discriminação contra adeptos de uma religião em particular.

1132 Ver *Manoussakis e Outros v. Grécia*, 26 de setembro de 1996, § 47, *Relatórios* 1996-IV; *Hasan e Chaush v. Bulgária* [GC], n. 30985/96, § 78, CtEDH 2000-XI; *Refah Partisi (o Partido do Bem-Estar) e Outros v. Turquia* [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 e 41344/98, § 91, CtEDH 2003-II; e *Leyla Şahin v. Turquia* [GC], n. 44774/98, § 107, CtEDH 2005-XI. Desse ponto de vista, a supressão de todos os tipos de discursos religiosos ou anti-religiosos no espaço público ou nos meios de comunicação públicos não é uma forma não discriminatória de regulamentação da expressão compatível com a Convenção. Como disse o juiz Kennedy, é "simplesmente errado" dizer que o debate não é distorcido, desde que várias vozes sejam silenciadas: o debate é distorcido de várias maneiras (ver *Rosenberger v. Reitor e Visitantes da Universidade de Virgínia*, 515 US 819).

1133 Em acórdão do Tribunal Federal de 16 de setembro de 2003, a crítica do Movimento aos padres pedófilos estava em conformidade com a lei suíça, com o argumento: "É de conhecimento público que existem padres pedófilos e que nem sempre sua hierarquia tomou as medidas necessárias para impedir que aqueles que cometeram tais atos continuassem."

1134 Acórdão do Tribunal Federal de 20 de setembro de 2005, p. 9.

rente não negou manifestar-se a favor da clonagem, mas afirma nunca ter participado em atos terapêuticos ou experimentais no domínio da clonagem humana. Nenhuma prova foi apresentada perante à Corte ou às autoridades nacionais de qualquer participação ou de qualquer controle de fato ou de direito da associação requerente sobre o site da *Clonaid*. Além disso, nenhuma prova foi produzida quanto ao estado dos sites da recorrente e da *Clonaid* na época dos fatos. No entanto, tendo em vista o endosso explícito dado à *Clonaid* pela requerente, deve ser levantada a questão de saber se a ilegalidade dos serviços de clonagem da *Clonaid* poderia prejudicar a legalidade do próprio site da associação requerente.

A promoção da clonagem pela associação requerente e o seu endosso da atividade da *Clonaid* não constituem *per se* um ato ilícito punível pelo direito interno. Na verdade, o Código Penal Suíço prevê o crime de incitação pública à prática de um crime (Öffentliche Aufforderung zum Verbrechen - ver art. 259 do Código Penal), mas essa disposição exige como elemento constitutivo da conduta criminosa que a incitação tenha ocorrido de forma inequívoca em relação a um crime, cuja forma e conteúdo são suficientemente precisos para serem reconhecidos pelos cidadãos comuns e para os influenciar, sendo irrelevante para os fins da disposição o mero endosso de uma ideia[1135]. O próprio Conselho Federal Suíço reconheceu duas vezes, na sua resposta de 10 de setembro de 1997[1136] e na sua resposta de 21 de maio de 2003 (ver § 24 do Acórdão) às perguntas dos parlamentares, a legalidade da atividade do Movimento em promover a clonagem. Uma vez que a associação requerente não exercia qualquer atividade ilegal de clonagem, nem mesmo como cúmplice moral ou material, não era proporcional proibir a mera declaração de um parecer favorável à clonagem.

"Geniocracia"

A associação requerente defende a "geniocracia", que representa o governo por uma elite intelectual. O Tribunal Federal considerou que essa ideologia era "capaz de ofender as convicções democráticas e anti-discriminatórias que sustentam o Estado de Direito"[1137]. A geniocracia é inegavelmente contrária aos princípios democráticos, pois viola o princípio da igualdade de todos os cidadãos. No entanto, como também admitiu o Tribunal Federal, a ideia de geniocracia não é apresentada pelo recorrente como um "verdadeiro projeto político", mas sim como uma "utopia" que seria alcançada voluntariamente[1138]. Esta situação é distinta dos casos em que a Corte considerou que as restrições à liberdade de expressão são proporcionais em relação às organizações que defendem projetos políticos incompatíveis com o conceito de "sociedade democrática"[1139]. Portanto, não era proporcional proibir um mero discurso utópico.

"Meditação Sensual"

O Tribunal Federal deu grande ênfase ao fato de uma série de casos criminais de abuso sexual de crianças envolverem membros do Movimento Raeliano. Foi apontado que certas passagens das publicações acessíveis pelo site do Movimento sobre as noções de "meditação sensual" ou "despertar sensual" de crianças poderiam "chocar seriamente seus leitores" e "levar adultos a cometer atos de abuso sexual"[1140].

A posição oficial do Movimento, expressa em seu site, é a condenação total da pedofilia. Até fundou uma organização chamada "Nopedo", que denuncia casos de pedofilia às autoridades[1141].

Uma avaliação objetiva dessa sensível questão requer uma distinção entre duas situações:

> a) As condenações criminais finais dos membros do Movimento Raeliano por abuso sexual de crianças cometido fora do contexto das atividades da organização dificilmente poderiam ser consideradas como uma razão relevante e suficiente para proibir a campanha dos cartazes em questão, em vista da conexão tênue e remota entre tais condenações, relacionadas com a conduta na esfera da vida privada das pessoas em causa, e o conteúdo do site do Movimento Raeliano.
> b) As condenações criminais finais dos membros do Movimento Raeliano por abuso sexual de crianças cometido dentro do contexto das atividades da organização poderiam justificar a proibição do Movimento como tal e, *a fortiori*, a campanha dos cartazes em questão.

O governo foi convidado a informar a Grande Câmara de todas as condenações finais de membros do Movimento Raeliano por abuso sexual de crianças dentro e fora do contexto das atividades da organização. Na verdade, as únicas condenações criminais definitivas comprovadas até o momento são as seguintes.

> (i) Um acórdão da Corte de Apelação de Colmar, datada de 5 de abril de 2005, decretando uma condenação e uma sentença de prisão de seis anos por "agressão sexual a um menor de 15 anos por um pai ou pessoa com autoridade" como resultado de contato sexual entre um membro do Movimento e seus filhos nos anos de 1995 a 1997. Esses fatos ocorreram dentro dos limites da

1135 Ver, para esse efeito, o acórdão do Tribunal Federal de 5 de julho de 1985 (BGE 111 IV 152: *von einer gewissen Eindringlichkeit, die nach Form und Inhalt geeignet ist, den Willen der Adressaten zu beeinflussen*) e, entre juristas, Stratenwerth e Wohlers, *Schweizerisches Strafgesetzbuchers Handkommentar*, Berne, 2007, p. 649; Stratenwerth e Bommer, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen*, Berne, 2008, pp. 194-95; e Fiolka, em Niggli / Wiprächtiger, *Baseler Kommentar Strafgesetzbuch*, II, Basle, 2007, anotações 10-13 do art. 259. Disposições semelhantes podem ser encontradas, por exemplo, no Código Penal Austríaco (§ 282), no Código Penal Alemão (§ 111), na Lei francesa de 29 de julho de 1881 (art. 23), no Código Penal Italiano (art. 414) e no Código Penal Português (art. 297).

1136 De acordo com a resposta do Conselho Federal de 10 de setembro de 1997, as atividades do Movimento nem deveriam estar — e de fato não estavam — cobertas pela prevenção policial ("De acordo com as diretrizes do [Departamento Federal de Justiça e Polícia] — como aprovada pelo Conselho Federal em 9 de setembro de 1992 sobre a implementação da proteção do Estado, não cabe, em princípio, à Polícia Federal, na qualidade de autoridade policial de prevenção, lidar com tais organizações. Consequentemente, a Polícia Federal não tem informações sobre a área de atuação das seitas raelianas").

1137 Ver acórdão do Tribunal Federal de 20 de setembro de 2005, pág. 9.

1138 Ibid.

1139 Ver, por exemplo, *Refah Partisi (o Partido do Bem-Estar) e Outros*, citado acima, § 132.

1140 Ver acórdão do Tribunal Federal de 20 de setembro de 2005, pp. 9-11.

1141 Em seu acórdão de 16 de setembro de 2003, o Tribunal Federal decidiu que a ação de denúncia de Nopedo não infringia a lei.

vida privada desse membro e não devem ser imputados ao próprio Movimento ou ao seu site.

(ii) Um acórdão da Corte de Apelação de Lyons de 24 de janeiro de 2002 condenando quatro membros do Movimento a penas de prisão de até dezoito meses (com e sem suspensão) por "*corruption de mineures*" (incitação de menores do sexo feminino a se envolverem em atividades sexuais ilegais). Esses crimes consistiram em relações sexuais consensuais com menores de 15 anos ou mais no contexto de reuniões organizadas pelo Movimento em 1996 e 1997.

Ambos os acórdãos foram publicados depois de 2001, o que significa que, no momento relevante da proibição de cartazes, não havia condenações criminais definitivas nas quais a polícia de Neuchâtel e o conselho municipal pudessem basear sua decisão contra a associação requerente. Mesmo após a publicação das condenações acima mencionadas, a Corte Administrativa concluiu que "é verdade que não se pode concluir que o Movimento defenda a pedofilia"[1142]. Enquanto isso, catorze anos se passaram desde que os fatos descritos nas sentenças criminais ocorreram e nenhuma outra condenação se seguiu. As publicações mencionadas pelos tribunais nacionais foram divulgadas há mais de trinta anos e nunca foi aberto nenhum processo para retirá-las do mercado. Em tal situação, a questão é se as razões apresentadas pelas autoridades para justificar a proibição da campanha de cartazes eram suficientes.

Nenhuma ação criminal foi comprovada na Suíça e as que foram comprovadas na França não são suficientes para mostrar um padrão de comportamento de abuso sexual de menores dentro da associação requerente. Uma condenação criminal por práticas sexuais ilícitas consensuais cometidas no contexto das atividades da organização em mais de trinta anos não é certamente uma evidência de um padrão de comportamento perigoso atribuível ao Movimento, especialmente se considerarmos que as publicações alegadamente "perigosas" estiveram disponíveis para o público em geral durante o mesmo período de tempo. Além disso, nem nas razões apresentadas pelos tribunais nacionais, nem nas observações do governo perante a Corte, existe qualquer indicação de que havia um perigo claro e iminente que justificasse a interferência impugnada no momento preciso em que foi realizada. No entanto, a Corte estabeleceu que as medidas que interferem com a liberdade de expressão, que pretendem salvaguardar a ordem pública, prevenir o crime e defender os direitos de terceiros, requerem a evidência de um perigo claro e iminente. Esse padrão foi ignorado pelas autoridades nacionais[1143].

1142 Acórdão da Corte Administrativa de 22 de abril de 2005, p. 12.

1143 Esse padrão foi estabelecido em *Gül e Outros v. Turquia*, n. 4870/02, § 42, 8 de junho de 2010, e reiterado em *Kılıç e Eren v. Turquia*, n. 43807/07, § 29, 29 de novembro de 2011. Um teste semelhante foi usado pela primeira vez pela Suprema Corte dos EUA quando confirmou as condenações dos socialistas anti-guerra sob a Lei de Espionagem de 1917 (*Schenk v. Estados Unidos*, 249 US 47 (1919)) Escrevendo a opinião da Corte, o juiz Oliver Wendell Holmes argumentou que "a questão em cada caso é se as palavras usadas são usadas em tais circunstâncias e são de tal natureza que criam um perigo claro e presente que resultem nos males substantivos que o Congresso tem o direito de prevenir". Em sua dissidência em *Abrams v. Estados Unidos*, 250 US 616 (1919), Holmes refinou o padrão ao dizer que o Estado pode punir discurso "que produza ou se destine a produzir um perigo claro e iminente que trará prontamente certos males substantivos que os Estados Unidos constitucionalmente devem prevenir". Em *Brandenburg v. Ohio*, 395 US 444 (1969), a Suprema Corte substituiu o teste de perigo claro e presente por um teste de incitamento direto, que coincide com o teste de imediatismo de Holmes. Esse mesmo padrão foi estabelecido pelo *Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas em Coleman v. Austrália*, Comunicação n. 1157/2003, UN Doc CCPR/C/87/D/1157/2003 (10 de agosto de 2006), sobre punição criminal por participar em um discurso público em um calçadão sem permissão, que tratava de questões como declarações de direitos, direitos à terra e liberdade de expressão, sem ser ameaçador ou indevidamente perturbador ou de outra forma suscetível de colocar em risco a ordem pública no calçadão. O teste de um "medo concreto de dano grave" do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, embora não se refira diretamente ao requisito de imediatez, o pressupõe, tendo em vista a "concretude" que o medo deve ter.

Nessas condições, não se pode deixar de concluir que não era proporcional proibir a contestada campanha de cartazes em Neuchâtel.

O Teste de Necessidade

O governo argumentou que a proibição de cartazes era limitada em seu escopo, uma vez que a associação requerente permanecia livre para "expressar suas convicções por meio dos vários outros meios de comunicação à sua disposição" e "nunca houve qualquer questão sobre proibir a própria associação requerente ou seu website"[1144]. Existem duas contradições lógicas nessa linha de raciocínio.

Em primeiro lugar, existe uma contradição entre a proibição do cartaz, que se referia ao site, e a tolerância oficial ao site em si. Se o site é aceito pelas autoridades suíças, é porque as ideias que ele transmite não violam a lei suíça. Sendo o site legal, o cartaz que simplesmente se refere a ele é necessariamente legal. Esta é uma questão simples de lógica[1145].

Em segundo lugar, há uma contradição entre a proibição do cartaz e a tolerância oficial da própria associação requerente. As finalidades estatutárias da associação requerente incluem a publicidade de uma mensagem supostamente comunicada por extraterrestres[1146]. Se os objetivos legais da requerente estiverem de acordo com a lei suíça, como as autoridades nacionais e o governo requerido admitem, um cartaz com uma mera referência à associação e seu site também é legal. Na ausência de uma decisão judicial de dissolução da associação, tomada nos termos do art. 78 do Código Civil Suíço, é ilegítimo proibir a divulgação do site da associação requerente.

O governo alegou que o perigo específico do cartaz estava no fato de que permitia ao público geral ver o site. Essa linha contraditória de argumento não se

1144 Acórdão do Tribunal Federal de 20 de setembro de 2005, p. 11.

1145 Em termos lógicos, um argumento simples *maiore ad minus* descreve uma inferência óbvia de uma afirmação sobre uma entidade mais forte, maior em quantidade ou classe geral a respeito de uma entidade mais fraca, menor em quantidade ou membro específico dessa classe. O raciocínio do maior para o menor é imperativo, como no exemplo "Se uma porta é grande o suficiente para uma pessoa de dois metros de altura, então uma pessoa mais baixa também pode passar". Se o site da associação requerente estiver de acordo com a lei suíça, o pôster que apenas se refere a ele também é lícito.

1146 Ver o art. 2 do *statuts révisés de la religion raëlienne en Suisse*.

sustenta. Não se pode dizer, ao mesmo tempo, que o site era uma boa alternativa para divulgar as ideias do Movimento e que o mesmo deve ser escondido do público geral por causa das ideias que transmitia. Além disso, a mera evidência dos fatos é suficiente para mostrar que a Internet tem um público muito maior do que qualquer cartaz teria. Mesmo assumindo que a mensagem do site era o mal a ser evitado, não há justificativa possível para proibir um mal menor (um cartaz referente ao site) e permitir o mal maior (o próprio site).

Por fim, a proibição de cartazes em Neuchâtel foi ainda menos "necessária" porque uma série de cartazes semelhantes ao da associação requerente foram devidamente autorizados em outros municípios suíços, sem qualquer conhecimento de inconveniência ou desordem pública sendo registrada. Assim, a proibição do cartaz não foi o menor prejuízo possível escolhido pelas autoridades nacionais. Foi um meio ineficaz e inútil de restringir em uma determinada cidade da Suíça que um discurso legal tivesse uma audiência nacional e até mundial. Dada a presença incontestável do Movimento e sua mensagem em todo o país e no mundo, a proibição de cartazes foi uma medida fútil — e medidas fúteis não podem ser necessárias.

A jurisprudência no caso *Murphy* também não apoia a conduta das autoridades nacionais, ao contrário do que concluiu o Tribunal Federal. De fato, no caso *Murphy*, o Tribunal admitiu a proibição geral da publicidade religiosa na televisão devido à circunstância de a publicidade televisiva ter "um impacto mais imediato, invasivo e poderoso" no destinatário passivo[1147]. Mas, no presente caso, o governo requerido não apresentou provas de que a cidade de Neuchâtel tinha uma política de proibição de toda publicidade religiosa por meio de campanhas de cartazes e, mesmo que o tivesse feito, essa prova não seria válida para uma associação com uma mensagem mais ampla como a do Movimento Raeliano. Além disso, mesmo que a mensagem da associação requerente se restringisse aos seus aspectos religiosos e seu site fosse considerado um mero anúncio religioso, o exposto no caso *Murphy* ainda não seria aplicável ao caso atual, uma vez que um site não é análogo à transmissão televisiva. É evidente que o site não tem o mesmo "impacto imediato, invasivo e poderoso" no público em geral que a transmissão televisiva tem[1148].

Seja como for, a existência de meios alternativos de comunicação à disposição da associação requerente não poderia, por si só, justificar a interferência na sua liberdade de expressão[1149]. O alcance limitado da interferência não exime o Estado do dever de justificar de forma suficiente, o que não fez no presente caso. O mero fato de que as autoridades públicas optam por interferir em um meio limitado de comunicação não as isenta de terem de fornecer um argumento convincente para apoiar a necessidade social premente de interferência. Além disso, uma vez que a proibição do cartaz foi baseada no conteúdo do site, a associação requerente pode legitimamente temer que questões relativas à legalidade do próprio site surjam mais tarde e que essa suposta alternativa seja suprimida em um futuro próximo. Isso coloca a associação requerente em uma situação de incerteza dificilmente compatível com o espírito do art. 10 da Convenção. Seria, portanto, suficiente para uma cidade ou Estado decidir que não deseja que seu nome seja associado a certas ideias não majoritárias, mas legítimas, a fim de justificar uma negação sistemática e se opor à expressão de tais ideias em público de forma permanente. Na verdade, foi exatamente isso o que aconteceu no caso em questão, como demonstra a ocorrência dos eventos.

1147 Ver *Murphy*, citado acima, § 74.

1148 Ver, na mesma linha, *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 US 844 (1997), afirmando que "as comunicações pela Internet não 'invadem' a casa de um indivíduo nem aparecem na tela do computador espontaneamente".

1149 Ver *Women On Waves e Outros*, citado acima, § 39.

O argumento do governo é definitivamente prejudicado pelo fato de que as autoridades de Neuchâtel recusarem não uma, nem duas, mas três vezes, a permissão de acesso do requerente ao foro público. Em junho de 2004, outra campanha de cartazes proposta pela associação requerente foi proibida em Neuchâtel. Antes dessas rejeições de 2001 e 2004, um pedido de publicação em um *outdoor* no espaço público de Neuchâtel já havia sido recusado em 1999. Esses fatos mostram um padrão inadmissível de conduta discriminatória das autoridades públicas, baseada no conteúdo, em relação a uma minoria. A proibição sistemática de qualquer expressão por meio de *outdoors* e cartazes em espaço público lança fortes dúvidas sobre a objetividade e imparcialidade da conduta do Estado. E onde não há julgamento objetivo ou imparcial, não há avaliação da proporcionalidade, mas sim da arbitrariedade. O controle de expressão baseado no conteúdo acaba sendo pura discriminação em relação ao orador. Tal conduta estatal produz inevitavelmente um efeito inibidor não só em relação à associação recorrente, mas também em relação a qualquer pessoa que pretenda comunicar ideias não partilhadas pela maioria[1150].

As pessoas físicas não têm direito incondicional ou ilimitado ao uso estendido do espaço público, especialmente em relação às instalações do Estado destinadas a campanhas publicitárias ou informativas. Dito isso, o Estado tem o dever de respeitar a liberdade de expressão quando é chamado a fiscalizar os termos de uso de uma concessão como a que está em causa no presente caso. Essas limitações ou restrições devem, em particular, respeitar o princípio da igualdade de todos os cidadãos. Em outras palavras, as autoridades públicas devem, antes de tudo, abster-se de reservar um tratamento diferenciado a grupos ou organizações cujas ações ou opiniões não concordam.

Conclusão

1150 Ver *Women On Waves e Outros*, citado acima, § 43, e *Bączkowski e Outros v. Polônia*, n. 1543/06, § 67, 3 de maio de 2007.

O propósito do art. 10 da Convenção é impedir o Estado de assumir o papel de vigilante da verdade e de prescrever o que é ortodoxo em matéria de opinião. O Estado deve aderir estritamente ao princípio da neutralidade do conteúdo ao decidir sobre a disponibilização de um espaço público, abstendo-se de proibir uma campanha sob o pretexto de que a autorização pode implicar aprovação ou tolerância das opiniões em causa. Tais proibições não são compatíveis com o pluralismo inerente às sociedades democráticas, onde as ideias são trocadas livremente em um espaço público e a verdade e o erro surgem de um confronto irrestrito de ideias. Como John Stuart Mill colocou: "o mal peculiar de silenciar a expressão de uma opinião é do que se está pilhando a raça humana; a posteridade assim como a geração existente; aqueles que discordam da opinião, ainda mais do que aqueles que a detêm. Se a opinião está correta, eles são privados da oportunidade de se trocar o erro pela verdade: se errada, eles perdem, o que é quase como um grande benefício, a percepção mais clara e a mais vívida impressão da verdade produzida por seu choque com o erro"[1151].

No presente caso, tendo em vista a obrigação negativa do Estado de se abster de interferir na liberdade de expressão da associação requerente, a natureza mista do discurso da associação, a legalidade do discurso, do site da associação e dos objetivos estatutários à época dos fatos, a inexistência de qualquer perigo claro e iminente decorrente deste discurso e o alcance contraditório e arbitrário da proibição de cartazes, e depois de examinar as decisões proferidas pelas autoridades competentes à luz da estreita margem de apreciação aplicável ao caso, não posso deixar de concluir que as razões que fundamentaram a proibição impugnada não eram suficientes e que a interferência não correspondia a uma necessidade social premente.

1151 John Stuart Mill, *A Liberdade*, 1859.

Comentário à Opinião Dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque no Caso Movimento Raeliano Suíço v. Suíça

Thiago Oliveira Moreira[1152]

Introdução

Como é por demais sabido, a liberdade de expressão é, sem dúvida, um dos direitos que circundam a própria dignidade da pessoa humana. Dessa forma, a sociedade europeia, ciente da necessidade de tutelar dito direito, positivou-o na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH).

Entretanto, em que pese dito direito importar em obrigações positivas e negativas por parte dos Estados, não se trata de um direito absoluto. Sem embargo, a própria Convenção em comento permite que restrições sejam impostas, desde que satisfeitos determinados critérios.

Nesse contexto, o Movimento Raelino Suíço buscou a tutela jurisdicional do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) para dirimir a controvérsia sobre a proibição de veiculação de pôsteres em espaço público, outorgada pelo Estado suíço, bem como os próprios limites a intervenção do Estado no exercício da liberdade de expressão.

Desse modo, as linhas que seguem serão destinadas a comentar a opinião

1152 Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Doutor e Mestre em Direito pela Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Mestre em Direito pela UFRN. Chefe do Departamento de Direito Privado da UFRN.

dissidente proferida pelo juiz Paulo Pinto de Albuquerque no âmbito no caso Movimento Raeliano Suíço contra Suíça, que foi julgado pelo TEDH, em 2012.

Mas antes de trazer à baila os argumentos do magistrado em tela, será feito um breve estudo sobre o Movimento Raeliano Suíço, oportunidade em que suas características básicas e orientação político-filosófica serão descritos, ainda que de forma sintética. Por outro lado, num segundo momento, passa-se a análise dos fundamentos trazidos pelo TEDH para reconhecer que proibição outrora mencionada estava de acordo com os preceitos da CEDH. Por fim, de maneira um pouco mais detida, os argumentos trazidos pelo juiz Paulo Pinto de Albuquerque serão colocados em relevo, notadamente com relação aos que discrepam do posicionamento majoritário do tribunal em tela.

Espera-se que a dialética entre a corrente majoritária e a opinião dissidente examinada possa contribuir, ainda que modestamente, para o estudo da proteção da liberdade de expressão no espaço europeu, bem como acerca de seus limites e das obrigações positivas e negativas impostas aos Estados.

1. O Movimento Raeliano Suíço

O Movimento Raeliano é uma organização sem fins lucrativos com sede em Genebra, que visa estabelecer o primeiro contato e boas relações com seres extraterrestres. Fundado em meados da década de 1970, pelo jornalista francês Claude Vorilhon, também conhecido como "Rael", a ideologia do Movimento enfatiza o progresso científico e tecnológico e evita muitos dos ideais contemporâneos da sociedade, incluindo um sistema político democrático (VALLABHANENI, 2016, p. 53).

Basicamente, o Movimento é baseado no suposto contato de Rael com uma raça extraterrestre conhecida como "Elohim" (VALLABHANENI, 2016, p. 53), que criou a vida na terra e as diferentes religiões. Em síntese, o Movimento acredita que o progresso científico e técnico é de fundamental importância, bem como que a clonagem e a transferência de consciência permitirão que o ser humano chegue à imortalidade (ARLETTAZ, 2012, p. 40).

No que concerne ao movimento em tela, Ramya Vallabhaneni aponta que há três pontos de vista em particular. Primeiro, o Movimento Raeliano defende um sistema político conhecido como "geniocracia", ou a crença de que apenas os mais inteligentes devem ter o poder de governar a sociedade. Em segundo lugar, o Movimento demonstrou apoio à clonagem humana. Por último, o Movimento endossou a doutrina da "meditação sensual" (VALLABHANENI, 2016, p. 54).

Sem embargo, o Movimento Raeliano adota um ponto de vista particular sobre a sexualidade, o que fez com que seus membros fossem supostamente vinculados com casos de abuso infantil (ARLETTAZ, 2012, p. 40). Nesse sentido, Omar Bouazza Ariño destaca que "*un tribunal del cantón de Friburgo consideró que el Movimiento aboga, en sus bases teóricas, por la pedofilia y el incesto* (BOUAZZA ARIÑO, 2012, p. 323).

Fato é que os raelianos têm uma filial suíça, denominada *Mouvement Raëlien Suisse*, cuja existência e atividades são geralmente toleradas pelas autoridades locais. Ocorre que em 07 de março de 2001, o Movimento pediu permissão à administração policial da cidade de Neuchâtel, Suíça, para afixar cartazes para uma campanha, de 2 a 13 de abril de 2001 (VALLABHANENI, 2016, p. 54).

Em 29 de março de 2001, a polícia da cidade suíça de Neuchâtel negou aos raelianos autorização para conduzir uma campanha publicitária de pôsteres. O referido cartaz media 97 cm x 69 cm e dizia "a mensagem dos extraterrestres". Além disso, aparecia a direção de uma página da web e o número do telefone do Movimento, com imagens de rostos extraterrestres e uma pirâmide, junto com um disco voador e a Terra. Ao fundo do pôster, poderia ser lida a frase "a ciência ao fim substitui a religião" (SCHÖNSTEINER, 2013, p. 569).

Apesar de que campanhas públicas, com uma mensagem parecida a mencionada, foram autorizadas em várias cidades suíças, o Governo de Neuchâtel opôs-se (ARLETTAZ, 2012, p. 40). O principal fundamento para a não concessão da autorização para veiculação da campanha com o citado pôster consistiu no fato de que fora descoberto que o movimento promovia a pedofilia e o incesto, bem como a eugenia, o que seria contrário ao princípio da não discriminação (SCHÖNSTEINER, 2013, p. 569), sendo tais condutas consideradas, portanto, imorais (GATTI, 2012, p. 925).

Com efeito, para robustecer a decisão denegatória, a Polícia de Neuchâtel referiu-se a duas negativas anteriores, um relatório parlamentar francês de 1995 sobre seitas e uma sentença do Tribunal Civil do distrito de La Saine (Cantão de Friburgo), que declarou que o Movimento estava envolvido em atividades contrárias à ordem pública e a moralidade como justificativas para a negativa (VALLABHANENI, 2016, p. 54).

Inconformado com a decisão da Polícia de Neuchâtel, o *Mouvement Raëlien Suisse* buscou a tutela do Estado suíço. Assim, de 2001 a 2005, o caso foi apreciado por quatro autoridades nacionais diferentes, sendo que todas apoiaram a proibição inicial da administração policial, em 2001, e consideraram que a interferência na liberdade de expressão do grupo era garantida com base nas opiniões radicais do grupo (VALLABHANENI, 2016, p. 56).

O estágio final do andamento do caso na Suíça foi o recurso do Movimento Raeliano contra a decisão do Tribunal Administrativo (VALLABHANENI, 2016, p. 56), que fora apreciado pelo Tribunal Federal Suíço. Dito órgão negou provimento ao recurso em 20 de setembro de 2005, oportunidade em que declarou que, de acordo com a jurisprudência suíça sobre liberdade de expressão, os cidadãos não têm um direito incondicional de uso extensivo do espaço público,

em particular quando um meio de publicidade em via pública envolve atividades de certa escala e duração (VALLABHANENI, 2016, p. 57).

De um modo geral, os tribunais suíços mantiveram a decisão e afirmaram que os indivíduos não têm um direito incondicional a um uso prolongado do espaço público. Com efeito, ditos tribunais consideraram que o caso deveria ser tratado no contexto mais amplo das doutrinas e práticas dos raelianos, que foram consideradas imorais e contrárias à ordem pública, especialmente porque dito grupo, teoricamente, tolera a pedofilia, defende a "geniocracia" e a clonagem humana, e seu site está vinculado ao portal de uma empresa relacionada à clonagem. Assim, os tribunais suíços aceitaram a legalidade das medidas adotadas pela polícia de Neuchâtel (GATTI, 2012, p. 925).

De fato, após um longo processo de apelação na Suíça, conforme fora sucintamente descrito, o Movimento buscou a jurisdição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), nos termos do artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) (VALLABHANENI, 2016, p. 54).

Com efeito, as crenças não convencionais do Movimento resultaram em uma batalha legal de quase uma década nos tribunais suíços e europeus, que terminou em 13 de julho de 2012, quando a Grande Câmara do TEDH manteve a proibição do Governo suíço da campanha de cartazes do Movimento de 2001 (VALLABHANENI, 2016, p. 53), conforme será analisado nas linhas que seguem.

2. O Caso Movimento Raeliano Suíço Contra Suíça no Âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Em 2006, o *Mouvement Raëlien Suisse* apresentou uma petição ao TEDH, alegando que a proibição de veiculação do seu pôster pelas autoridades suíças violou o seu direito à liberdade de religião, previsto no artigo 9º da CEDH, bem como a liberdade de expressão, preceituada no artigo 10 da referida Convenção (GATTI, 2012, p. 925).

Inicialmente, cabe destacar que a Primeira Câmara abordou este caso exclusivamente sob a perspectiva da liberdade de expressão[1153], presumivelmente porque a capacidade do requerente de se basear na liberdade de religião é controversa e, de qualquer forma, as partes concordaram que o requerente tem o direito de se basear no direito à liberdade de opinião (GATTI, 2012, p. 925), nos termos do já citado art. 10 da CEDH[1154].

1153 Nesse sentido: "La primera instancia del Tribunal sólo se refirió a la violación de la libertad de expresión, y consideró que no era necesario hacerlo respecto de la libertad religiosa". (ARLETTAZ, 2012, p. 41).

1154 CEDH. Artigo 10°. Liberdade de expressão. 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

O Tribunal afirmou que o *Mouvement Raelien Suisse* levantou uma nova questão: se as autoridades públicas deveriam permitir a expressão de ideias, disponibilizando "espaço público" para esse fim (GATTI, 2012, p. 925). Diante do presente caso, em 13 de janeiro de 2011, a Câmara decidiu que não houve violação do artigo 10 da Convenção (VALLABHANENI, 2016, p. 54 - 55). Para tanto, considerou que a interferência à liberdade de expressão estava prevista pela lei suíça e buscava fins legítimos, bem como que o Estado teria ampla margem de apreciação[1155] com relação à regulamentação do uso espaço público (VALLABHANENI, 2016, p. 56). Em apertada síntese, eis os fundamentos da decisão:

> En este sentido, la Sala entendió que la prohibición era una interferencia legítima con la libertad de expresión porque estaba prescrita por la ley y tenía una finalidad legítima (que era la prevención del crimen, la protección de la salud y la moral y la protección de los derechos de terceros). La prohibición podía ser considerada como necesaria en una sociedad democrática: aunque los posters no tenían en sí mismos nada de ilegal o chocante, presentaban la página web de la asociación tornándola accesible a un amplio número de personas, incluidas menores. Dado el contenido de estas páginas, su publicidad podría considerarse inapropiada. Teniendo em cuenta además que los órganos jurisdiccionales internos habían motivado sus decisiones al avalar la prohibición, y también el carácter restringido de la misma (que no prohibía la asociación y sus actividades, sino sólo una concreta campaña pública), la Sala entendió que la prohibición entraba dentro del *margen de apreciación* dejado a las autoridades nacionales (ARLETTAZ, 2012, p. 41).

No presente contexto, vale ressaltar que o Governo suíço concordou com a decisão da Câmara, afirmando que as pessoas físicas não tinham direito incondicional ao uso do espaço público, principalmente para fins publicitários. Com efeito, o Governo constatou que o pôster em questão não é de natureza política, mas sim alinhado com um anúncio publicitário, sobretudo tendo em conta a presença do link outrora citado. Além disso, o Governo afirmou que as ideias do Movimento postadas em seu site eram capazes de ofender parcelas da população. Em razão disso, o Estado tem ampla margem de apreciação no que se refere à governança de tais matérias. Por fim, o Governo ainda apoiou-se na ideia de que o Movimento dispunha de outros meios de divulgação de suas ideias, nomeadamente através da internet, bem como que o âmbito da proibição foi limitado, porque apenas os pôsteres foram banidos e a organização ainda tinha permissão para divulgar suas ideias, embora por outros meios (VALLABHANENI, 2016, p. 59 - 60).

Inconformado com a decisão da Câmara, o *Mouvement Raelien Suisse*, alegando violação ao art. 10 da CEDH, levou o caso ao âmbito da Grande Câmara. Para tanto, inicialmente, o Movimento atacou a decisão da Câmara de permitir à Suíça uma ampla margem de apreciação na regulamentação do uso do espaço público, bem como que o fato de permitir uma margem tão ampla de apreciação poderia levar um Estado a negar permanentemente os grupos minoritários de expres-

1155 Para uma visão crítica sobre a teoria da margem de interpretação, *vide*: CARVALHO RAMOS, 2013, p. 104 – 111.

sarem suas ideias em público por medo de que o Estado se tornasse associado a tais ideias. Além disso, o Movimento argumentou que a proibição do pôster se devia à existência de um link para o site do Movimento, já que as partes concordaram que o pôster não continha nada de ilegal ou ofensivo. Por fim, o Movimento alegou que a conclusão da Câmara de que existiam outros fóruns nos quais o grupo poderia se manifestar, como na internet, foi prejudicada ao ser proibida de afixar seus cartazes devido à existência do link, o que acarretou numa situação em que o grupo não poderia divulgar facilmente suas ideias (VALLABHANENI, 2016, p. 59).

Ao se deparar com o caso, a Grande Câmara do TEDH abordou a questão da liberdade de expressão em espaços públicos e, pela primeira vez, aceitou que os Estados-Membros têm uma ampla margem de apreciação neste domínio, especialmente no que diz respeito ao discurso apolítico. Com efeito, o caso em tela afeta questões delicadas, como restrições baseadas no conteúdo da liberdade de expressão e a proteção das minorias ao abrigo da CEDH (GATTI, 2012, p. 925).

Sem embargo, é possível constatar que a Grande Câmara do TEDH considerou o argumento do Governo suíço convincente e manteve a decisão da Câmara, não considerando qualquer violação do artigo 10 da CEDH. Em sua discussão, o tribunal enfocou se a medida impugnada tomada - a proibição do pôster - era necessária em uma sociedade democrática, bem como que a proibição foi limitada e que os indivíduos não têm um direito incondicional de usar o espaço público, conforme já fora destacado (VALLABHANENI, 2016, p. 60).

O tribunal também discutiu longamente a margem de apreciação permitida aos Estados ao avaliar a necessidade de interferência nos casos de liberdade de expressão. Com efeito, a Grande Câmara explicou que a margem de apreciação depende do tipo de discurso em questão. Nesse contexto, o tribunal também observou que os Estados têm uma margem mais ampla de apreciação em questões relacionadas à propaganda comercial, bem como considerou o pôster mais parecido com um anúncio comercial do que com discurso político. Como resultado, o tribunal concluiu que a Suíça tinha uma ampla margem de apreciação na regulamentação do uso do espaço público (VALLABHANENI, 2016, p. 60). Nesse sentido, Pascual Vives leciona que no caso em comento "*el Tribunal de Estrasburgo puso de relieve cómo la noción del margen de apreciación nacional se ha acotado en el contexto de la libertad de expresión cuando los intereses protegidos tienen una dimensión pública (discurso político)*" (2013, p. 241).

Por fim, o TEDH ainda considerou que a interferência do Governo suíço foi proporcional aos objetivos legítimos perseguidos e satisfez uma necessidade social urgente. A Grande Câmara concluiu que os pontos de vista e opiniões expressas no site do Movimento foram, em conjunto, suficientes para justificar a proibição, uma vez que dita medida seria necessária para proteger a saúde, a moral, os direitos dos outros e prevenir crimes (VALLABHANENI, 2016, p. 60).

Em suma, em 13 de julho de 2007, na sentença proferida no caso *Mouvement Raelien Suisse*, por nove votos a oito[1156], a Grande Câmara do TEDH considerou que não houve violação à liberdade de expressão pela denegação da uma autorização para fixar pôsteres em lugares públicos, nos quais apareciam extraterrestres, um disco voador, bem como uma página da internet e um número de telefone, uma vez que dito cartaz estava associado a atividades consideradas imorais e contrárias a ordem pública (BOUAZZA ARIÑO, 2012, p. 323). Além disso, conforme fora apontado, a decisão das autoridades suíças foi considerada proporcional, uma vez que não impediu o requerente de expressar os seus pontos de vista através de outros meios que não as campanhas de pôster, incluindo o seu próprio sítio web (GATTI, 2012, p. 925), bem como dentro da margem de apreciação nacional[1157]. Portanto, conforme destaca Fernando Arlettaz, "*el Tribunal no encontró esos fuertes motivos para apartarse del juicio de las autoridades nacionales*" (2012, p. 41).

Talvez sem surpresa, este julgamento provou que há divergências sobre o mérito da questão, afinal, oito dos dezessete juízes que compõem a Grande Seção votaram contra o julgamento e anexaram longos pareceres divergentes (GATTI, 2012, p. 925). Nesse sentido, Schönsteiner afirma que a divergência *se funda en las particularidades del caso, por las distintas ponderaciones jurídicas que los jueces consideraron correctas con respecto al derecho a la libertad de expresión como pilar de los sistemas democráticos* (SCHÖNSTEINER, 2013, p. 570).

Com efeito, existiram três divergências da opinião da maioria. Inicialmente, a opinião dissidente conjunta dos juízes Tulkens, Sajó, Lazarova Trajkovska, Bianku, Power-Forde, Vučinić e Yudkivska considerou que faltavam as razões para a proibição, porque não havia indícios de perigo claro e iminente. Além disso, os juízes consideraram o escopo da proibição paradoxal, pois proibiu o cartaz com base no conteúdo do site, mas não proibiu o site (VALLABHANENI, 2016, p. 61). Por outro lado, a opinião dissidente conjunta dos juízes Sajó, Lazarova Trajkovska e Vučinić reconheceu que o pôster não era um anúncio comercial (VALLABHANENI, 2016, p. 61). Por fim, tem-se o Voto Dissidente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque, que será analisado de maneira mais aprofundada nas linhas vindouras.

1156 "In *Mouvement Raelien Suisse,* the Court ruled, by nine votes to eight, that Article 10 of the ECHR (freedom of expression) was not violated by a ban on an association's poster campaign on grounds of the association engaging in activities that were considered immoral". (BREMS; LAVRYSEN, 2015, p. 154).

1157 "The acceptance of a particularly ample margin of appreciation led the Court to determine that the reasons given by the domestic authorities to justify their decision were ''relevant'' and ''sufficient.'' The Court acknowledged that some of the reasons provided by domestic authorities, taken separately, could not be capable of justifying the impugned refusal; nonetheless, it concluded that ''having regard to all the circumstances of the case,'' the measures adopted by domestic authorities could be considered as necessary. The measures were also accepted as proportional, since limiting the scope of the impugned restriction to the display of posters in public places was ''a way of ensuring the minimum impairment of the applicant association's rights.'' In other words, the applicant remained able to disseminate its ideas through its website and through other means at its disposal". (GATTI, 2012, p. 926).

3. O Voto Dissidente do Juiz Paulo Pinto Albuquerque

O juiz Paulo Pinto de Albuquerque, em mais um voto dissidente proferido no âmbito de sua atuação como magistrado do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, como lhe é peculiar, apresentou sua discordância da maioria de maneira fundamentada e com excelente técnica jurídica. Dessa forma, torna-se imprescindível, ainda que em apertada síntese, compreender o entendimento do jurista português, no voto em comento.

Inicialmente, dito magistrado tratou de delimitar o conteúdo da sua manifestação. Nesse contexto, constatou que o caso *Mouvement Raëlien Suisse* era sobre a liberdade de expressão de uma minoria (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2012, p. 46), bem como sobre a proporcionalidade[1158] e necessidade[1159] da proibição de veiculação dos cartazes em espaço publico.

Conforme consta do voto dissidente do caso Movimento Raeliano contra Suíça, o juiz Paulo Pinto de Albuquerque optou por trazer as razões da sua discordância em três partes. Na primeira, abordou a justificação para a supervisão do TEDH na interferência da liberdade de expressão do Movimento, bem como o valor do espaço público no direito europeu dos direitos humanos. Por outro lado, na segunda, estabeleceu os critérios para que haja a fiscalização do referido tribunal, notadamente no que pertine as obrigações positivas e negativas. Por fim, na terceira e última parte, foram aplicados os testes de proporcionalidade e necessidade, levando em consideração questões como ateísmo científico, clonagem, "geniocracia" e "meditação sensual" (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2012, p. 46).

Diante da relevância das questões trazidas e do fato de que algumas delas encontram-se no centro da divergência com a maioria, passa-se a análise, ainda que sintética, de cada argumento apresentado.

No que tange a supervisão do TEDH na interferência da liberdade de expressão, o juiz Paulo Pinto de Albuquerque iniciou recordando de alguns precedentes do próprio TEDH sobre o uso do espaço público para o exercício da liberdade de expressão, como os casos *Appleby e Outros v. Reino Unido*, *Murphy v. Irlanda* e *Women On Waves e Outros v. Portugal*. Além disso, num claro exercício de uma das espécies de diálogo entre tribunais, trouxe à baila o entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos acerca dos níveis de foros públicos (tradicional, limitado e não público), constante no caso *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association* (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2012, p. 47 - 49); o caso *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canadá*, em que a Suprema Corte canadense considerou, dentre outras coisas, que, no caso específico dos *outdoors* e cartazes, seria inconstitucional a proibição absoluta de colocar cartazes em propriedades públicas (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2012, p. 49); bem como a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, que reconheceu a impossibilidade de proibir a distribuição, em aeroportos, de folhetos criticando a política de deportação do governo (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2012, p. 49 - 50).

Ciente do conceito de "foro público" e do exercício da liberdade de expressão em dito espaço, o autor da opinião dissidente em apreço, após destacar que o TEDH tem reconhecido que o art. 10, 2[1160] da CEDH permite aos Estados uma margem de apreciação, lembrou que dita margem encontra-se sujeita à supervisão europeia. Assim, a Corte deverá avaliar se a interferência à liberdade de expressão foi realmente necessária em uma sociedade democrática, para assegurar outros direitos descritos na parte final do dispositivo outrora citado (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2012, p. 51). Com efeito, caberá ao TEDH aplicar o teste da necessidade e proporcionalidade da intervenção ao direito tutelado.

Nesse ponto, vale mencionar que o fato do TEDH utilizar os testes de necessidade e proporcionalidade corrobora para que dito órgão jurisdicional seja considerado como um tribunal de natureza constitucional, já que tais exames são típicos de cortes e tribunais constitucionais. Evidente que o presente argumento não é o único para a defesa da tese da natureza constitucional do TEDH, mas, certamente, contribui para o debate.

Sem embargo, eis que o juiz Paulo Pinto de Albuquerque chega ao ponto central do caso. A liberdade de expressão em espaços públicos, ainda que com as restrições permitidas pelo art. 10, 2 da CEDH, também é aplicável para ideias que sejam contrárias as defendidas pela maioria (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2012, p. 51 - 52). Dessa forma, a alegação trazida pelo Governo suíço de que a aprovação do cartaz significaria que haveria uma autorização implícita das ideias do requerente por parte do Estado, não condiz com uma sociedade democrática contemporânea (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2012, p. 52).

No que se refere à natureza da interferência, o juiz Paulo Pinto de Albuquerque afirma que o caso trata de uma obrigação negativa do Estado suíço, ou seja, de não intervir no exercício da liberdade de expressão fora das hipóteses que tal interferência seja aceitável. Nesse contexto, o magistrado deixou bem claro que

1158 Para um estudo sobre o princípio da proporcionalidade, *vide*: CARVALHO RAMOS, 2018, p. 115 – 140.

1159 Interessante observar que o próprio juiz em tela também aplicou o teste de proporcionalidade e necessidade em outro caso discutido no âmbito do TEDH. Trata-se do caso Perinçek contra Suíça, que foi julgado em 17 de dezembro de 2013. No presente caso, o juiz Paulo Pinto de Albuquerque afirmou que a interferência com a liberdade de expressão só se justifica se estiver em conformidade com um teste de dois níveis: teste de necessidade e o teste de proporcionalidade (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2019, p. 306).

1160 CEDH. Artigo 10°. Liberdade de expressão. 2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

não seria o caso de exigir uma obrigação positiva da Suíça, uma vez que não houve falha do Estado em tomar medidas positivas para proteger um direito da CEDH. Sem embargo, restou evidente que o caso deve ser analisado à luz das obrigações negativas decorrentes do art. 10 da Convenção, o que enseja em uma margem de apreciação mais estreita (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2012, p. 53).

É justamente nesse âmbito que a opinião dissidente em comento analisa a forma do discurso e deixa bastante claro que a autoridade municipal, os tribunais suíços e o próprio TEDH levaram em consideração não só o que estava veiculado no pôster, mas também as informações contidas no site do Movimento e em outros, cujo acesso, em tese, seria possível via hiperlinks.

No cenário acima descrito, o juiz Paulo Pinto de Albuquerque, partindo do princípio de neutralidade da internet, afirmou que há uma obrigação de não recusar, não fornecer ou encerrar de forma discriminatória o acesso à internet, ainda que com a eventual responsabilização dos que praticarem excessos na postagem de conteúdo. Assim, os usuários não estariam sujeito à exigência de licença ou ato semelhante para o exercício da liberdade de expressão na internet. Sem embargo, tal circunstância implicaria numa estreita margem de apreciação, ainda mais num caso em que o Movimento não controla alguns sites que podem ser acessados, conforme descrito, por hiperlinks do seu próprio sítio na web (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2012, p. 54 - 56).

Acerca da natureza do discurso, o juiz Paulo Pinto de Albuquerque preceitua que o conteúdo do discurso do Movimento não se encontra dentro do contexto comercial, no qual o público é induzido a comprar um determinado produto. Para tanto, alegou que o lucro não era um objetivo relevante; que o fato do Movimento ter pagado pela fixação do pôster em espaços públicos da cidade de Neuchâtel é irrelevante; e, por fim, que o direcionamento para o site da *Clonaid* também é irrelevante, uma vez que o Movimento e a *Clonaid* são entidades jurídicas diferentes (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2012, p. 56 - 57). Desse modo, o discurso teria natureza filosófica e política, o que limita a margem de apreciação dos Estados, nos termos do próprio art. 10 da CEDH.

Estabelecidas tais questões, a opinião dissidente voltou-se para o teste de proporcionalidade. O cerne seria definir se a interferência do Estado na liberdade de expressão foi proporcional ao legítimo objetivo perseguido, bem como se correspondeu a uma necessidade social premente.

De fato, as razões apresentadas pelas autoridades nacionais estavam relacionadas à posição do Movimento com relação ao ateísmo científico, defesa da clonagem, "geniocracia", e possibilidade de abuso sexual.

Sem embargo, o juiz Paulo Pinto de Albuquerque deixou claro que o problema não foi a defesa do ateísmo científico, já que tal manifestação encontra-se acobertada pela neutralidade religiosa do próprio Estado e não configura, portanto, discurso de ódio ou mesmo difamação à religião, instituições religiosas ou

do clero. Desse modo, não seria proporcional proibir o cartaz contestado por esse fundamento (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2012, p. 59 - 60).

Por outro lado, no que tange à clonagem de seres humanos, o magistrado consignou que, apesar de tal prática ser vedada pela própria Constituição suíça, não há relação direta entre o Movimento e as ações da *Clonaid*. Ao contrário, o que existe é a defesa do procedimento e não a prática em si. Desse modo, a conduta do Movimento não poderia ser considerada criminosa, uma vez que *Mouvement Raëlien Suisse* jamais praticou qualquer ato de clonagem. Assim, para o juiz Paulo Pinto de Albuquerque, não seria proporcional proibir a mera declaração de um parecer favorável à clonagem (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2012, p. 60 - 62).

Avançando um pouco mais na opinião dissidente, vê-se que no que concerne a "geniocracia", não é proporcional restringir um discurso totalmente utópico. Com efeito, a ideal de um governo formado por uma elite intelectual, da forma como foi posta pelo Movimento, não se apresenta como um projeto político. Assim, a restrição a liberdade de expressão, nesse caso, não é cabível (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2012, p. 62).

Superadas as questões outrora mencionadas, o juiz Paulo Pinto de Albuquerque passou ao debate sobre a "meditação sexual". Muito embora o pôster não tivesse qualquer inferência sobre abuso sexual de crianças, o link nele previsto remetia ao site do Movimento Raeliano, que, em certas publicações, faz menção ao "despertar sensual" de crianças, o que pode ser contrário à moralidade pública, bem como induzir a prática de crimes. Entretanto, o mesmo site do Movimento condena expressamente a pedofilia.

Além disso, o magistrado pondera que as condenações criminais de membros do Movimento Raeliano por abuso sexual de crianças em contextos fora das atividades da organização não seriam suficientes para proibir a veiculação dos pôsteres. Desse modo, como não havia provas de condenações criminais dos membros do Movimento por abuso sexual de crianças praticado no contexto de suas atividades, a polícia de Neuchâtel não teria motivação suficiente para proibir a afixação dos pôsteres com base, exclusivamente, em eventuais condenações criminais pela prática de pedofilia. Portanto, conclui-se que não era proporcional proibir a contestada campanha de cartazes em Neuchâtel (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2012, p. 62 - 64).

Por fim, o autor da opinião dissidente em comento, ao abordar o teste de necessidade, inicialmente, destacou que há duas contradições lógicas na ideia de que o Movimento, mesmo diante da proibição dos pôsteres, ainda poderia expressar suas convicções através de outros meios de comunicação disponíveis, bem como de que nunca ocorreu qualquer proibição do funcionamento do Movimento ou censura sobre o conteúdo do site (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2012, p. 64).

A primeira contradição apontada refere-se à proibição do pôster, que pre-

via o link de acesso ao site, mas a permissão da própria página da internet. Infere o magistrado que se o site é aceito pelas autoridades suíças, é porque seu conteúdo não viola as leis suíças. Assim, curiosamente, "*the website being lawful, the poster which simply refers to it is necessarily lawful. This is a simple question of logic*" (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2012, p. 65).

A segunda contradição é entre a proibição do cartaz e a tolerância oficial do próprio Movimento Raeliano. Nesse sentido, se o Movimento é legal, tolerado e aceito pelas autoridades, um pôster que remete ao seu site também o seria, uma vez que apenas veicula as suas ideias. Ainda vale ressaltar que o Estado suíço e o próprio TEDH reconheceram que a proibição de afixação dos pôsteres seria proporcional e lícita em razão da possibilidade das ideias serem veiculadas através da página da internet. Com efeito, o juiz chama atenção para o fato de que não se pode dizer, ao mesmo tempo, que o site era uma boa alternativa para divulgar as ideias do Movimento e que o mesmo deve ser escondido do público geral por causa das ideias que transmitia (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2012, p. 65).

Por fim, ainda sobre o exame da necessidade, o magistrado destacou que uma série de pôsteres semelhantes foi autorizada em outros municípios suíços. Dessa forma, a proibição do cartaz não foi o menor prejuízo possível escolhido pelas autoridades nacionais, sendo, portanto, um meio ineficaz e inútil de restringir em uma determinada cidade da Suíça que um discurso legal tivesse uma audiência nacional e até mundial (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2012, p. 65 - 66).

Feitas todas as considerações e trazidos os argumentos sinteticamente descritos, o juiz Paulo Pinto de Albuquerque concluiu sua opinião dissidente firmando o posicionamento de que: a) as pessoas físicas não têm direito incondicional ou ilimitado ao uso estendido do espaço público, especialmente em relação às instalações do Estado destinadas a campanhas publicitárias ou informativas; b) o Estado tem o dever de respeitar a liberdade de expressão quando é chamado a fiscalizar os termos de uso de uma concessão; c) as limitações ou restrições devem, em particular, respeitar o princípio da igualdade de todos os cidadãos; d) as autoridades públicas devem, antes de tudo, abster-se de reservar um tratamento diferenciado a grupos ou organizações cujas ações ou opiniões não concordam (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2012, p. 67); e) o propósito do art. 10 da CEDH é impedir o Estado de assumir o papel de vigilante da verdade e de prescrever o que é ortodoxo em matéria de opinião; f) o Estado deve aderir estritamente ao princípio da neutralidade do conteúdo ao decidir sobre a disponibilização de um espaço público, abstendo-se de proibir uma campanha sob o pretexto de que a autorização pode implicar aprovação ou tolerância das opiniões em causa; e, por fim, g) a proibição praticada pelo Estado suíço não é compatíveis com o pluralismo inerente às sociedades democráticas (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2012, p. 67).

Em razão dos argumentos acima, o juiz Paulo Pinto de Albuquerque defendeu a tese de que as razões que fundamentaram a proibição impugnada não

eram suficientes e que a interferência não correspondia a uma necessidade social premente (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2012, p. 67 - 68).

Ao que parece, assiste razão ao magistrado, pois a liberdade de expressão é um dos caros direitos que gravitam em torno da dignidade da pessoa humana e a margem de apreciação nacional, apesar de relevante para articulação entre o direito europeu dos direitos humanos e o direito estatal, deve ser estreita, diante do próprio teor do art. 10, 2 da CEDH e da preservação do direito convencionado.

Conclusão

Diante do que fora exposto, viu-se que a decisão proferida pelo TEDH no caso do Movimento Raeliano Suíço contra Suíça reconheceu que não houve violação a liberdade de expressão por parte das autoridades suíças, ao proibirem a afixação de pôsteres em locais públicos, que veiculam determinada ideologia político-filosófica.

Com efeito, o tema, num precedente que pode ser considerado perigoso, definiu que a descrita proibição foi proporcional e necessária, estando, portanto, de acordo com as limitações a liberdade de expressão prevista no art. 10, 2 da CEDH.

De fato, o Caso *Mouvement Raëlien Suisse* é mais um em que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos utiliza a teoria da margem de apreciação nacional. De certo modo, os sinais são de que dita teoria realmente faz parte da dinâmica do referido Tribunal. O que ainda se discute, como bem fez o juiz Paulo Pinto de Albuquerque, foi estabelecer limites para aplicação da teoria em comento, pois a sua aplicação extensiva poderá ensejar num esvaziamento e/ou violação de um direito convencionalmente protegido.

Por vezes, ao passar do tempo, um voto dissidente converte-se em entendimento majoritário de um tribunal. Entretanto, ainda que isso não venha a ocorrer e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos não passe a adotar a construção jurídica do juiz Paulo Pinto de Albuquerque, a doutrina ficará marcada pela lição trazida, como, ao que parece, será o caso do voto em tela.

Não resta dúvida de que a opinião dissidente em apreço representa mais um exemplo em que o juiz Paulo Pinto de Albuquerque atuou com excelência no exercício da judicatura europeia. Afinal, de abril de 2011 a março de 2020, foram 175 (cento e setenta e cinco) opiniões em que o jurista em tela atuou como autor ou coautor. Tal fato demonstra a sua larga contribuição ao desenvolvimento da proteção dos direitos humanos no cenário europeu e mesmo global.

Por fim, ainda no contexto da aplicação da teoria da margem de apreciação nacional, é preciso registrar o posicionamento de que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, num cenário de necessária relação heterárquica entre o

direito interamericano dos direitos humanos e o direito estatal, também deve observar a aplicação da referida teoria, pois a mesma se coaduna com o diálogo das fontes, com o diálogo interjurisdicional, com a ausência de hierarquia entre o direito internacional e o estatal, bem como com a própria natureza constitucional das normas interamericanas.

Referências Bibliográficas

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Convenção Europeia dos Direitos Humanos: seleção de opiniões**. São Paulo: Thomson Reuters, 2012.

ARLETTAZ, Fernando. **Las sentencias *Lautsi* en el contexto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. In.: *REDUR* 10, 2012, p. 27 - 44.

BOUAZZA ARIÑO, Omar. **NOTAS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.** In.: Revista de Administración Pública, núm. 189, Madrid, 2012, p. 305 – 328.

CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de Direitos Humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BREMS, Eva; LAVRYSEN, Laurens. **Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights**. In.: Human Rights Law Review, vol. 15, nº 1, 2015, p. 139 - 168.

GATTI, Mauro. **Introductory note to the european court of human rights: mouvement Raëlien suisse v. Switzerland**. In.: International Legal Materials, Vol. 51, nº. 5, 2012, p. 925 – 970.

PASCUAL VIVES, Francisco Jose. **The Margin of Appreciation in the Case-Law of the Regional Human Rights Courts: A Consenualist Approach**. In.: Anuario Español de Derecho Internacional, 29, 2013, p. 217 - 264.

SCHÖNSTEINER, Judith et al. **Revisión de la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos en 2012**. In.: ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO, nº 1, 2013, p. 548 – 581.

TEDH. **Opinião Dissidente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque**. Caso Mouvement Raelien Suisse v. Switzerland, julgado em 13 de julho de 2012, p. 46 – 68. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-112165%22]}. Acesso em: 10/05/2021.

VALLABHANENI, Ramya. **Case of Mouvement Raelien Suisse v. Switzerland: A Blow to Freedom of Expression in the Internet Age**. In.: Boston College International and Comparative Law Review, vol. 39, 2016, p. 53 - 68.

XI. Liberdade de Reunião e Liberdade de Manifestação

Kudrevicius e Outros V. Lituânia

Opinião Parcialmente Dissidente dos Juizes Raimondi, Jočienė e Pinto de Albuquerque

1. Concordamos com a conclusão de que as queixas referentes ao art. 6 §§ 1 e 3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos ("a Convenção") são manifestamente infundadas e devem, portanto, ser rejeitadas. No entanto, com pesar, não podemos compartilhar da posição da maioria de que a condenação dos requerentes pelo crime de motim não foi uma medida necessária e proporcional para alcançar os objetivos pretendidos. Os requerentes contestam a previsibilidade da noção de "violação grave da ordem pública de outras formas", conforme especificado no crime de motim consagrado no art. 283 do Código Penal da Lituânia, a proporcionalidade das sanções penais impostas pelos tribunais nacionais e a interferência em sua liberdade de reunião. Acreditamos que essas queixas são infundadas.

A Legalidade da Condenação Criminal

2. De acordo com o Supremo Tribunal da Lituânia, a conduta dos requerentes foi interpretada como uma "grave violação da ordem pública" e, portanto, classificada como crime de motim para os fins do art. 283 do Código Penal Lituano. O caso dos requerentes foi o primeiro em que se aplicou a norma jurídica interna acima referida. No entanto, não consideramos que esse fato, por si só/ individualmente tornasse imprevisível a aplicação da norma jurídica em causa, visto que deve chegar o dia em que uma ou outra norma jurídica seja aplicada

pela primeira vez. A este respeito, chamamos particular atenção para o fato de os tribunais lituanos terem fornecido amplas explicações sobre o conteúdo do conceito de infracção penal de motim e sobre a forma como as acções dos requerentes se enquadravam no âmbito do art. 283.º, n. 1 do Código Penal.[1161] Também tomamos nota da opinião do tribunal de apelação, em sua sentença de 14 de janeiro de 2005,[1162] de que a organização de uma multidão de pessoas para bloquear as principais rodovias em diferentes pontos da Lituânia, paralisando não somente o tráfego, mas também o funcionamento normal dos postos de controle de fronteira do Estado, ultrapassou o âmbito das disposições do Código de Infrações Administrativas e causou consequências muito mais graves do que uma mera violação das regras de trânsito. O que também é de grande importância para nós neste caso, ao analisarmos o aspecto da legalidade, é o fato do Supremo Tribunal da Lituânia, em seu acórdão de 4 de outubro de 2005, ter fornecido uma explicação jurídica clara sobre o mérito da infracção penal de motim e as razões da sua aplicação no caso dos requerentes.[1163]

3. Observamos também que a Corte Europeia de Direitos Humanos ("Corte") não pode ser considerada um juízo de quarta instância, substituindo as cortes nacionais na interpretação do direito interno.[1164] A função da Corte, portanto, de acordo com o art. 19 da Convenção, é apenas assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pelos Estados Membros da Convenção, e não lidar com uma demanda que alega a existência de erros de direito ou de fato cometidos pelos tribunais internos exceto nos casos em que considere que tais erros possam ter violado algum dos direitos e liberdades protegidos pela Convenção.[1165] A Corte não pode substituir os tribunais internos, especialmente nos casos em que a interpretação do direito interno tenha sido feita pelo tribunal superior do país em questão, atuando, como no presente caso, em sua composição ampliada. Na verdade, na Lituânia, a composição ampliada do Supremo Tribunal tem autoridade legal para interpretar os aspectos jurídicos mais importantes do direito interno. Além disso, como regra geral, compete aos tribunais nacionais avaliar as provas que lhes são apresentadas.[1166]

4. A interpretação do direito nacional feita pelos tribunais nacionais neste caso não parece arbitrária. Na lei lituana, o crime de motim pode ser definido como a organização ou provocação de uma reunião pública de duas ou mais pessoas com o objetivo de causar atos de violência, danos à propriedade ou desordem pública ("organizou ou provocou uma reunião de pessoas para cometer...")

1161 Ver, em particular, §§ 33 e 34 do acórdão.

1162 Ver § 27 do acórdão.

1163 Ver § 33 do acórdão.

1164 *Ruiz Garzia v. Espanha* [GC], no. 30544/96, §§ 26, 28-29, CtEDH 1999-I; *Kopp v. Suíça*, julgamento de 25 de março de 1998, *Relatórios de julgamentos e decisões* 1998-II, p. 540, § 59; caso *Bykovv. Rússia* [GC], apl. Nº 4378/02, acórdão de 10 de março de 2009, § 88.

1165 *Jalloh v. Alemanha* [GC], no. 54810/00, §§ 94-96, CtEDH 2006-IX.

1166 *Galstyan v. Armênia,* no. 26986/03, § 77, 15 de novembro de 2007.

ou por sua participação nesses atos ("ou uma pessoa que, durante um motim, cometeu atos de violência, danificou bens ou violou gravemente a ordem pública de outras formas"). Além disso, a violação da ordem pública deve ser "grave". Tanto no caso dos organizadores quanto dos participantes, a punição pelo crime consumado de motim depende da ocorrência efetiva de atos de violência, danos à propriedade ou violação grave da ordem pública de outras formas.

Os fatos do presente caso constituem um claro exemplo de "reunião de pessoas", organizado em violação de autorizações administrativas e ordens de polícia válidas e com impacto caótico na vida social e na ordem pública. A gravidade da violação da ordem pública não pode ser contestada. Não se tratou de uma manifestação espontânea, mas sim organizada e que se propôs e conseguiu causar a maior desordem pública possível nas principais rodovias do país, enquanto decorriam as negociações entre agricultores e Governo.[1167]

5. Contrariamente ao que alegam as recorrentes, o fato de a disposição se referir a uma violação grave da ordem pública "de outras formas" não suscita problema de previsibilidade, uma vez que a lei prevê determinados meios de provocar desordem pública. A disposição penal refere-se explicitamente a dois meios de cometer o delito: violência e dano à propriedade. A expressão "de outras maneiras" tem a intenção clara de se referir a outras formas de causar motim além da violência ou danos à propriedade.[1168] A abertura da norma de incriminação é aceitável devido à imensa variedade de formas e meios pelos quais a ordem pública pode ser seriamente perturbada. Qualquer tentativa de listar essas formas e meios seria em vão e correria o risco de deixar muitos tipos graves de conduta fora do campo do direito penal. A este respeito, a disposição penal do art. 283 do Código Penal da Lituânia é compatível com o princípio da legalidade. Na verdade, é semelhante a muitas disposições penais deste tipo em toda a Europa.[1169]

6. Assim, os requerentes não foram punidos por sua participação nas manifestações de 21 a 24 de Maio de 2003 enquanto tais, mas pelo seu comportamento particular durante essas manifestações, nomeadamente bloqueando três grandes auto-estradas e outras estradas durante cerca de 48 horas, impedindo assim milhares de lituanos e estrangeiros em seu trabalho e viagens nas principais rotas de tráfego e comércio do país e impedindo as pessoas de entrar e sair do país através dos postos de controle de fronteira do Estado que foram afetados, tudo causando mais perturbações do que normalmente decorrem do exercício

1167 No § 82 do acórdão, a maioria assume que "negociações de boa fé entre os agricultores e o Governo" prosseguiram durante as manifestações. A suposta "boa-fé" das negociações é mera especulação, não comprovada no processo.

1168 Em 4 de dezembro de 2012, o Supremo Tribunal da Lituânia julgou um motim causado por uma multidão violenta. O presente caso refere-se a uma "grave violação da ordem pública" causada por um grupo de pessoas não violentas e, portanto, esses casos não podem ser assimilados.

1169 Ver, por exemplo, o art. 237 do Código Penal Suíço, o art. 290 do Código Penal Português e o art. 412º-1 do *Code de la Route* francês.

do direito de reunião pacífica.[1170] Alguns dos requerentes eram organizadores das reuniões ilegais; outros participaram ativamente do bloqueio de estradas e rodovias. Em outras palavras, os requerentes não foram punidos pela conduta ilícita de terceiros[1171] ou mesmo por simplesmente participar de uma reunião ilegal.[1172] O reconhecimento do direito de reunião parte do pressuposto de que a reunião não infringirá os direitos humanos de outras pessoas ou grupos de pessoas que façam parte da mesma sociedade. Nesse caso, entretanto, foi o que aconteceu. Apesar de as autoridades nacionais terem feito o possível para acomodar o direito de reunião, limitando ao mesmo tempo as consequências negativas que os acontecimentos poderiam ter sobre os direitos de outros cidadãos, os manifestantes ignoraram os limites das autorizações a eles concedidas e rejeitaram as ordens da polícia para desbloquear as rodovias e estradas e não atrapalhar o tráfego. Deve-se verificar se a resposta do Estado a esse grave abuso da liberdade de reunião pacífica foi necessária e proporcional.

A Proporcionalidade da Condenação Criminal

7. Passando à questão de saber se a ingerência foi "necessária em uma sociedade democrática", nos referimos à jurisprudência do Tribunal de que as autoridades têm o dever de tomar as medidas adequadas em relação às manifestações lícitas, a fim de garantir que sejam conduta pacífica e a segurança de todos os cidadãos.[1173] Também reconhecemos, obviamente, que a liberdade de reunião constitui um dos fundamentos mais essenciais de uma sociedade democrática.[1174] No entanto, também observamos que o § 2 do art. 11 da Convenção confere aos Estados o direito de impor "restrições legais" ao exercício do direito à liberdade de reunião. As restrições à liberdade de reunião pacífica em locais públicos podem servir à proteção dos direitos de terceiros, a fim de prevenir a desordem e manter a circulação ordenada do tráfego.[1175]

8. Esta não é a primeira vez que a Corte é confrontada com bloqueios de estradas não autorizados. *Barraco*[1176] é a principal autoridade neste campo. Embora seja verdade que a Corte não está formalmente obrigada a seguir seus

1170 *Barraco*, citado acima, § 46.

1171 *Ziliberberg v.Moldávia (dez.)*, No. 61821/00, 4 de maio de 2004.

1172 Isso é o que diferencia este caso do caso *Akgöl e Göl v. Turquia*, citado pela maioria. É verdade que o Tribunal estabeleceu, em termos de princípio nos processos *Akgöl e Göl*, que a participação em manifestações pacíficas não autorizadas não deve ser criminalizada. Este princípio pressupõe, contudo, que não haja violação grave da ordem pública. Onde os manifestantes intencionalmente causaram considerável desordem pública, colocando seriamente em risco a segurança pública e causando grande caos no tráfego, o princípio estabelecido em *Akgöl e Göl* não se aplica.

1173 *Oya Ataman v. Turquia*, no. 74552/01, § 35, CtEDH 2006-XIV.

1174 Ver, *mutatis mutandis*, *Stankov e a Organização da Macedônia Unida Ilinden v. Bulgária*, nos. 29221/95 e 29225/95, §§ 85-86, CtEDH 2001-IX.

1175 Éva Molnár v.Hungria, no. 10346/05, § 34, 7 de outubro de 2008.

1176 *Barraco v. França*, no. 31684/05, 5 de março de 2009.

acórdãos anteriores, é no interesse da segurança jurídica, da previsibilidade e da igualdade perante a lei que não se afaste, sem justa causa, dos precedentes estabelecidos nos processos anteriores.[1177] No entanto, considerando que a Convenção é antes de tudo um sistema de proteção dos direitos humanos, também entendemos que a Convenção deva ser interpretada e aplicada de forma a tornar seus direitos práticos e eficazes, não teóricos e ilusórios. Os Estados membros precisam avaliar as normas da Convenção "à luz das condições atuais".[1178] No atual contexto, entretanto, observamos que a Câmara não apontou quaisquer mudanças nas condições nem enfatizou a importância da necessidade de mudanças na jurisprudência da Corte no campo da liberdade de reunião.[1179] Portanto, em nossa opinião, uma vez que não foi estabelecido nenhum afastamento da jurisprudência, os princípios do acórdão *Barraco v.França* deveriam ter sido aplicados também no caso da Lituânia. Lamentamos que a maioria não tenha seguido esses princípios no caso em questão, sem explicar os motivos da mudança.

9. Na verdade houve, em *Barraco*[1180] uma operação não autorizada de redução de tráfego ou operação em "ritmo de caracol" (*opération escargot*) que durou cinco horas em uma única rodovia, enquanto no caso presente a desordem pública e distúrbios se espalharam pelas três rodovias mais importantes do país e duraram quarenta e oito horas. O presente caso é muito mais sério do que o anterior. Em outras palavras, se não houve violação do art. 11 em *Barraco*, o presente caso é *a fortiori* um caso ainda mais claro de não violação da liberdade de reunião. Além disso, o fato de determinados veículos terem sido autorizados a atravessar os bloqueios de estradas realizados pelos camponeses e respectivos tractores, invocados pelos requerentes por violação à sua liberdade de reunião, não os exime de responsabilidade, como não aconteceu em *Barraco*.

10. A jurisprudência internacional e nacional apoia esta conclusão. Em *Schmidberger v* Áustria,[1181] o Tribunal do Luxemburgo considerou que a perturbação da ordem pública provocada pelo bloqueio autorizado de uma única autoestrada (a autoestrada do Brenner) durante 28 horas, que tinha sido acompanhada de medidas preventivas, como um aviso público 30 dias antes do evento, sugerindo rotas alternativas e fornecendo trens extras para permitir o tráfego de usar as instalações ferroviárias, não constituiu uma violação da liberdade de circulação da União Europeia. As principais diferenças com o caso perante o Tribunal são óbvias: no caso austríaco, a manifestação foi programada para ocorrer entre um feriado bancário e o fim de semana, quando havia, de qualquer forma, uma proibição geral de tráfe-

1177 *Chapman v. Reino Unido* [GC], no. 27238/95, § 70, CtEDH 2001-I .

1178 *Tyrer contra o acórdão do Reino Unido* de 25 de abril de 1978, Série A no. 26, § 31.

1179 Sobre este aspecto do caso, ver Opinião Dissidente do Juiz Gyulumyan em *Bayatyan v. Armênia*, [GC], No. 23459/03, 7 de julho de 2011.

1180 *Barraco v.França*, no. 31684/05, 5 de março de 2009.

1181 *Schmidberger v. Áustria* C-112/00, acórdão de 12 de junho de 2003.

go de mercadorias pesadas, e foi autorizada pelo autoridades administrativas, que cooperaram com os organizadores e organizações automobilísticas para limitar os distúrbios causados, ajudando os motoristas a evitarem circular na rodovia bloqueada. Segundo o Tribunal do Luxemburgo, a liberdade de expressão e a liberdade de reunião garantidas pelos art.s 10 e 11 da Convenção são compatíveis com o dever de um Estado, nos termos do art. 28 do Tratado CE de manter abertas as principais vias de trânsito para garantir a livre circulação de mercadorias no interior da Comunidade, se e quando o objectivo da demonstração for de interesse público, como chamar a atenção para a ameaça para o ambiente e a saúde pública representada por veículos pesados de mercadorias na auto-estrada do Brenner, e desde que possam ser tomadas medidas em tempo útil pelas autoridades administrativas para minimizar a interrupção do tráfego.[1182]

11. Muito diferente deste caso era a situação no caso *Comissão v. França*,[1183] que se referia a incidentes graves de bloqueios de estradas não autorizados e violentos em várias rodovias francesas durante os meses de abril a agosto de 1993. Embora a violência dos bloqueios de estradas estivesse ausente no presente caso, também há uma lição clara a ser tirada do acórdão do Tribunal de Luxemburgo no processo *Comissão v. França*, uma vez que o Estado requerente foi censurado por não ter evitado os bloqueios comerciais resultantes de ações de particulares e as consequentes violações da liberdade de circulação e dos direitos à propriedade de terceiros.

12. Algumas jurisdições nacionais estabeleceram um padrão para diferenciar entre o exercício abusivo e não abusivo da liberdade de reunião pacífica em rodovias e estradas. No caso *DPP v. Jones e Lloyd*,[1184] a Câmara dos Lordes absolveu os requerentes porque eles simplesmente não criaram qualquer incômodo público, já que sua manifestação, embora não autorizada, tinha ocorrido pacificamente, na beira da estrada, sem interferir no tráfego.

13. No caso *Sitzblockade III*[1185] o Tribunal Constitucional da Alemanha afirmou que um ato criminoso não se torna legal apenas porque ocorre em uma reunião. Embora os tribunais não possam controlar o objetivo da reunião, eles têm o poder de verificar a proporcionalidade da restrição dos direitos de terceiros causada por bloqueios de estradas. A punição criminal dos autores de um bloqueio "selvagem" com duração superior a 24 horas não foi considerada desproporcional.[1186] Da mesma forma, o Tribunal Constitucional polonês considerou

1182 De acordo com o Tribunal do Luxemburgo, "o inconveniente pode, em princípio, ser tolerado, desde que o objetivo prosseguido seja essencialmente a manifestação pública e legítima de uma opinião" (§ § 90-91).

1183 *Comissão v. França,* C-265/95, acórdão de 9 de dezembro de 1997.

1184 *DPP v. Jones e Lloyd*, Câmara dos Lordes, acórdão de 4 de março de 1999.

1185 *Sitzblockade III*, Tribunal Constitucional Alemão, acórdão de 24 de outubro de 2001.

1186 O Tribunal Constitucional alemão já havia estabelecido a jurisprudência nos *acórdãos Sitzblockade I e II*, tendo evoluído de um conceito desmaterializado (não material) de violência para um conceito mais físico, alinhado com as exigências do princípio da legalidade colocadas na interpretação de § 240 do Código Penal Alemão. Num recente acórdão de 7 de março de 2011, o Tribunal Constitucional reiterou os critérios definidos no seu acórdão *Sitzblockade III*.

que as visões morais dos detentores do poder político não são sinônimo de "moral pública" como premissa para limitar a liberdade de reunião nas ruas e outros espaços públicos e, portanto, às autoridades públicas são confiadas a obrigação de proteger a liberdade de reunião independentemente do grau de controvérsia das opiniões publicamente expressas, desde que as proibições legais não sejam transgredidas.[1187]

14. Finalmente, no caso do *Túnel Baregg* [1188] o Supremo Tribunal Federal Suíço concluiu que o bloqueio do túnel de Baregg por mais de uma hora, sem qualquer aviso prévio, havia causado um caos em massa e, portanto, a punição penal dos manifestantes não tinha sido excessiva.

15. Considerando o precedente do Tribunal e a outra jurisprudência europeia citada, pode-se afirmar que a Convenção protege a liberdade de reunião pacífica nas estradas e rodovias, mas esta liberdade não é ilimitada. Embora a liberdade de reunião pacífica seja essencial para a manifestação dos direitos políticos e civis em uma sociedade democrática, seu exercício não deve pôr em perigo a segurança pública e a livre circulação de pessoas e bens. Portanto, são admissíveis restrições quanto ao local, hora e modo de realização das reuniões.[1189] O bloqueio não autorizado de rodovias e estradas para causar desordem pública séria não é um meio legítimo de promover uma causa política em uma sociedade democrática. Foi o que aconteceu no presente caso. Os manifestantes, incluindo os requerentes, puderam, de 19 a 21 de maio de 2003, exercer o seu direito de reunião pacífica em áreas designadas sem quaisquer restrições. Não houve uma proibição geral de assembleias, nem um controle baseado no conteúdo da iniciativa dos requerentes para organizar as manifestações. As autoridades administrativas exerceram devidamente a sua competência de gestão do trânsito no espaço público e dos riscos de segurança conexos, levando em consideração os direitos dos manifestantes e os direitos concorrentes dos que trabalham e circulam nas autoestradas e vias públicas. Porém, em 21 de maio de 2003, as manifestações se transformaram em um movimento ilegal para interromper o trânsito nas três principais rodovias e outras vias do país, causando graves danos ao público em geral e principalmente aos transportadores de mercadorias, podendo inclusive comprometer o funcionamento normal dos postos de controle de fronteira do país.

16. O poder público e o público em geral foram surpreendidos pela ação agressiva dos agricultores de bloquear as principais rodovias sem prévio aviso. Era

1187 Acórdão do Tribunal Constitucional da Polónia de 18 de janeiro de 2006, K 21/05.

1188 *Túnel Baregg*, Acórdão do Supremo Tribunal Federal Suíço de 3 de abril de 2008.

1189 Comissão de Veneza, Compilação de Pareceres da Comissão de Veneza sobre a liberdade de reunião, 2012, § 5.2, e as Diretrizes da Comissão de Veneza e OSCE/ODIHR sobre a Liberdade de Reunião Pacífica, 2008, § 80.

claramente impossível para as autoridades administrativas redirecionar o tráfego ou tomar quaisquer medidas alternativas, dado o fator surpresa e a escolha dos agricultores em atuar nas três principais rodovias do país.[1190]

17. Além disso, a criminalização de bloqueios "selvagens" de estradas não parece em *si* uma medida excessiva de política criminal, tendo em vista que o objetivo é evitar danos à vida, à integridade física e à propriedade. O mesmo se aplica ao interesse geral da ordem pública, que também é protegido pela norma. Causar mera inconveniência ao público é uma coisa; causar o caos geral é outra. O primeiro é socialmente tolerável e não deve ser criminalizado;[1191] este último é socialmente intolerável e pode ser criminalizado.[1192]

18. Além disso, os recorrentes não podiam reivindicar, como alegaram, a defesa da necessidade, prevista no art. 31 do Código Penal da Lituânia. Considerando que os bloqueios de estradas não foram conduzidos de forma a evitar um perigo imediato que ameaçava os agricultores, sua conduta não pode ser justificada pela defesa da "necessidade imediata". Mesmo supondo, para fins de argumentação, que houvesse tal perigo imediato para os agricultores, esse perigo poderia ter sido evitado por outros meios que não o bloqueio ilegal das principais rodovias e outras estradas e a resultante paralisia do país por 48 horas.

19. Por último, as sanções penais aplicadas aos requerentes foram penas brandas privativas de liberdade, proporcionais à gravidade da sua conduta.[1193] Além disso, nenhum dos requerentes teve que cumprir suas respectivas sentenças, porque o juiz considerou que os objetivos da punição poderiam ser alcançados através da suspensão da execução das sentenças.[1194]

1190 Relatório do Relator Especial sobre os direitos à liberdade de reunião pacífica e de associação, de Maina Kiai, 2012, 41, e Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre Segurança Cidadã e Direitos Humanos, 2009, §193. Tanto o Relator Especial como a Comissão Interamericana solicitam um esforço das autoridades administrativas para redirecionar o tráfego neste tipo de caso. Embora a livre circulação do tráfego não deva ter precedência automática sobre a liberdade de reunião pacífica, a primeira precede a segunda quando nenhuma alternativa aos bloqueios de estradas pode ser fornecida pelas autoridades administrativas, como no presente caso.

1191 Comissão de Veneza, Compilação de Pareceres da Comissão de Veneza sobre a liberdade de reunião, 2012, §§ 5,2.

1192 A condição para a criminalização proporcional, de acordo com os padrões internacionais, é que o risco para a ordem pública não seja um risco hipotético, mas claro e iminente (Comissão de Veneza e Diretrizes da OSCE/ODIHR sobre Liberdade de Reunião Pacífica, 2008, §§ 63 e 86-90, e Princípio 6 dos Princípios de Johanesburgo sobre Segurança Nacional, Liberdade de Expressão e Acesso à Informação). No caso em apreço, o risco culminou em graves danos à ordem pública durante quarenta e oito horas.

1193 Compare e contraste com *Barraca*or eXemplo.

1194 A maioria argumenta que outro agricultor, A. D., foi condenado por uma infração administrativa, uma infração de trânsito rodoviário e condenado a uma multa menor, fato que questiona as condenações criminais dos requerentes. Em primeiro lugar, o Tribunal ignora as circunstâncias exatas do agricultor A. D. no caso, que não foi objeto da sentença do Tribunal. Em segundo lugar, os fatos imputados ao agricultor A. D. são, na verdade, muito menos graves do que as imputadas aos requerentes, que organizaram o bloqueio de rodovias e estradas. Terceiro, o mero fato de que as autoridades nacionais adotam abordagens diferentes em casos individuais não levanta, *per se,* uma questão no âmbito da Convenção, a menos que os requerentes possam fornecer provas de aplicação discriminatória da disposição penal a eles. Tal evidência não foi produzida.

Conclusão

20. Tendo em vista a compatibilidade com a Convenção em criminalizar bloqueios de estradas se e quando causam uma violação grave da ordem pública, e a legalidade e proporcionalidade das sanções aplicadas aos requerentes, concluímos que nem o art. 7 nem o art. 11 da Convenção foram violados.

Kudrevičius e Outros Vs. Lituânia (2013): Entre o "Crime" e a Liberdade De Reunião

Siddharta Legale[1195]

SUMÁRIO: *Introdução. 1. Vida e obra do juiz Paulo Pinto de Albuquerque. 2. O caso Kudrevičius e outros vs. Lituânia (2013). 3. A opinião parcialmente dissidente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque. 4. Paralelo com os parâmetros interamericanos. Apontamentos finais. Referências bibliográficas.*

Introdução

O Professor e Juiz Paulo Pinto de Albuquerque exerceu e exerce importante papel na defesa e propulsão dos direitos humanos fundamentais. Seu período na Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH) foi marcado por casos emblemáticos e atuações interinstitucionais que contribuíram para esta promoção, não só pelo sistema europeu, mas, também, em razão do diálogo com variadas Cortes nacionais e internacionais.

Por conta disso, estudos, críticas e homenagens têm sido dirigidos ao Professor e magistrado. Ao contrário, quanto mais debate em razão de direitos humanos fundamentais, mais profícua é a produção sobre o tema e mais desenvol-

1195 Professor Adjunto de Direito Constitucional e Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Professor do Mestrado em Direito Constitucional do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF). Coordenador da Clínica Interamericana de Direitos Humanos (@ClinicaIDHUFRJ), do Núcleo Interamericano de Direitos Humanos (@nidhfnd) e da Casoteca do NIDH (@casotecadonidh). Pós-Doutor e Doutor em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Constitucional e Bacharel pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogado. E-mail: siddhartalegale@hotmail.com

vidas são as práticas extraídas de então.

O Kudrevičius e outros vs. Lituânia (2013) tem sido considerado "o julgamento paradigmático" sobre a liberdade de reunião, em especial no que diz respeito ao bloqueio de vias públicas[1196]. Em linhas gerais, foram 48 horas de bloqueio das maiores estradas da Lituânia em protesto contra a redução dos subsídios na produção da agricultura em frente ao Parlamento no qual a Corte EDH teve que decidir se houve ou não violação à liberdade de reunião nesse episódio dessa manifestação em "ritmo de caracol" (*opération escargot*).

Inicialmente, decidiu-se que a Lituânia violou a liberdade de reunião, com o voto dissidente do Paulo Pinto. Posteriormente, de forma semelhante ao voto dissidente, em sede recursal, que o desrespeito às ordens policiais e às necessidades e direitos dos usuários foi qualificada como "repreensível", não estando abarcada pela liberdade de reunião.

Por sua importância para o sistema europeia, este *comentário à decisão* chama atenção para a opinião dissidente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque à decisão do caso *Kudrevičius e outros vs. Lituânia* (2013), a respeito das controvérsias sobre a liberdade de associação e de reunião.

Para realizar tal objetivo, o presente trabalho tem por linha argumentativa: (i) a contextualização sobre o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque; (ii) o caso propriamente dito e a opinião dissidente; e (iii) uma análise breve em paralelo ao sistema interamericano de direitos humanos, a partir do caso *Baena Ricardo vs. Panamá* (2001), que também trata do direito à liberdade de associação e de reunião.

1. Vida e Obra do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque

Os estudos aprofundados sobre o próprio fazer judicial de um magistrado são intrinsicamente ligados à análise de sua história de vida. A sua biografia, por muitas vezes, reflete-se em sua *práxis* jurídica, perfazendo suas decisões como resultados consequentes de seu viver e de sua militância de vida. Por conta disso, o presente texto pretende traçar a seguinte rota, para um melhor conhecimento do juiz e, assim, um melhor entendimento sobre a sua opinião dissidente no caso ora analisado: (i) contexto e carreira acadêmica; (ii) o início de sua carreira na magistratura; e (iii) sua jornada pela Corte EDH.

Em *primeiro lugar*, ganha espaço a análise de seu contexto de nascimento e a sua carreira acadêmica. O juiz Paulo Sérgio Pinto de Albuquerque nasceu em Beira, Moçambique, na data de 5 de outubro de 1966. Aos 23 anos, concluiu os estudos em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, aos

1196 Nesse sentido, cf. ALVES, Rafael Assis. Liberdade de reunião no direito internacional: parâmetros e desafios. IN: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de; NORONHA, João Otávio. (Orgs) *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 1003 e ss

28 anos o mestrado em Direito e aos 37 anos o doutorado, pela Universidade Católica de Lisboa. Em 2004, ingressou nesta universidade em seu quadro de professores. Quatro anos depois, em 2008, foi promovido, mediante concurso, ao cargo de Professor Associado, e, desde 2015, após ter sido aprovado pelos trâmites específicos para tal, tornou-se Professor Catedrático da Universidade Católica Portuguesa[1197].

Sua extensa experiência acadêmica se reflete, também, nas suas obras publicadas. Quanto às suas obras monográficas, publicou até o presente ano de 2021 cerca de vinte livros próprios e oito livros coletivos. Quanto aos seus artigos científicos, a vasta listagem ultrapassa a casa de cinquenta exemplos. Dentre as suas obras, destacam-se as temáticas de Direito Penal e Criminologia, Direito Internacional Público e Direitos Humanos Fundamentais. O impacto de suas obras chegou a lhe render publicações em ucraniano, russo, espanhol, italiano e francês, para além do português. Atendo-se às suas obras monográficas de autoria única, destacam-se, por exemplo, as cinco obras seguintes:

TÍTULO	ANO DE PUBLICAÇÃO
Окрема думка. Шлях до справедливост **("Uma opinião separada. O caminho para a justiça")[1198]**	2020
Droits de l'Homme. Les opinions separées vues par la doctrine[1199]	2020
Em Defesa dos Direitos Fundamentais	2019
Convenção Europeia dos Direitos Humanos - Seleção de opiniões	2019
I Diritti Umani in una Prospettiva Europea, Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)[1200]	2016

A partir do quadro acima organizado, há a percepção clara do esforço do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque em promover, testemunhar e compartilhar opiniões e questões pertinentes aos direitos humanos em âmbito do sistema europeu. Isto é, trabalhar categórica e sistematicamente sobre as decisões, votos dissidentes, opiniões, parâmetros de proteção, entre outras coisas, reflete-se na construção de uma cultura jurídica de direitos humanos, no fortalecimento de

1197 Seu currículo encontra-se no site da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (UCP). Cf.: https://fd.lisboa.ucp.pt/pt-pt/system/files/templatecv-pt-novologotipo-paulo-albuquerque.pdf

1198 tradução livre.

1199 "Direitos humanos. Opiniões separadas vistas pela doutrina", em tradução livre.

1200 "Direitos humanos numa perspectiva europeia, opiniões concorrentes e dissidentes (2011-2015)", em tradução livre.

suas instituições e proteção[1201-1202].

Em *segundo lugar*, há de se analisar a sua carreira na magistratura antes de ser eleito Juiz da Corte EDH. Sua carreira de juiz português perpassou por diversos tribunais, tanto cíveis quanto penais, na cidade de Lisboa. Desde já, sua importância já se era notável. Por exemplo, destacam-se, ao menos, dois feitos: entre os anos de 2005 e 2007, atuou no grupo de trabalho responsável pela reforma ao Código Penal português; entre os anos de 2009 e 2010, atuou no *Groupe des États contre la Corruption* (GRECO), na elaboração de relatórios e pareceres técnicos sobre o combate à corrupção.

Em *terceiro lugar*, passa-se aos comentários relativos ao seu período na Corte EDH, entre os anos de 2011 e 2020. O Juiz Paulo Pinto de Albuquerque fora eleito em 25 de janeiro de 2011 para um mandato de nove anos, por maioria absoluta, substituindo, então, o Juiz Ireneu Cabral Barreto, o qual exercia o cargo desde 1988. Enquanto Juiz da Corte EDH, atuou em diversos casos, tendo destaque questões pertinentes aos direitos de pessoas detidas ou presas (como nos casos *Mursic vs. Croácia*, *Tautkus vs. Lituânia, Mironovas vs. Lituânia*), direito ao meio ambiente (como no caso *Hermann vs. Alemanha*), direitos dos trabalhadores (como nos casos *Markin vs. Rússia*, *Sindikat vs. Croácia* e *Barbulescu vs. Romênia*), para além de outros casos.

Também foi o responsável por diversos avanços institucionais e estruturantes da Corte EDH. Em 2014, instituiu o Grupo de Direito Criminal, presidindo-o até a sua saída em 2020. A partir de 2016, fora nomeado como um *focal point* nas relações interinstitucionais entre a Corte EDH e diversos outros Tribunais e Cortes Constitucionais ao redor do mundo[1203]. Figurou também entre os anos de 2018 e 2020 no comitê responsável pelo regulamento da Corte EDH, onde pôde atuar com mais afinco para garantir uma maior proteção aos juízes internacionais[1204].

1201 Em 2019, por conta de seu extenso trabalho no fortalecimento de direitos humanos fundamentais, recebeu o título de doutor *honoris causa* pela Universidade de Edge Hill, no Reino Unido. Cf.: https://www.edgehill.ac.uk/news/2019/12/international-judge-and-human-rights-activist-receives-honorary-doctorate/; Em 2020, seus esforços para a proteção e promoção de direitos humanos fundamentais na Europa resultaram em premiação de medalha de honra pela Ordem dos Advogados de Portugal. Cf.: https://eco.sapo.pt/2020/01/08/paulo-pinto-de-albuquerque-distinguido-com-medalha-de-honra-da-ordem-dos-advogados/.

1202 Em 2020, o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque, juntamente ao Ministro João Otávio de Noronha do Superior Tribunal de Justiça (STJ), coorganizou o livro *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos* Recentemente, co-editou um livro sobre a Convenção Americana dos Direitos Humanos (editora Tirant lo Blanch-Brasil), sendo co-editor o Ministro João Otávio de Noronha, antigo Presidente do Superior Tribunal de Justiça, com 70 textos de 110 autores juízes, procuradores, advogados e professores brasileiros. O livro foi lançado no dia 16 de novembro de 2020, num evento presidido pelo atual Presidente do STJ, Ministro Humberto Martins. Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de; NORONHA, João Otávio. (Orgs) *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

1203 Inclui-se nesta extensa listagem o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiros. O primeiro, mediante acordo de cooperação mais recente, de 2019. O segundo, mediante acordo de cooperação celebrado em 2016.

1204 ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de; WOJTYCZEK, Krzysztof (ed.). *Judicial Power in a Globalized World*: liber amicorum Vincent de Gaetano. Berlim: Springer International Publishing, 2019, p. 427

Com base neste escopo, pode-se ter um panorama das dimensões de impacto que a militância de vida do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque possui em suas decisões. Como pontuado acima, seus interesses maiores se envolvem nas questões de Direito Penal e criminológicas, no Direito Internacional Público e nos Direitos Humanos Fundamentais, questões estas que perpassam por toda a sua carreira jurídica. Contextualizada importância do juiz e jurista, passa-se à análise propriamente dita do caso *Kudrevičius vs. Lituânia* (2013), de modo que estes impactos se tornem mais elucidados em seu voto parcialmente dissidente no caso.

2. O Caso Kudrevičius e Outros *Vs.* Lituânia (2013)

Em 26 de novembro de 2013, a Corte EDH proferiu a sentença relativa ao caso *Kudrevičius e outros vs. Lituânia*. O principal ponto de questionamento se voltava para a suposta violação ao art. 11 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), o qual trata exclusivamente da liberdade de reunião e de associação. Em específico, na íntegra o artigo:

> **ARTIGO 11°**
>
> **Liberdade de reunião e de associação**
>
> 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação, incluindo o direito de, com outrem, fundar e filiar-se em sindicatos para a defesa dos seus interesses.
>
> 2. O exercício deste direito só pode ser objecto de restrições que, sendo previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros. O presente artigo não proíbe que sejam impostas restrições legítimas ao exercício destes direitos aos membros das forças armadas, da polícia ou da administração do Estado.

Tal sentença se refere aos fatos vividos pelos requerentes, cidadãos lituanos, Arūnas Kudrevičius (quem dá nome ao caso), Bronius Markauskas, Artūras Pilota, Kęstutis Miliauskas e Virginijus Mykolaitis em maio de 2003. Na data dos fatos, a partir de incongruências e insatisfações entre o governo lituano, sua política voltada para os agricultores e a população, as autoridades lituanas concederam autorizações especiais para os agricultores realizassem reuniões e manifestações pacíficas e em locais determinados.

Apesar de pacíficas, tais manifestações, em seu término, acabaram por causar interrupções no tráfego de três vias importantes, extrapolando à autorização para a manifestação em razão do deslocamento para outros locais. Essa manifestação em locais não previamente agendados gerou, nas palavras da Corte lituana e europeia, "tumulto", já que os agricultores saíram dos locais determinados pela autorização especial concedida pelo governo.

Tal fato desembocou em maior grau de conflitos entre o governo e os manifestantes. Desta forma, mesmo havendo um acordo entre o Estado lituano

e os agricultores que satisfizeram ambas as partes, os manifestantes se encontrarem em meio às acusações criminais referentes ao crime de "motim". Todos os requerentes, manifestantes na ocasião, foram acusados do referido crime e, em setembro de 2004, condenados a 60 dias de prisão, a qual foi suspensa por doze meses (um ano), e ao impedimento de deixarem seus locais de domicílio por mais de 7 dias, durante o período de suspensão da prisão, sem autorização prévia das autoridades competências.

Em outubro de 2005, a Suprema Corte da Lituânia findou as suas possibilidades de recurso, rejeitando as apelações finais dos requerentes. Por conta disso, baseando-se, principalmente, no art. 11 da CEDH, os requerentes, ao pleitearem suas demandas perante o sistema europeu de direitos humanos, relacionaram as acusações do crime de "motim" aos fatos ligados às suas manifestações pacíficas. Em suas versões, não houve violação à ordem pública e nem destruição de bens alheios ou danos à saúde de outrem. Pelo contrário, os protestos dos requerentes e dos demais agricultores transcorreram com calma, sem qualquer atitude brusca que remetesse a alguma intervenção da segurança pública lituana.

A Corte EDH, por sua vez, observou que as manifestações eram, de fato, protestos pacíficos. De todo modo, em sua fundamentação, a decisão estabeleceu alguns parâmetros sobre a interferência na liberdade de associação e de reunião a partir do postulado gramatical do art. 11 da CEDH, quais sejam:

> Deve ser prescrita por lei;
>
> Deve perseguir um objetivo legítimo;
>
> Deve ser estritamente necessária em um contexto de sociedade democrática.

Caso a interferência na liberdade de associação e de reunião não se encaixe nas diretrizes acima listadas, há violação ao art. 11 da CEDH. Desta forma, considerando tais parâmetros, passou a analisar o caso em tela. Assim, apesar de entender que as manifestações, ao se dissiparem, ocasionaram em grande perturbação, a Corte EDH negou-se a aceitar que as medidas tomadas pelo Estado lituano foram proporcionais às diretrizes sobre intervenção na liberdade de associação e de reunião.

Por conta disso, a Corte EDH a afirmou que as autoridades lituanas deveriam demonstrar certo grau de tolerância às perturbações geradas em protestos e manifestações, de modo que haja respeito ao art. 11 de sua CEDH. O fato de que os requerentes dispunham, na data dos fatos, de autorização especial para a realização de tais protestos, bem como de que houve negociação entre os agricultores o governo, e as manifestações haviam sido pacíficas, corroborou decisivamente para a decisão da Corte EDH.

Portanto, a Corte EDH considerou que a condenação nos processos criminais foi desproporcional para lidar com a situação sociojurídica. Em outras palavras, tal intervenção na liberdade de associação e de reunião: (i) não foi prescrita por lei, haja vista a autorização dos requerentes para a realização das manifestações pacíficas; (ii) não possuiu um objetivo legítimo, a não ser criminalizar os agricultores; e (iii) não foi estritamente necessário, de modo que já havia acordo entre o governo e os agricultores requerentes.

Com esses fundamentos, a decisão da Corte EDH declarou a violação ao art. 11 da CEDH, determinando o montante de 2.000 euros a serem pagos aos requerentes pelo Estado lituano em razão de danos imateriais.

3. A Opinião Parcialmente Dissidente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque

Apesar da decisão da Corte EDH contra o Estado da Lituânia, os Juízes Raimondi, Jočienė e Pinto de Albuquerque proferiram voto parcialmente dissidente em relação ao caso. Os três juízes discordavam em relação aos critérios de subsunção dos fatos à norma do art. 11 da CEDH. Por conta disso, teceram suas considerações a partir de dois eixos: (i) a legalidade da condenação criminal; e (ii) a proporcionalidade da condenação criminal.

Sobre o primeiro eixo, quanto à *legalidade da condenação criminal*, tem-se que a conduta dos requerentes fora interpretada pelo Supremo Tribunal da Lituânia como situação prevista no art. 283 do Código Penal Lituano, sendo, também, o primeiro caso em que o Supremo Tribunal da Lituânia aplicou o referido crime. Os juízes dissidentes, então, passam a dirimir a alegação dos requerentes de imprevisibilidade presente no crime lituano de motim. Em suas palavras, confira a passagem:

> A este respeito, chamamos particular atenção para o fato de os tribunais lituanos terem fornecido amplas explicações sobre o conteúdo do conceito de infracção penal de motim e sobre a forma como as acções dos requerentes se enquadravam no âmbito do art. 283.º, n. 1 do Código Penal. Também tomamos nota da opinião do tribunal de apelação, em sua sentença de 14 de janeiro de 2005, de que a organização de uma multidão de pessoas para bloquear as principais rodovias em diferentes pontos da Lituânia, paralisando não somente o tráfego, mas também o funcionamento normal dos postos de controle de fronteira do Estado, ultrapassou o âmbito das disposições do Código de Infrações Administrativas e causou consequências muito mais graves do que uma mera violação das regras de trânsito. O que também é de grande importância para nós neste caso, ao analisarmos o aspecto da legalidade, é o fato do Supremo Tribunal da Lituânia, em seu acórdão de 4 de outubro de 2005, ter fornecido uma explicação jurídica clara sobre o mérito da infracção penal de motim e as razões da sua aplicação no caso dos requerentes. (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 2013-B, pp. 1-2)

Em consequência, o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque e os demais juízes dissidentes alegaram que a Corte EDH não é e não pode ser considerada como uma "quarta instância", mas que esta deve, apenas, garantir que as obrigações presentes na CEDH sejam cumpridas por seus Estados-membros, como consta em seu art. 19.

Desta forma, a Corte EDH não seria uma substituta para os tribunais in-

ternos, nem deve se ater às questões de interpretação de seu direito interno. Os juízes declararam que, de acordo com os fatos apresentados, as definições internas quanto ao crime de motim foram bem explicitadas, de modo que o impacto das ações individuais dos requerentes manifestantes de fechar três grandes vias da Lituânia foi caótico e, por conta disso, ensejaram na persecução criminal lituana.

Em suas palavras, "O reconhecimento do direito de reunião parte do pressuposto de que a reunião não infringirá os direitos humanos de outras pessoas ou grupos de pessoas que façam parte da mesma sociedade"[1205].

De tal forma, os juízes dissidentes entenderam por uma leitura mais deferente à soberania nacional no ponto em questão, tendo, para isso, revisitado as disposições de Direito Penal interno da Lituânia. Desta forma, o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque e os demais juízes dissidentes entenderam pela *legalidade* da condenação criminal: (i) a interferência possuía prescrição legal; e (ii) havia um fim legítimo, o de garantir a ordem pública.

As suas análises seguiram, então, para a questão da proporcionalidade das medidas adotadas, para analisar se a interferência era (iii) estritamente necessária numa democracia. Neste tópico, os juízes dissidentes realizaram uma breve digressão à jurisprudência da própria Corte EDH, "no interesse da segurança jurídica, da previsibilidade e da igualdade perante a lei"[1206]. Em suas linhas argumentativas, trouxeram para fins comparativos o caso *Barraco vs. França* (2009), o qual discorrem que os parâmetros estipulados deveriam ser mantidos.

No caso citado, *Barraco vs. França* (2009), trata-se do *leading case* sobre bloqueios de estradas não autorizados. Em seus fatos, houve uma operação não autorizada de redução e bloqueio de tráfego que durou por cinco horas em uma única autoestrada. Neste caso, a Corte EDH não entendeu pela violação ao art. 11 da CEDH. Por conta disso, no caso agora analisado, em razão de seus resultados mais gravosos à ordem pública lituana, a Corte EDH deveria seguir o precedente de *Barraco* e decidir pela não violação à liberdade de associação e de reunião.

Após, alguns outros julgados internacionais (pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, *Tribunal de Luxemburgo*) e nacionais são utilizados como parâmetros comparativos ao caso em tela. Em razão dos casos em comparação, os juízes dissidentes chegaram à conclusão de que as condenações criminais foram brandas, mesmo que privativas de liberdade, em razão do prejuízo causado. Em suas palavras:

> 16. O poder público e o público em geral foram surpreendidos pela ação agressiva dos agricultores de bloquear as principais rodovias sem prévio aviso. Era claramente impossível para as autoridades administrativas redirecionar o tráfego ou tomar quaisquer medidas alternativas, dado o fator surpresa e a escolha dos agricultores em atuar nas três principais rodovias do país[1207].

1205 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 2013-B, p. 4

1206 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 2013-B, p. 4.

1207 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 2013-B, p. 8

Num primeiro momento, a Corte EDH decidiu que a Lituânia violou a liberdade de reunião, com o voto dissidente do juiz Paulo Pinto. Em sede recursal, porém, justamente por causa do voto dissidente, a Primeira Câmera se orientou pela posição do voto dissidente de forma deferente à soberania nacional.

A Corte EDH decidiu[1208], por fim, que houve desrespeito às ordens policiais e às necessidades e direitos dos usuários, chegando a qualificar inclusive como "repreensível" a postura dos manifestantes que não poderiam bloquear as estradas para além do que havia sido autorizado para reunião, porque tal direito não estaria contemplado pela liberdade de reunião[1209].

4. Paralelo com os Parâmetros Interamericanos

Por fim, cabe fazer apontamentos sobre o caso *Kudrevičius e outros vs. Lituânia* (2013) em comparação aos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) sobre a mesma temática, qual seja, a liberdade de associação e de reunião.

Para tanto, registre-se que o sistema interamericano possui regras gerais para restrição de direitos humanos em seu artigo 30 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Confira-se:

> Artigo 30. Alcance das restrições
>
> As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

A Opinião Consultiva n. 6/ 86 desentranha de forma muito interessante os parâmetros para restrição de direitos, destacando a necessidade de (i) legal geral como ato do Parlamento; (ii) interesse geral; e (iii) a finalidade compatível com a CADH[1210]. Esses parâmetros gerais, ao lado de outros parâmetros específicos para restrição para direito humanos específicos da CADH, são sobremaneira importantes para evitar abusos ou excessos de condutos do que deveriam proteger tais direitos, como destaca Sérgio Garcia Ramirez[1211].

1208 Optou-se, aqui, contudo, por enfatizar o voto e não o acórdão final.

1209 "5. The application was allocated to the Second Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 26 November 2013 a Chamber of the Second Section, composed of the following judges: Guido Raimondi, Danutė Jočienė, Dragoljub Popović, András Sajó, Işıl Karakaş, Paulo Pinto de Albuquerque and Helen Keller, and also of Stanley Naismith, Section Registrar, unanimously declared the application admissible in respect of the complaints under Articles 7 and 11 of the Convention and inadmissible for the remainder. By four votes to three, the Chamber held that there had been a violation of Article 11 of the Convention, that there was no need to examine separately the complaint under Article 7 of the Convention and that the respondent State was to pay each applicant 2,000 euros (EUR) in respect of non-pecuniary damage. 6. On 26 February 2014 the Government asked for the case to be referred to the Grand Chamber by virtue of Article 43 of the Convention and Rule 73 of the Rules of Court. On 14 April 2014 a panel of the Grand Chamber granted that request. (...)"

1210 LEGALE, Siddharta; MUNIZ, Natália Soprani Valente. A OC-06/86 da Corte IDH e as restrições de direitos humanos. *Casoteca do NIDH*. Disponível em: https://nidh.com.br/oc06/

1211 RAMÍREZ, Sérgio García. *La Corte Interamericana de Direitos Humanos*. México: Editorial Porrua,

Para além da definição do bloco de convencionalidade[1212], ou seja, do texto do art. 30 com a interpretação em abstrato fixada na OC-06/86, vale registrar os casos contenciosos que, na prática, ponderam as restrições, recorrendo também ao princípio da proporcionalidade, tais como Herrera Ulloa vs Costa Rica (2004); Ricardo Canese vs. Paraguai (2004); Palamara-Iribarne vs. Chile (2005); Claude-Reyes vs. Chile (2006); e López-Alvarez vs. Honduras (2006). São casos, cujo debate em primeiro plano envolve a liberdade de expressão e não a liberdade de reunião, mas que cabe o paralelo pela harmonia desses direitos.

No caso Herrera Ulloa vs Costa Rica (2004), por exemplo, a Corte IDH decidiu que uma sanção penal de injúria e calúnia para um jornalista que republicou matérias de jornais europeus no Jornal La Nación por supostos escândalos, além de não ser razoável, para cumpre a finalidade de fortalecer uma sociedade democrática, porque tende a gerar um efeito desanimador ou uma restrição desproporcional indireta à liberdade de expressão.

O caso López-Alvarez vs. Honduras (2006) da Corte IDH também trata sobre a violação ao direito à liberdade de expressão de três juízes que sofreram processos administrativos por revelarem sua opinião negativa em relação ao golpe de Estado sofrido pela República das Honduras.

Embora sejam casos de liberdade de expressão, a Corte IDH enxerga a liberdade de reunião como um direito de caráter instrumental para a liberdade de expressão[1213]. Daí a importância de situar previamente tais casos antes de abordar um caso específico sobre liberdade de reunião e associação.

O caso escolhido para fazer o paralelo com o caso *Kudrevičius e outros vs. Lituânia* (2013) foi o *Baena Ricardo vs. Panamá* (2001). Além de fornecer a possibilidade de uma comparação mais imediata, ele é representativo dos casos de liberdade de reunião como um todo do sistema interamericano, cujo acervo em grande medida envolve o assassinato de líderes sindicais[1214-1215] e/ou retaliações aos mesmos[1216].

2007, p.418.

1212 LEGALE, Siddharta. La Constitución Interamericana: Los 50 Años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: OEA. (Org.). *Curso de Direito Internacional XLVI*. 1ed.Rio de Janeiro: OEA, 2019, v. 1, p. 121-171.

1213 MUJICA, Javier. Comentário ao art. 15. In:. STEINER, Christian Steiner; URIBE, Patricia (coords). *Convención Americana de Derechos Humanos* Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2014, p.362

1214 Clínica IDH/UFRJ. Manifestação da Clínica IDH/UFRJ como amicus curiae na solicitação de Opinião Consultiva acerca do "Alcance das obrigações dos Estados no âmbito do Sistema Interamericano sobre as garantias à liberdade sindical, sua relação com outros direitos e sua aplicação com uma perspectiva de gênero" Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/oc27/35_ufrj.pdf

1215 Há diversos casos a respeito, tais como, Olavo Hansen, Gabriel Pimenta e Margarida Maria Alves, todos envolvendo o Brasil, bem como Isaza Uribe vs Colombia e Cantoral Huamani vs Peru. Há diversas análises breves desses casos da CIDH e da Corte IDH, cf. Casoteca do NIDH, Liberdade sindical. Disponível em: https://nidh.com.br/category/casoteca/liberdade-sindical/

1216 CAVALLARO, James et al. Dcotrine, practice, and Advocacy in the Inter-american Human Rights system. New York: Oxford University Press, 2019, p.736: "Most of cases that Court has examined on feedom of assembly anda association over the past years relate to violence and other forms of reprisals against individuals and groups for theirs paticipation either in association or assemblies."

Preliminarmente, há de se pontuar que, diferente da CEDH, a CADH trata da liberdade de reunião e da liberdade de associação em dois dispositivos distintos, os arts. 15[1217] e 16[1218]. Confira-se:

> Artigo 15. Direito de reunião
>
> É reconhecido o direito de reunião pacífica e sem armas. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei e que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.
>
> Artigo 16. Liberdade de associação
>
> 1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza.
>
> 2. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.
>
> 3. O disposto neste artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia.

A sentença do caso *Baena Ricardo e outros vs. Panamá* (2001) trata de conflitos envolvendo o Estado do Panamá e 270 servidores públicos, motivado pela destituição destes trabalhadores de seus cargos a partir de sua Lei n. 25, por conta de manifestações contra o Estado em ordem da melhoria de salários e condições de trabalho. Por questões de simultaneidade de acontecimentos, as manifestações destes servidores públicos foram associadas ao motim militar que ocorria em mesmo dia, na data de 4 de dezembro de 1990. Por conta disso, dentre os direitos humanos fundamentais cuja suposta violação do Estado fora alegada se encontravam os referidos arts. 15 e 16 da CADH.

Passados os trâmites processuais e a análise das alegações das partes, a Corte IDH debruçou-se na compreensão de cada direito humano supostamente violado, para chegar à decisão sobre a sua violação ou não por parte da República do Panamá. Entretanto, não nos ateremos, aqui, à explanação de cada um deles, apenas dos referentes à liberdade de reunião (art. 15, CADH) e à liberdade de associação (art. 16, CADH).

Quanto à liberdade de reunião, a Corte IDH entendeu que tal direito não

1217 Para uma análise mais ampla do art. 15 Cf. CITTADINO, Rodrigo Cerveira. Comentários ao artigo 15 – Direito de reunião. In: LEGALE, Siddharta; VAL, Eduardo Manuel; VASCONCELOS, Raphael; GUERRA, Sidney (Orgs). *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica*. Curitiba: Instituto Memória, 2019, p. 145

1218 Para uma análise mais ampla do art. 15 Cf. ALVES, Jean Alesi Ferreira. Comentários ao artigo 16 – Liberdade de associação. In: LEGALE, Siddharta; VAL, Eduardo Manuel; VASCONCELOS, Raphael; GUERRA, Sidney (Orgs). *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica*. Curitiba: Instituto Memória, 2019, p. 152 ess Sobre os elementos formal e teleológico, temporal e especial, subjetivo de objetivo. Cf. ALVES, Rafael Assis. Liberdade de reunião no direito internacional: parâmetros e desafios. IN: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de; NORONHA, João Otávio. (Orgs) *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 981 e ss

se encontrou violado pelo Estado panamense. Não houve suspensão das possibilidades de reuniões pacíficas e desarmadas, mas, apenas aquelas relativas às reuniões *armadas*, como do motim militar que aconteceu simultaneamente às manifestações dos servidores públicos destituídos.

Quanto à liberdade de associação, a Corte IDH decidiu pela existência de violação de direitos humanos por parte do Estado panamense. Firmou o entendimento que expandiu o bloco de convencionalidade em matéria trabalhista, referenciando como componente da liberdade de associação a liberdade sindical, realizando uma interpretação da Convenção 98 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).[1219]

Apresentado brevemente o caso, cabe comparar propriamente com o *Kudrevičius e outros vs. Lituânia* (2013) da Corte EDH, considerando o voto dissidente: (i) interpretações quanto à liberdade de associação e de reunião; (ii) proporcionalidade das medidas estatais.

A comparação entre dois casos analisados trata da tutela jurídica das liberdades de associação e de reunião em âmbitos de proteção regional de direitos humanos de formas semelhantes com nuances na fundamental e votos divergentes distintas. Dessa forma, comparando os acórdãos dos dois casos, tem-se que:

> (i) a Corte EDH afirma que sua jurisdição não pode ser percebida como uma "quarta instância", enquanto, a Corte IDH, embora repita inconscientemente essa mantra da proibição da quarta instância em sua jurisprudência, ela na prática se comporta como um Tribunal Constitucional transnacional ao reconhecer um bloco de convencionalidade, realizar um controle concentrado de forma destrutiva de leis incompatíveis ou construtiva cobrando políticas públicas, bem como pela cobrança de um controle difuso de convencionalidade pelos Estados[1220].
>
> (ii) a Corte EDH trabalha com a liberdade de reunião e de associação enquanto um único direito humano fundamental, enquanto a Corte IDH fundamenta sob a ótica de dois direitos humanos fundamentais distintos, enfatizando a relação com a democracia e com os direitos sociais, econômicos e culturais[1221];
>
> (iii) os parâmetros gerais para a verificação de sua violação são análogos, embora existam nuances e desdobramentos na aplicação diversos (estar prescrita em lei; possuir objetivo legítimo; ser estritamente necessária numa democracia);
>
> (iv) a Corte EDH entende a violação à liberdade de associação e de reunião de maneira *ampla* (negando intervenções em manifestações que gerem prejuízos à ordem pública), enquanto a Corte IDH entende a violação à liberdade de reunião de maneira mais *restritiva* (permitindo intervenções em manifestações armadas ou não pacíficas) e a violação à liberdade de associação de maneira mais *ampla* (acrescentando as disposições da OIT em seu bloco de convencionalidade);
>
> (v) o voto dissidente capitaneado pelo Juiz Paulo Pinto de Albuquerque, nesse sentido, aproxima-se mais ao entendimento da Corte IDH na decisão do caso *Baena Ricardo vs. Panamá* (2001).

1219 LEGALE, Siddharta; MARCOLINO, Danilo Sardinha. Baena Ricardo e outros vs. Panamá (2001): do Estado de emergência à liberdade sindical. ***Casoteca do NIDH***. Disponível em :https://nidh.com.br/?p=6553&preview=true

1220 Transcenderia ao escopo desse comentário de caso justificar essa crítica. Mas desenvolvemos de forma mais ampla em Cf. LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, Lumen Juris, 2020.

1221 No plano interno a cada estado, fica evidente a relação entre a democracia e a importância da liberdade de reunião, em especial na América Latina. A respeito, André de Carvalho Ramos destaca a ADI 1969 quando, em plena democracia, tentou-se por via de decreto proibir a utilização de megafones na esplanada dos três Poderes em Brasília. Transcenderia à finalidade deste comentário à decisão, justificar com questões de direito interno também. De todo modo, essa postura do Estado brasileiro que revela uma persistência do autoritarismo não parece uma exceção em nossa região. Para mais detalhes, cf. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 569.

Em seguida, os dois casos analisados trazem interpretações quanto aos limites e extensões que as medidas estatais podem e devem tomar. São elas:

> (i) a Corte EDH, no caso analisado, entendeu pelo excesso nas medidas de persecução penal sofridas pelos requerentes, enquanto a Corte IDH também entendeu pelo excesso na destituição do cargo dos 270 trabalhadores públicos e do desrespeito à estabilidade do líder sindical que participou de manifestações como violação da liberdade de associação, mas, entendeu pela proporcionalidade das medidas do Estado panamense em relação aos causadores do motim militar, em razão do prejuízo à ordem pública causado;
>
> (ii) o voto dissidente capitaneado pelo Juiz Paulo Pinto de Albuquerque, então, por preconizar a proporcionalidade da medida de punição estatal ao prejuízo causado, aproxima-se mais ao entendimento da Corte IDH na decisão aqui analisada.

Por fim, a partir desta breve análise, pôde-se estabelecer um panorama comparativo entre as decisões *Kudrevičius e outros vs. Lituânia* (2013), da Corte EDH, e *Baena Ricardo vs. Panamá* (2001), da Corte IDH[1222]. No presente comentário, observou-se duas maneiras distintas de se entender as dinâmicas envolvendo as violações às liberdades de reunião e de associação. Num grau de proximidade, o voto dissidente do qual o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque faz parte na decisão contra o Estado lituano se encontra mais tendente aos entendimentos da Corte IDH do que àqueles postulados no julgado da Corte EDH.

Apontamentos Finais

As considerações tecidas até o momento versaram sobre três principais pontos: (i) a vida e os impactos da carreira do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque; (ii) o caso *Kudrevičius e outros vs. Lituânia* (2013); e (iii) uma comparação com os parâmetros interamericanos de direitos humanos, a partir do caso *Baena Ricardo vs. Panamá* (2001). Buscou-se, portanto, elucidar as questões relativas à pessoa do Juiz, a sua posição dissidente no julgado da Corte EDH, e uma comparação entre as duas posições com os parâmetros da Corte IDH.

Em razão dos estudos apresentados no presente *paper*, pôde-se chegar às seguintes conclusões:

1222 Optou-se por esse caso pela maior fundamentação com a liberdade de reunião e associação. Contudo, não se ignora o avanço na interpretação da judicialização dos DESCA a partir do art. 26 da CADH em casos mais recentes da Corte IDH, como Lagos del Campo vs Peru, Nossa terra vs Argentina, Poblete Vilches vs Chile ou, ainda, Fábrica de Fogos vs Brasil. Dentre os casos mencionados, o primeiro e o último têm uma importância na construção de um trabalho digno. Cf. PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia Cunha. *Curso de Direitos humanos: sistema interamericano*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 181

1. O Juiz Paulo Pinto de Albuquerque dedicou sua vida acadêmica e sua carreira na magistratura para a defesa e promoção dos direitos humanos fundamentais, com enfoque em Direito Penal, Criminologia e Direito Internacional Público;

2. A Corte EDH apresenta, no caso *Kudrevičius e outros vs. Lituânia* (2013), uma leitura ampla das possibilidades de violação às liberdades de associação e reunião (art. 11, CEDH);

3. A Corte IDH, no caso *Baena Ricardo vs. Panamá* (2001), utiliza-se de uma leitura mais restritiva às violações à liberdade de reunião (art. 15, CADH) e mais ampla às violações à liberdade de associação (art. 16, CADH).

4. O Juiz Paulo Pinto de Albuquerque, a partir do voto dissidente no caso *Kudrevičius e outros vs. Lituânia* (2013), juntamente aos Juízes Raimondi, Jočienė, aproxima-se mais ao entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso supracitado.

Por fim, uma diferença fundamental entre a interpretação europeia e a interamericana é que esta atribui uma ênfase maior ao entrelaçamento de sentido entre a liberdade de expressão, reunião e associação como uma forma de preservar a democracia para reivindicação de direitos.

Referências Bibliográficas

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de; NORONHA, João Otávio. (Orgs) *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

_____; WOJTYCZEK, Krzysztof (ed.). *Judicial Power in a Globalized World*: liber amicorum Vincent de Gaetano. Berlim: Springer International Publishing, 2019.

ALVES, Jean Alesi Ferreira. Comentários ao artigo 16 – Liberdade de associação. In: LEGALE, Siddharta; VAL, Eduardo Manuel; VASCONCELOS, Raphael; GUERRA, Sidney (Orgs). *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica*. Curitiba: Instituto Memória, 2019.

ALVES, Rafael Assis. Liberdade de reunião no direito internacional: parâmetros e desafios. IN: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de; NORONHA, João Otávio. (Orgs) *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

CAVALLARO, James et al. Dcotrine, practice, and Advocacy in the Inter-american Human Rights system. New York: Oxford University Press, 2019.

Casoteca do NIDH, Liberdade sindical. Disponível em: https://nidh.com.br/category/casoteca/liberdade-sindical/

Clínica IDH/UFRJ. Manifestação da Clínica IDH/UFRJ como amicus curiae na solicitação de Opinião Consultiva acerca do "Alcance das obrigações dos Estados no âmbito do Sistema Interamericano sobre as garantias à liberdade sindical, sua relação com outros direitos e sua aplicação com uma perspectiva de gênero" Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/oc27/35_ufrj.pdf

CITTADINO, Rodrigo Cerveira. Comentários ao artigo 15 – Direito de reunião. In: LEGALE, Siddharta; VAL, Eduardo Manuel; VASCONCELOS, Raphael; GUERRA, Sidney (Orgs). *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica*. Curitiba: Instituto Memória, 2019.

MUJICA, Javier. Comentário ao art. 15. In: STEINER**,** Christian Steiner; URIBE, Patricia (coords). *Convención Americana de Derechos Humanos* Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2014.

LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional***.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, Lumen Juris, 2020.

_____**.** La Constitución Interamericana: Los 50 Años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: OEA. (Org.). *Curso de Direito Internacional XLVI*. 1ed.Rio de Janeiro: OEA, 2019, v. 1, p. 121-171.

_____; MARCOLINO, Danilo Sardinha. Baena Ricardo e outros vs. Panamá (2001): do Estado de emergência à liberdade sindical. **Casoteca do NIDH**. Disponível em: https://nidh.com.br/baena/

_____; MUNIZ, Natália Soprani Valente. A OC-06/86 da Corte IDH e as restrições de direitos humanos. *Casoteca do NIDH*. Disponível em: https://nidh.com.br/oc06/

PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia Cunha. *Curso de Direitos humanos: sistema interamericano***.** Rio de Janeiro: Forense, 2021**.**

RAMÍREZ, Sérgio García. *La Corte Interamericana de Direitos Humanos.* México: Editorial Porrua, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014

XII. Cooperação Jurídica Internacional e Direitos Humanos

Caso Mukuchyan E Minasyan V Azerbaijão e Hungria

Opinião Parcialmente Dissidente do Juiz Albuquerque

1. Eu sigo a opinião da maioria com duas grandes ressalvas. Minha primeira ressalva é com relação à constatação no acórdão de que não houve violação, pelo Azerbaijão, do Artigo 2 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos ("a Convenção") em sua parte substantiva. Minha segunda ressalva diz respeito à constatação da maioria de que não houve violação processual por parte da Hungria nos termos do Artigo 2 da Convenção.

A. Obrigação Do Azerbaijão nos Termos da Parte Substantiva do Artigo 2

2. Duas questões distintas formam a base do meu argumento de que o Azerbaijão violou a parte substantiva do Artigo 2 da Convenção. Em primeiro lugar, o Azerbaijão atendeu aos requisitos do Artigo 11 do Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Danosos ("projeto de Artigos da ILC sobre Responsabilidade do Estado") ao reconhecer e adotar a conduta do R.S. como sua, de acordo com as circunstâncias factuais evidenciadas no processo. Em segundo lugar, o Azerbaijão concedeu indevidamente um perdão, quando deveria ter evitado fazê-lo à luz do direito internacional. Em outras palavras, o presente caso exige a devida atenção aos ensinamentos do direito internacional público e, em particular, às interpretações oficiais da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa (APCE) e do Parlamento Europeu.

1. Reconhecimento e Adoção pelo Azerbaijão da Conduta do R.S. Como Sua

3. Em relação ao Artigo 11 do Anteprojeto de Artigos da ILC sobre Responsabilidade do Estado, deve-se primeiro mencionar que este reflete o direito internacional consuetudinário[1223] [1224]. Nos termos deste Artigo, um Estado pode ser responsabilizado por atos cometidos por uma pessoa física se tiver reconhecido e adotado a conduta da pessoa como sendo sua[1225]. A Corte, no caso *Reivindicações Irã-Estados Unidos,* estipulou que "para atribuir um ato ao Estado, [era] necessário identificar com *razoável certeza* os atores e sua associação com o Estado" [grifo nosso][1226].

4. O tratamento de R.S. pelo Azerbaijão tinha o objetivo de anular os aspectos negativos de sua condenação anterior. Com base nos fatos estabelecidos, foram oferecidas ao R.S. medidas de reparação a tal ponto que o Azerbaijão o tratou como se ele fosse um condenado injustamente processado. Um dos atos mais indicativos do Azerbaijão que demonstra o tratamento da sua conduta como lícita foi o reembolso de seu salário pelo tempo que passou na prisão húngara. No total, oito anos de salário foram pagos retroativamente. Mesmo a maioria expressa sua opinião de que "o exposto - considerado como um todo - indica que R.S. foi tratado como uma pessoa inocente ou injustamente condenada e que recebeu benefícios que parecem não ter uma base legal na legislação nacional"[1227]. Essa ação empreendida por parte do Azerbaijão claramente vai além das declarações de aprovação ou endosso. O reembolso dos salários retroativos representa uma ação positiva empreendida pelo Estado do Azerbaijão, em um esforço para compensar a R.S. pelo tempo em que cumpriu sua sentença apropriada e legal na Hungria.

5. Além dos retroativos salariais, R.S. beneficiou de outras medidas de reparação através das quais o Azerbaijão efetivamente procurou anular sua condenação anterior. R.S. foi recebido de volta às forças armadas e, de fato, foi promovido para um posto militar mais alto.

6. Além das ações do Azerbaijão que indicam sua intenção de apresentar a conduta de R.S. como lícita, também é evidente que o Azerbaijão utilizou a conduta reconhecida e adotada para promover seus próprios objetivos políticos[1228]. O Azerbaijão claramente tirou vantagem política dos atos de R.S. e o declarou um herói nacional, o que é uma indicação do governo do Azerbaijão quanto ao tipo de comportamento que ele busca recompensar.

O Azerbaijão elogiou R.S. como herói nacional, modelo e patriota que havia defendido a honra de seu país. Mesmo que o Azerbaijão insistisse que não

---

1223 [a opinião começa na nota de rodapé n 2, porque a nota 1 pertence ao acórdão]

1224 Ver, por exemplo, *Noble Ventures, Inc. v Romênia*, Decisão, Processo ICSID Nº ARB / 01/11, 12 de outubro de 2005, parágrafo 69: "Embora esse Projeto de Artigos não seja vinculativo, ele é amplamente considerado como uma codificação do direito internacional consuetudinário".

1225 Para uma introdução histórica a este Artigo, ver Olivier De Frouville, "Atribuição: Particulares", em James Crawford e outros, *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, pp. 273-275.

1226 *Kenneth P. Yeager v República Islâmica do Irã* , Irã – USCTR, vol. 17, p. 92, pp. 101-102 (1987).

1227 Ver § 170 do acórdão.

1228 Ver § 25 do acórdão.

elogiou diretamente o hediondo crime cometido por R.S., é evidente pelas ações realizadas pelo Azerbaijão que de fato tolerou e até glorificou seus atos. A base formal para isso pode ser vista através da reintegração de R.S. na sua carreira militar e, de fato, da sua promoção. R.S. tem, portanto, a capacidade de realizar atos de Estado que, à luz da prática anterior de um crime hediondo por R.S., só podem ser compreendidos assumindo que o Azerbaijão vê esse crime como um ato legal, louvável e recompensável, que não é flagrantemente abusivo ou muito distante do estatuto oficial de R.S. como oficial militar. Não fosse esse o caso, o Azerbaijão teria que condenar a conduta de R.S. e, de acordo com sua própria lei nacional, continuar a executar a punição que R.S. havia recebido na Hungria.

7. O Azerbaijão utilizou ainda as ações do R.S., incentivando membros do público a parabenizar e expressar seu apoio a ele por meio de uma página especial no site do Presidente do Azerbaijão, chamada "Cartas de Agradecimento a R.S." Consequentemente, um grande número de cartas mostrou apoio às ações da R.S. e agradeceu ao Presidente por perdoá-lo. Como a maioria mesmo admite, "Embora seja verdade que o próprio Presidente nunca tinha postado nada nessa seção, sua mera existência apontava para a ideia de que R.S. havia sido perdoado porque seu ataque tinha sido de natureza étnica e que a concessão do perdão poderia ser percebida como um passo importante no processo de legitimação e glorificação das ações de R.S."[1229].

8. A maioria também opina que o "esmagador conjunto de provas apresentadas pelos requerentes indicou que as várias medidas que levaram à impunidade virtual de R.S., juntamente com a glorificação de seu crime de ódio extremamente cruel, tinham um nexo de causalidade com a etnia armênia de suas vítimas"[1230]. Essas declarações demonstram uma desconexão notável na constatação da maioria de que houve violação processual do Artigo 2, embora não aceitem a evidente violação substantiva do Artigo 2. Por um lado, a maioria aceita que o Azerbaijão tratou R.S. como pessoa inocente ou condenada injustamente[1231] e até legitimou e glorificou suas ações[1232] mas, por outro lado, eles se recusam a declarar essa conduta como acionadora do Artigo 11 do Projeto de Artigos da CDI sobre Responsabilidade Estatal. Isso está para além da minha compreensão.

9. De fato, o comentário sobre o Projeto de Artigos da ILC sobre Responsabilidade Estado distingue duas maneiras pelas quais o reconhecimento e a adoção de uma conduta específica por um Estado podem, por si só, ser identificadas. Poderia, como no caso dos *Funcionários Diplomáticos e Consulares dos Estados Unidos no Teerã*, ser por conduta expressa ou, alternativamente, "poderia ser deduzido

1229 Ver § 217 do acórdão.
1230 Ver § 220 do acórdão.
1231 Ver § 170 do acórdão.
1232 Ver § 217 do acórdão.

da conduta do Estado em questão"[1233]. Em um caso perante o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, *Procurador v Dragan Nikolic ("Campo Sušica"),* a Câmara de Julgamento se baseou nos princípios estabelecidos no Projeto de Artigos da CDI sobre Responsabilidade Estatal "como orientação legal geral, na medida em que pode ser útil para determinar o problema em questão"[1234]. A Corte teve que ponderar se a SFOR [Stabilisation Force in Bosnia and Herzegovina] e a Procuradoria deveriam ser vistos como "um mero beneficiário passivo da entrega fortuita (até irregular) [do acusado] à Bósnia", em oposição à "adoção" ou "reconhecimento" da conduta ilegal 'como suas'"[1235]. Essa distinção de ser um "mero beneficiário", em oposição a um "reconhecimento" ativo e "adoção" do ato de um indivíduo, esclarece ainda mais o limiar que precisa ser ultrapassado para atribuição de responsabilidade de acordo com o Artigo 11 do Projeto de Artigos da CDI sobre Responsabilidade Estatal. No caso *Procurador v Dragan Nikolic*, a Câmara de Julgamento concluiu que a SFOR e a Procuradoria haviam realmente agido de acordo com suas obrigações internacionais de prender e deter a pessoa e que tinha sido um "mero beneficiário" de conduta ilegal[1236].

10. Em contraste com isso, as autoridades do Azerbaijão não foram "meros beneficiários" da rendição fortuita de R.S., mas procuraram tal rendição por todos os meios políticos e legais e até promoveram a pessoa entregue ao posto de herói nacional. No presente caso, o Azerbaijão não afirma expressamente ter reconhecido e adotado os atos de R.S. como seus próprios, mas fica claro pelos fatos que se comportou de uma maneira pela qual esse reconhecimento e adoção podem ser inferidos. No entanto, há mais a ser adicionado em termos de responsabilidade internacional do Estado requerido.

2. Perdão de R.S. pelo Azerbaijão

11. De acordo com o direito internacional, há muito tempo se admite que a aprovação pelo Estado de conduta privada controvertida pode ser deduzida do perdão do agressor "quando esse perdão necessariamente priva a parte lesada de toda a reparação"[1237]. É verdade que a emissão de um perdão por crimes graves, incluindo assassinatos, não é proibida pelas leis internacionais. O uso do perdão,

1233 United Nations Legislative Series, *Materials on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts,* ST/LEG/SER.B/25, 94 (2012).
1234 *Procurador v Dragan Nikolic ("Campo Sušica"),* Câmara de Julgamento II, Decisão sobre Moção de Defesa Questionando o exercício de Jurisdição pela Corte em 9 de outubro de 2002 [IT-94-2-PT], § 61.
1235 Ibidem, § 66.
1236 Ibidem, § 67.
1237 Decisão da Comissão Mista Britânico-Colombiana no Caso *Cotesworth e Powell*, de 5 de novembro de 1875, citado em R. Ago, 4º Relatório sobre Responsabilidade do Estado, Anuário da ILC 1972, vol. II, 101 (parágrafo 7). Ver também a Decisão da Comissão ítalo-Venezuelana no *Caso Poggioli,* em Relatórios de Sentenças Arbitrais Internacionais, volume X (1903), pp. 669-692 , que declarou a Venezuela responsável pelos danos infligidos à propriedade de um estrangeiro por haver permitido que graves ofensas fossem cometidas contra ele pessoalmente e os infratores, embora conhecidos, tenham sido considerados impunes.

no entanto, pode ser limitado à luz de outras obrigações internacionais que um Estado pode ter que cumprir. Duas obrigações relevantes para o presente caso são a obrigação de processar e a obrigação de implementar uma sentença.

12. No parágrafo 61 do presente acórdão, a maioria declara o seguinte:

> "... sob a lei do Azerbaijão, o perdão presidencial não é um ato jurídico normativo, mas uma decisão baseada no poder discricionário do Chefe de Estado. Além de alegar que os requerentes poderiam ter tentado ter seu caso revisto pelo Tribunal Constitucional, o Governo não apresentou um único exemplo de uma decisão nacional em que esse curso de ação tivesse sido bem-sucedido. Portanto, a Corte rejeita a objeção do governo a esse respeito".

A maioria também observa atentamente que nenhum pedido formal de perdão foi feito, nem foi iniciado qualquer tipo de processo de reflexão ou procedimento legal para a concessão do perdão[1238].

13. A explicação do Azerbaijão de que havia uma via através da qual os requerentes poderiam ter seu caso revisto não convenceu a maioria. A maioria ainda analisa as razões da libertação imediata de R.S. e conclui que nem a alegada injustiça dos processos criminais na Hungria, nem a história pessoal e as dificuldades mentais de R.S. "dificilmente seriam suficientes para justificar o fracasso das autoridades azerbaijanas em aplicar a punição pronunciada contra um de seus cidadãos por um crime grave de ódio cometido no exterior"[1239]. Em linguagem direta, a maioria afirma ainda que "os atos do Azerbaijão efetivamente concederam a R.S. impunidade pelos crimes cometidos contra suas vítimas Armênias"[1240].

14. Estes argumentos deveriam, a meu ver, indicar que o Azerbaijão usou o poder presidencial de perdão de maneira ilegal. Essa visão é apoiada ainda pela interpretação autorizada da APCE, que emitiu uma resolução sobre a Convenção de Transferência antes da prática dos atos de R.S. e sua subsequente transferência para o Azerbaijão. A interpretação da Convenção de Transferência pela APCE deveria ter sido levada em consideração quando o Presidente do Azerbaijão assinou o perdão imediatamente após a transferência de R.S., mas não o foi. Pelo contrário, foi totalmente ignorada pelo Chefe de Estado do Azerbaijão e seus acólitos. A revogação da punição legalmente imposta a R.S. pela prática de um crime grave privou efetivamente os requerentes de qualquer meio de reparação, para usar a linguagem do caso *Cotesworth e Powell* acima mencionado[1241].

15. De fato, a APCE havia reiterado em sua Recomendação 1527 (2001) que "pelas razões expostas acima, a Assembleia recomenda que o Comitê de Ministros: ...declare inequivocamente que a convenção não foi projetada para ser usada para a libertação imediata de prisioneiros no retorno ao seu país" (parágrafo 9.3 (b)), fato que a maioria reconhece em suas constatações também[1242]. Além disso, a maioria também menciona a Resolução APCE 2022 (2014), que concluiu: "... o perdão presidencial foi aparentemente concedido como recompensa pelo assassinato [da vítima], motivado pelo ódio nacionalista. Não implicava perdão, mas a glorificação de um crime por motivos políticos"[1243].

A Recomendação APCE de 2001 foi ainda substanciada por uma Resolução da Assembleia Parlamentar de 2014, a qual concluiu que, ao conceder perdão a R.S., o Azerbaijão havia violado o princípio da boa fé e o Estado de direito[1244]. É notável que a Assembleia Parlamentar não se coíbe de condenar um perdão, que, de acordo com o direito internacional, pode ser emitido segundo o critério de cada Estado individualmente. Além disso, a Assembleia procurou limitar o uso legítimo de perdões sempre que obrigações internacionais específicas - como o princípio da boa fé e a defesa do Estado de Direito, que são características fundamentais dos valores do Conselho da Europa - possam ser violadas.

Da mesma forma, o Parlamento Europeu considerou que o Azerbaijão havia agido de má-fé ao emitir um perdão para R.S. Especificou que, embora conceder um perdão em geral fosse lícito, no presente caso "isso [contrariava] o espírito desse acordo internacional"[1245]. A maioria se refere da mesma forma à Resolução do Parlamento ao destacar que as autoridades do Azerbaijão deveriam ter sido cautelosas ao fornecer uma resposta adequada quando receberam R.S., à luz dos crimes de etnia muito graves que cometera[1246]. Apesar dessas constatações, a maioria se abstém de condenar esse perdão como uma violação do direito internacional.

16. Novamente, portanto, parece haver uma notável desconexão entre as observações e constatações da maioria de que houve uma violação processual, ao mesmo tempo em que não constata nenhuma violação do Artigo 2 da Convenção em sua parte substantiva. A maioria mostra claramente sua insatisfação com o comportamento do Azerbaijão à luz de sua obrigação internacional de aplicar a sentença proferida pelo tribunal húngaro, mas não conseguem dar o passo final para condená-lo.

17. Tomado em conjunto com o objetivo da Convenção de Transferência de promover a justiça e a reabilitação social das pessoas condenadas, como reconhecido pela própria maioria[1247], é inconcebível para mim como o Azerbaijão não pode ser condenado por desconformidade com suas obrigações internacionais de executar uma sentença final válida no presente caso.

1238 Ver § 215 do acórdão.
1239 Ver § 168 do acórdão.
1240 Ver § 172 do acórdão.
1241 Citado acima, nota de rodapé 14.
1242 Ver § 162 do acórdão.
1243 Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa (APCE), Resolução 2022 (2014), sobre medidas para impedir o uso abusivo da Convenção sobre Transferência de Pessoas Condenadas (ETS No. 112), 18 de novembro de 2014.
1244 Idem.
1245 Ver § 42 do acórdão (ponto 3 da Resolução).
1246 Ver § 163 do acórdão.
1247 Ver § 162 do acórdão.

18. O efeito cumulativo da Recomendação APCE em 2001, juntamente com a condenação da conduta específica do Azerbaijão nas Resoluções de 2012 e 2014 e o reconhecimento pela maioria dessas interpretações oficiais levam-me a concluir que o Azerbaijão deveria ser responsabilizado por emitir um perdão ilegal à luz do direito internacional.

19. Por fim, gostaria de voltar à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos ("a Corte"). Muitas vezes, o Tribunal manteve sua posição de que "a Convenção visa garantir não direitos teóricos ou ilusórios, mas direitos práticos e efetivos"[1248]. Além disso, afirmou repetidamente que "ao determinar os direitos da Convenção, é necessário olhar com frequência além das aparências e concentrar-se nas realidades da situação"[1249].

A atual apresentação de fatos concretos, demonstrando como o Azerbaijão tomou ativamente medidas para perdoar e anular qualquer punição, compensar R.S. e elevar sua posição ao pináculo de um herói nacional, forma uma "realidade da situação" que, em minha opinião, não pode senão ser vista como um endosso do Estado através do reconhecimento e adoção da conduta do indivíduo como sua. Isso deve ser claramente condenado pelo direito internacional. Portanto, deve-se concluir que o Estado assumiu e adotou definitivamente a conduta criminal de R.S. como sua própria a partir do ponto em que anulou os efeitos da sentença imposta a ele. Embora usadas em um cenário diferente, as palavras do árbitro no caso *Poggioli* podem ser lembradas aqui: as autoridades do Estado do Azerbaijão eram "tão cegas a seus deveres" que não cumpriram suas obrigações internacionais e, portanto, seus atos não foram "os atos de um Estado bem ordenado, mas que, por enquanto, alguns dos órgãos do governo tinham deixado de exercer adequadamente suas funções"[1250]. A seriedade do presente caso resulta do fato de que os "órgãos do governo" fracassados no Azerbaijão estavam no nível mais alto do Estado.

B. Obrigação Procedimental da Hungria nos Termos do Artigo 2 da Convenção

20. No que diz respeito à constatação da maioria de que não houve violação da obrigação processual da Hungria nos termos do Artigo 2 da Convenção, gostaria de apresentar três razões que me levaram a chegar à conclusão oposta.

Em primeiro lugar, a Hungria estava ciente da probabilidade de que R.S. recebesse perdão. O primeiro-ministro Viktor Orbán foi questionado sobre R.S.

1248 *Airey v Irlanda*, n. 6289/73, § 24, 9 de outubro de 1979.

1249 Ver, *entre outros*, *Dvorski v. Croácia* , n. 25703/11, § 82, 20 de outubro de 2015; *Erkapić v Croácia*, n . 51198, §§ 80 - 82, 25 de abril de 2013; e para casos mais antigos, *De Jong, Baljet e Van den Brink v Países Baixos*, 22 de maio de 1984, § 48, Série A n. 77, e *Delcourt v Bélgica* , 17 de janeiro de 1970, § 31, série A, n. 11.

1250 Decisão da Comissão Ítalo-Venezuelana no *Caso Poggioli* em Relatórios de Sentenças Arbitrais Internacionais, volume X (1903), p. 689.

em uma conferência de imprensa logo após a soltura de R.S. e declarou o seguinte:

> "Havia coordenação em todo o governo sobre isso[...] Cada ministério apresentou sua opinião, o ministério da justiça sobre o lado jurídico e o ministério das relações exteriores sobre as consequências diplomáticas. [...]O Ministério das Relações Exteriores havia previsto com precisão que tipos de consequências essa ou outra decisão pode ter. Nada aconteceu depois da nossa decisão que não teríamos considerado com antecedência"[1251].

Este é um fato notório que não deveria ter sido ignorado pela maioria, tendo em vista a jurisprudência da Corte e também considerando a jurisprudência internacional em que os juízes usaram fatos amplamente conhecidos e publicamente disponíveis com o objetivo de obter uma visão realista dos fatos para além do arquivo do processo[1252].

Aqui, novamente, é da maior importância que a Corte não feche os olhos para a realidade, porque as declarações do Presidente Orban são verdadeiramente impressionantes. Ele não apenas indicou seu envolvimento no processo de transferência de R.S., que normalmente envolve o Ministério da Justiça como autoridade competente para transferir pessoas condenadas, como também manifestou descaradamente sua opinião de que a Hungria não estava realmente surpresa com o resultado da transferência da R.S. Isso, por conseguinte, demonstra que a Hungria estava disposta a enfrentar os riscos que surgiriam quando R.S. fosse transferido de volta ao Azerbaijão.

21. Em segundo lugar, mesmo admitindo, por uma questão de argumento, que a Hungria desconhecia genuinamente o curso dos eventos que se seguiriam à transferência da prisão de R.S. para o Azerbaijão, ela deveria estar ciente do conteúdo da Convenção de Transferência, que estipula expressamente a possibilidade de um perdão nos termos do Artigo 12. A mera possibilidade legal de um perdão para um candidato a transferência como R.S. deveria ter desencadeado um dever da Hungria de ser extremamente cautelosa em aceitar o pedido do Azerbaijão referente à transferência. Essa opinião também foi expressa pelo Comissário Húngaro dos Direitos Fundamentais, que, em resposta à transferência do R.S., emitiu um relatório no qual afirmou:

"Na minha opinião, o governo húngaro não foi suficientemente prudente

1251 Reuters, 11 de setembro de 2012; consulte https://www.reuters.com/article/us-hungary-azerbaijan/hungary-handed-over-azeri-killer-aware-of-backlash-risks-pm-idUSBRE88A10020120911 (última consulta em 16 de março de 2020).

1252 Ver, por exemplo, *Avotins v Letônia* [GC], n. 17502/07, §§ 68 e 122, 23 de maio de 2016; *Al Hamdani v Bósnia e Herzegovina*, n. 31098/10, § 47, 7 de fevereiro de 2012; e *Jabari v Turquia*, n. 40035/98, § 44, 11 de julho de 200, em que a Corte tomou "conhecimento judicial de pesquisas recentes sobre a situação atual no Irã" . A Corte Interamericana de Direitos Humanos empregou a doutrina de "fatos notórios" em *Velasquez Rodriguez v Honduras* (mérito, 1988), § 146, referentes aos jornais e afirmando que "muitos deles contêm fatos públicos e conhecidos que, como tais, não exigem provas " . Para referências de direito interno, veja o caso fundamental *Lumley v Gye* (1853) 2 E e B 216: "Os juízes não são necessariamente ignorantes no tribunal com relação ao que todas as demais pessoas fora do tribunal estão familiarizadas …" O teste é: "quando fatos são tão notórios que seria uma afronta ao senso comum dos juízes e à dignidade do tribunal exigir provas eles são registrados judicialmente".

quando não exigiu nenhuma garantia do Azerbaijão para que não concedesse - ou não sem o conhecimento da Hungria - a anistia prevista no Artigo 12 da Convenção. [...]Na falta de tal prudência, o público húngaro pode considerar a decisão sobre a aprovação da transferência como uma tomada de má-fé"[1253].

Ao chegar a esta conclusão, o Comissário também levou em consideração que a transferência real de R.S. havia sido aprovada antes de qualquer garantia dada pelo Azerbaijão[1254]. A conclusão do Comissário Húngaro também reflete a opinião da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa. Esta última passou a "recomendar aos Estados Partes da Convenção que fizessem, quando apropriado, arranjos *ad hoc* entre o Estado que profere a sentença e o Estado que a executa na forma de um adendo a um contrato de transferência nos termos da Convenção, que especificaria expectativas mútuas e forneceria garantias adequadas por parte do Estado executante"[1255].

22. Em terceiro lugar, a Hungria deveria ter sido mais cautelosa ao receber garantias informais do Azerbaijão, particularmente ao lidar com um caso tão sensível e politicamente carregado como o atual. As garantias informais emitidas pelo Vice-Ministro da Justiça da República do Azerbaijão apenas declararam que o R.S. seria tratado de acordo com o Artigo 9 (1) (a) da Convenção de Transferência, o que implicaria a não conversão da sentença. A formulação é a seguinte: "no caso de transferência de *um* prisioneiro condenado ao exterior, a execução da sentença continuaria no Azerbaijão sem qualquer 'conversão' da sentença"[1256]. Em seguida, ele declarou que a punição de um condenado que cumpria pena de prisão perpétua só poderia ser substituída por uma pena de prisão por um período específico, e que o condenado só poderia ser libertado em liberdade condicional após cumprir pelo menos 25 anos da sentença de prisão[1257]. É crucial observar o detalhe desta declaração. O Vice-Ministro da Justiça do Azerbaijão não especificou que R.S. estaria sujeito à punição de um condenado à prisão perpétua, o que só permitiria a liberdade condicional após 25 anos; ele apenas apontou a existência do quadro legislativo e não o aplicou ao caso de R.S.

23. A maioria também reconhece esse fato e decide que não existiam fatos tangíveis suficientes para determinar se a Hungria sabia ou deveria saber sobre a libertação imediata de R.S.[1258]. Eu acredito que os fatos tangíveis estavam lá,

1253 Ver Prof. Dr. Szabo Máté , Relatório do Comissário para os Direitos Fundamentais sobre o caso AJB-7085/2012, em 5 (07-12-2012).

1254 Ibidem, 2.

1255 Ver a Resolução APCE 2014, nota 2 supra.

1256 Ver § 19 do acórdão (itálico).

1257 Ver § 34 do acórdão.

1258 Ver § 196 do acórdão: "Embora a resposta das autoridades do Azerbaijão tenha sido reconhecidamente incompleta e redigida em termos gerais - o que, por sua vez, poderia ter levantado suspeitas sobre o modo de execução da sentença de prisão do R.S. e levado a mais ações, como concluiu o Comissário Húngaro dos Direitos Fundamentais".

e não se pode fechar os olhos para eles. Logo após a prática do crime em 2004, houve declarações de pessoas oficiais, como o Ombudsman do Azerbaijão, o Embaixador e Representante Permanente do Azerbaijão no Conselho da Europa e membros do parlamento que falaram favoravelmente de R.S. e elogiaram seu patriotismo. A Hungria também estava ciente das relações tensas entre a Armênia e o Azerbaijão e, portanto, poderia deduzir o significado especial de R.S. para o governo do Azerbaijão, como a própria maioria admite[1259]. Por fim, a declaração de garantias do Azerbaijão deveria ter sido analisada de perto. Tal declaração abstrata deveria ter causado ceticismo no governo húngaro e deveria - levando em conta todas as circunstâncias envolvendo o caso R.S. -, no mínimo, ter exigido garantias diplomáticas do Azerbaijão. Em vez disso, a Hungria optou por ignorar intencionalmente os sinais de que R.S., um assassino condenado por um "excepcionalmente cruel"[1260] crime étnico e religioso, seria libertado.

Conclusão

24. Os argumentos acima mencionados conduzem-me inevitavelmente à conclusão de que houve uma violação pelo Azerbaijão do Artigo 2 da Convenção em sua parte substantiva, bem como uma violação pela Hungria do Artigo 2 da Convenção em sua parte processual. Tendo em vista a natureza extremamente importante e inovadora das questões legais em jogo no presente caso e a natureza muito importante dos fatos, do perdão de um "crime de ódio extremamente cruel"[1261] e das pessoas envolvidas, a saber o Primeiro Ministro e o Ministro da Defesa da Hungria e o Presidente, o Ministro da Defesa e o Ministro da Justiça do Azerbaijão[1262], e considerando que o caso "traz questões de caráter geral que afetam a observância da Convenção"[1263], não posso deixar de esperar que este trágico caso seja submetido a uma reflexão mais aprofundada pela Grande Câmara. Esperamos que um dia justiça integral seja feita aos requerentes.

1259 Ver § 163 do acórdão.

1260 Ver § 213 do acórdão.

1261 Ver § 220 do acórdão.

1262 Ver §§ 19-21 do acórdão.

1263 Ver § 72 do acórdão.

Caso Makuchyan e Minasyan v. Azerbaijão e Hungria e a Responsabilidade Internacional dos Estados

Inez Lopes[1264]*

1. Introdução

O caso Makuchyan e Minasyan v. Azerbaijão e Hungria (Pedido nº 17247/13) julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos é concernente ao perdão presidencial do Azerbaijão dado a R.S., soldado militar azerbaijano que cumpria pena na Hungria por homicídio, após ele ser transferido para cumprimento do restante da pena em seu país. R.S. foi condenado por matar um oficial militar armênio e tentar matar outro quando eles frequentavam um curso na Hungria, em 2004.

A Corte Europeia de Direitos Humanos analisou a transferência de R.S. da Hugria para cumprimento de pena no Azerbaijão depois de oito anos. Essa transferência, que deveria ter sido para mantê-lo preso pelo tempo restante da pena, teve efeito reverso. Ao ser transferido, R.S. foi recebido como herói pelo governo do Azerbaijão.

A partir do método qualitativo, este artigo examina a Opinião Divergente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque (Portugal) e apresenta reflexões sobre os motivos que ensejaram a dissidência no caso Makuchyan e Minasyan v. Azerbaijão e Hungria. Esta comunicação analisa os pareceres/opiniões do Juiz Pinto de Albuquerque na Corte Europeia de Direitos Humanos. O resultado esperado é apresentar a importância da análise do presente caso para a afirmação do direito internacional dos direitos humanos e o papel nevrálgico das cortes internacionais de direitos humanos para responsabilizar o Estado violador das normas internacionais.

1264 * Professora Associada de direito internacional privado e público da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD). Mestre e Doutora em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Globalização e Políticas Trabalhistas (UNIK). Coordenadora do Grupo de Estudos em Direito Internacional Privado, Comércio Internacional e Direitos Humanos (GDIP/CNPq), subgrupos GDIP-Transjus. Membro da ASADIP.

2. O Caso Makuchyan e Minasyan v. Azerbaijão e Hungria

Em 2004, um oficial do exército azerbaijano, R.S., matou um oficial armênio e tentou matar outro, enquanto participava de um curso de inglês em Budapeste, Hungria. R.S. foi processado na Hungria e condenado à prisão perpétua. Oito anos depois, R.S. foi transferido para o Azerbaijão para cumprimento da pena fixada na sentença judicial húngara, com fundamento na Convenção do Conselho da Europa Relativa à Transferência de Pessoas Condenadas, concluída em 21 de março de 1983. No entanto, R.S. foi recebido como herói ao desembarcar no Azerbaijão. O governo nacional concedeu-lhe o perdão presidencial e ainda foi promovido na carreira militar, com direito a salários retroativos ao período passado na prisão.

Inconformados com as medidas adotadas pela Hungria e pelo Azerbaijão, o soldado armênio sobrevivente e o parente do morto ingressaram com uma reclamação perante a Corte Europeia de Direitos Humanos em 25 de fevereiro de 2013, por violação a direitos substantivo e processual.

O primeiro argumento da petição apresentada pelos requerentes se fundamentou na violação do Artigo 2º (direito à vida) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), que dispõe no parágrafo 1º que "*o direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei*", isto é, uma questão de direito substantivo.

No segundo argumento, os requerentes alegaram que o ato foi um crime de ódio com motivação étnica e isso teria se confirmado pelo fato de o governo do Azerbaijão conceder perdão presidencial a R.S., incluindo a concessão de promoção durante o tempo em que esteve preso na Hungria. Os fundamentos jurídicos se basearam no Artigo 14 (proibição de discriminação) em conjunto com o Artigo 2º da Convenção.

No terceiro argumento do pedido, os requerentes questionaram sobre os aspectos processuais em razão de R.S., condenado por homicídio pela justiça húngara, ser um soldado do exército do Azerbaijão, ou seja, um agente do Estado. Além disso, alegaram que a transferência do oficial pela Hungria teria ocorrido sem ter previamente obtido as garantias vinculativas adequadas do Azerbaijão para o cumprimento do restante da pena pelo militar.

Por fim, os requerentes reclamaram que nenhum dos governos, Hungria e Azerbaijão, divulgou os documentos solicitados por eles no processo perante o Tribunal de Estrasburgo, em violação ao Artigo 38 (obrigação de fornecer as instalações necessárias para o exame do caso).

3. A Decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos

O presente caso foi julgado pela Quarta Seção da Corte Europeia de Direitos Humanos, Câmara composta por sete juízes: Ganna Yudkivska (Ucrânia), *presidente*, Vincent A. De Gaetano (Malta), Paulo Pinto de Albuquerque (Portugal), Robert Spano (Islândia), *juiz ad hoc*, Faris Vehabović (Bósnia e Herzegovina), Egidijus Kūris (Lituânia), Lətif Hüseynov (Azerbaijão) e Marialena Tsirli, *secretária-adjunta.*

A CEDH decidiu, por seis votos a um, que *não houve violação substantiva pelo Azerbaijão do Artigo 2º (direito de* vida) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; por unanimidade, que *houve uma violação processual pelo Azerbaijão do Artigo 2º* da Convenção; por seis votos a um, que *não houve violação de procedimento por parte da Hungria do Artigo 2º;* por seis votos a um, que *houve uma violação pelo Azerbaijão do Artigo 14 (proibição de discriminação) em conjunto com o Artigo 2º*, e por unanimidade, que nem o Azerbaijão nem o governo húngaro haviam deixado de cumprir o Artigo 38 (obrigação de fornecer os meios necessários ao exame do caso).

O juiz Pinto de Albuquerque opinou contrariamente, entendendo haver violação substantiva pelo Azerbaijão do Artigo 2º da Convenção e violação de procedimento por parte da Hungria do Artigo 2º. Votou favoravelmente à violação pelo Azerbaijão do Artigo 14 (proibição de discriminação) em conjunto com o Artigo 2º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Primeiramente, a CEDH analisou se o Azerbaijão foi responsável pelo assassinato do armênio e pela tentativa de assassinato do armênio Makuchyan sob o aspecto substantivo do Artigo 2º da Convenção. A CEDH não se convenceu de que tais atos privados, flagrantemente abusivos, poderiam ter sido previstos por seus comandantes ou que o Estado do Azerbaijão poderia ser responsabilizado por eles ao abrigo do direito internacional apenas porque ele era um agente do Estado. Assim, a CEDH considerou que não houve violação substantiva do Artigo 2º pelo Azerbaijão.

A CEDH examinou se o Azerbaijão cumpriu com seu dever sob o aspecto processual do Artigo 2º para garantir a aplicação da punição a R.S. A Corte decidiu que houve violação processual do Artigo 2º da Convenção, em face dos atos praticados pelo Azerbaijão em relação a R.S., como a decisão de promovê-lo, sugeriria claramente que o Azerbaijão que ele estava apto para continuar a servir nas forças.

A CEDH entendeu que, de fato, o que ocorreu foi a impunidade pelo Azerbaijão pelos crimes cometidos contra vítimas armênias. A corte concluiu que isso não era compatível com a obrigação do Azerbaijão nos termos do Artigo 2º de dissuadir eficazmente a prática de crimes a vida de outras pessoas.

A CEDH examinou se a Hungria descumpriu a obrigação estabelecida no Artigo 2º da Convenção para garantir que R.S. fosse transferido e cumprisse o restante da pena de prisão no Azerbaijão. A Corte decidiu que a Hungria respeitou o procedimento espírito da Convenção Relativa à Transferência de Pessoas Condenadas, baseada na confiança mútua e no princípio da boa-fé. Neste sentido, a Corte concluiu que não houve violação processual.

Outro ponto examinado pela CEDH foi conhecer se os crimes tiveram origem étnica armênia das vítimas como examinou também as medidas adotadas pelas autoridades do Azerbaijão após seu retorno ao país. A CEDH concluiu que houve violação do Artigo 14 em conjunto com o Artigo 2º da Convenção pelo Azerbaijão. O perdão presidencial concedido a R.S. teria natureza étnica de seu ataque aos armênios. O tribunal entendeu que as várias medidas adotadas levaram à impunidade de R.S. e que os crimes por ele praticados foram de ódio, motivados pela origem étnica das vítimas.

A CEDH examinou se os governos do Azerbaijão e da Hungria não divulgaram documentos. Ambos, Hungria e Azerbaijão, apresentaram os documentos solicitados pelo Tribunal dentro do prazo. O Azerbaijão juntou aos autos inclusive a concessão do perdão presidencial. O tribunal entendeu que não houve violação do artigo 38 da Convenção, uma vez que nenhum dos Estados deixou de cooperar para a condução do processo.

4. A Opinião Divergente do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque

O juiz Paulo Pinto de Albuquerque manifestou sua opinião parcialmente dissidente anexado à decisão deste caso (Makuchyan e Minasyan v. Azerbaijão e Hungria) ao julgamento apresentando duas ressalvas: uma de direito substantivo (a obrigação do Azerbaijão sob a parte substantiva (do Artigo 2º da Convenção); e outra de direito processual (obrigação procedimental da Hungria nos termos do Artigo 2º da Convenção).

A **primeira divergência** – ***obrigação do Azerbaijão sob a parte substantiva do Artigo 2º da Convenção*** – do juiz Pinto de Albuquerque foi o entendimento de que houve violação do Artigo 2º da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, com fundamento em duas questões distintas.

A primeira se refere ao fato de o Azerbaijão ter atendido aos requisitos do Artigo 11 do Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Danosos (“the ILC Draft Articles on State Responsibility”) ao reconhecer e adotar a conduta de R.S. como sua, de acordo com as circunstâncias factuais evidenciadas no processo[1265]. Em outras palavras, o Azerbaijão reconheceu o homicídio praticado por R.S. como um ato do próprio Estado.

1265 ECHR, Fourth Session, Case of Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary (Application n. 17247/12), p. 68.

Esta questão foi abordada de forma pormenorizada pelo juiz Pinto de Albuquerque. O tratamento ofertado a R.S. pelo Azerbaijão tinha o objetivo de anular os aspectos negativos de sua condenação por homicídio como se ele tivesse sido processado e condenado injustamente. As evidências disso se mostram com a reparação concedida a R.S., como o retorno ao exército com reembolso dos salários retroativos, como uma forma de compensação pelo tempo em que cumpriu sua sentença na Hungria, representando uma ação positiva empreendida pelo Estado do Azerbaijão. Para o juiz, essas ações indicam sua intenção de apresentar a conduta de R.S. como lícita, assim como foi evidente que o Azerbaijão utilizou a conduta reconhecida e adotada pelo próprio Estado para promover seus próprios objetivos políticos, induzindo a população a tratar R.S. como pessoa inocente ou condenada injustamente.

Na segunda questão, o juiz Pinto de Albuquerque declarou que o Azerbaijão concedeu indevidamente um perdão, quando, de fato, deveria ter evitado fazê-lo à luz do direito internacional. O juiz destacou que o Parlamento Europeu considerou que o Azerbaijão agiu de má-fé ao conceder um perdão a R.S..

O juiz afirmou que "mesmo se o Azerbaijão insistisse que não elogiou diretamente o crime hediondo cometido por R.S., é evidente, a partir das ações realizadas pelo Azerbaijão, que, de fato, tolerou e até glorificou seus atos"[1266]. Em verdade, o que o Azerbaijão fez foi conceder impunidade a R.S. pelos crimes cometidos contra suas vítimas armênias.

Ademais, o juiz Pinto de Albuquerque afirmou que o Azerbaijão violou a obrigação internacional que assumiu ao ratificar a CEDH. Em sua opinião, "o Azerbaijão usou o poder presidencial de perdão de maneira ilegal"[1267], uma vez que a revogação da punição legalmente imposta a R.S. pela Hungria pela prática de um crime grave privou efetivamente os requerentes de qualquer meio de reparação.

Além das duas questões distintas, o juiz também analisou a questão relativa à transferência de pessoa condenada. O juiz afirma que o objetivo da Convenção Relativa à Transferência de Pessoas Condenadas é promover a justiça e a reabilitação social desses indivíduos. Nesse sentido, indaga "como o Azerbaijão não poderia ser condenado por estar em desconformidade com suas obrigações internacionais de executar uma sentença final válida no presente caso"[1268].

Na **segunda divergência** – ***relacionada à violação à obrigação procedimental da Hungria nos termos do Artigo 2º da Convenção***– o juiz Pinto

1266 ECHR, Fourth Session, Case of Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary (Application n. 17247/12), p. 69.

1267 ECHR, Fourth Session, Case of Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary (Application n. 17247/12), p. 70.

1268 ECHR, Fourth Session, Case of Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary (Application n. 17247/12), p. 73.

Albuquerque opinou de forma contrária à maioria em face de três motivos: a probabilidade de R.S. receber perdão, o dever de cautela da Hungria no processo de transferência de pessoa condenada e o dever de cautela da Hungria ao receber garantias informais do Azerbaijão.

O primeiro motivo, o juiz Pinto de Albuquerque afirmou que a Hungria estava ciente de que era provável que R.S. recebesse perdão ao chegar ao Azerbaijão. Ele demonstrou se tratar de fato notório ao se referir à declaração do então primeiro-ministro húngaro, Viktor Orbán. "Ele não apenas indicou seu envolvimento no processo de transferência de R.S., que normalmente envolve o Ministério da Justiça como autoridade competente para transferir pessoas condenadas, como também manifestou descaradamente sua opinião de que a Hungria não estava realmente surpresa com o resultado da transferência da R.S."[1269]. Para o juiz, é salutar que a CEDH não feche os olhos para a realidade, sendo necessário uma visão realista dos fatos para além dos autos do processo, citando o exemplo do Caso *Avotins v Letônia*, Pedido n. 17502/07[1270].

O segundo motivo é que a Hungria deveria estar ciente do conteúdo da Convenção de Transferência, que estipula expressamente a possibilidade de um perdão nos termos do Artigo 12. A mera possibilidade legal de um perdão para um candidato a transferência como R.S. deveria ter sido considerada pela Hungria, de forma cautelosa, ao receber o pedido do Azerbaijão referente à transferência, e não apenas aceitar o pedido sem levar em consideração seus potenciais efeitos negativos. O juiz Pinto de Albuquerque apresenta a manifestação feita pelo Comissário Húngaro dos Direitos Fundamentais quando afirma que, em resposta à transferência de R.S., "o governo húngaro não foi suficientemente prudente quando não exigiu nenhuma garantia do Azerbaijão para que não concedesse anistia prevista no Artigo 12 da Convenção"[1271]. Além disso, a manifestação do comissário teve como fundamento a recomendação do Conselho da Europa para que Estados-parte da Convenção realizem arranjos *ad hoc* entre o Estado que profere a sentença e o que a executa nos termos da Convenção, devendo estabelecer garantias adequadas por parte do Estado executante[1272].

O terceiro motivo, segundo a opinião do juiz Pinto de Albuquerque, é que a Hungria deveria ter sido mais cautelosa ao receber garantias informais do Azerbaijão, particularmente ao lidar com um caso tão sensível. As garantias informais emitidas pelo vice-ministro da Justiça da República do Azerbaijão apenas declararam que R.S. seria tratado de acordo com o Artigo 9º (1) (a) da Convenção relativa à Transferência de Pessoas Condenadas, o que, tecnicamente, implicaria a não

1269 Idem.

1270 Ver o CASE OF AVOTIŅŠ v. LATVIA, Disponível em http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-163114.

1271 Idem.

1272 ECHR, Fourth Session, Case of Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary (Application n. 17247/12), p. 74.

conversão da sentença. Não obstante a sentença judicial húngara ter condenado R.S. à prisão perpétua, o juiz Pinto Albuquerque destacou que o vice-ministro da Justiça da República do Azerbaijão declarou que a punição de um condenado que cumpria pena de prisão perpétua só poderia ser substituída por uma pena de prisão por um período específico, e que o condenado só poderia ser libertado em liberdade condicional após cumprir pelo menos 25 anos da sentença de prisão[1273], portanto, não impediria o cumprimento do restante da pena.

A Hungria também estava ciente das relações tensas entre a Armênia e o Azerbaijão. Sendo assim, era previsível que o governo do Azerbaijão não executaria a sentença criminal, mas, para o juiz, a Hungria "optou por ignorar deliberadamente os sinais de que R.S., um assassino condenado por um crime "excepcionalmente cruel" étnico e religioso, seria libertado"[1274].

5. A Responsabilidade Internacional dos Estados e as Lições em Direitos Humanos

A responsabilidade internacional dos Estados é um dos grandes temas do direito internacional. A responsabilidade significa o sistema de direitos e deveres de natureza ética ou jurídica, atribuídos a uma pessoa natural ou coletiva".[1275] Os Estados, enquanto sujeitos de direito internacional, assumiram a obrigação de proteger a pessoa humana, inclusive o de ser responsabilizado perante tribunais internacionais caso viole os tratados internacionais em matéria de direitos humanos.

A Corte Europeia de Direitos Humanos é o único órgão que tem desempenhado um papel central para o fortalecimento da proteção dos direitos humanos no continente Europeu. A CEDH é responsável por garantir a aplicação dos direitos humanos nos termos da convenção, assim como responsabilizar o Estado em caso de violação. Ademais, ela possui uma função de interpretar o texto convencional.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos, embora não possua referência explícita à dignidade humana, "foi já interpretada pela Corte Europeia de Direitos Humanos no sentido de que a dignidade e a liberdade do homem são a essência da própria Convenção"[1276]. A grande contribuição desta convenção, além de reconhecer o indivíduo como sujeito de direito internacional, assegurar a proteção da pessoa humana, foi "a instituição de órgãos incumbidos de fiscalizar o respeito aos direitos nela declarados e julgar eventuais violações pelos Estados signatários"[1277].

1273 Idem.

1274 ECHR, Fourth Session, Case of Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary (Application n. 17247/12), p. 75.

1275 SOARES, Guido Fernando Silva. Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 183.

1276 RAMOS, Ramos, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 83.

1277 KOMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 240.

Quando o Estado não é capaz de dar uma resposta adequada à violação de direitos humanos, os tribunais internacionais de direitos humanos são acionados para examinar e verificar a não garantia e preservação de direitos humanos, cabendo à corte dar resposta à comunidade internacional e, principalmente às vítimas e seus familiares, uma prestação jurídica efetiva.

Importante salientar que o Caso Makuchyan e Minasyan v. Azerbaijão e Hungria foi o primeiro em que o tribunal teve que considerar se a Convenção se aplica à ação de um único indivíduo por um agente fora de um conflito armado[1278]. Milanovic e Papic ressaltam que as obrigações decorrentes dos tratados de direitos humanos devem ser aplicadas sem restrições territoriais[1279].

A posição do juiz Pinto de Albuquerque revela que as decisões nem sempre enfrentam o problema em seu conjunto, ainda que com provas bastante evidentes. Não obstante a CEDH tenha considerado que houve uma violação pelo Azerbaijão do artigo 14 em conjunto com o Artigo 2º da Convenção, a não responsabilidade da Hungria pela violação processual do artigo 2º restringiu a efetividade extraterritorial da decisão nacional.

Embora a CEDH tenha refutado as declarações feitas pelo Azerbaijão, por considerá-las insuficientes em razão das provas apresentadas pelos requerentes indicando que as várias medidas adotadas conduziram à impunidade de R.S., a condenação desse país não foi capaz de restaurar a responsabilização criminal de uma pessoa condenada por homicídio motivado pelo ódio e xenofobia a grupos vulneráveis, como o contra a etnia armênia.

O juiz Pinto de Albuquerque apresenta um outro olhar sobre a responsabilidade internacional do Estado em garantir o direito à vida de todas as pessoas, independentemente de sua origem étnica ou religiosa, como no presente caso. O não cumprimento da execução da sentença pelo Azerbaijão se fundamentou no perdão ilegal em desrespeito à sua obrigação de proteger a vida da pessoa humana, com a consequente responsabilização do homicida. O perdão em crimes de ódio para eliminação de pessoas ou grupo de pessoas vulneráveis não é ato discricionário de Estado ou de governo e o Azerbaijão deveria ter sido responsável em decorrência de sua obrigação substantiva nos termos no artigo 2º da Convenção.

Bowman III assevera que "o poder de perdão do presidente é uma prerrogativa constitucional que os eleitores quase nunca consideram ao escolher o chefe do executivo"[1280] e que o perdão presidencial pode promover uma cultura de impuni-

1278 MILANOVIC, Mark; PAPIC, Tatjana. Case Note on Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary (February 15, 2021). American Journal of International Law, p.6.

1279 Idem

1280 BOWMAN III, Frank O. **Presidential Pardons and the Problem of Impunity**. 23 N.Y.U. Journal of Legislation and Public Policy. (2021), p 3.

dade para um presidente e seus partidários[1281]. No caso de R.S., o perdão presidencial conduziu à impunidade alinhado aos interesses do governante que o concedeu em promover este ato como um "prêmio" alimentando o ódio entre os povos.

Além disso, as referências da CEDH à atividade planejada e espontânea e à ausência de ordens superiores enseja que R.S. agiu *ultra vire* e não implica necessariamente que seu ato foi realizado a título privado, segundo Milanovic e Papic[1282]. Para os autores, ao revisar a liberação, a CEDH pela primeira vez implicitamente reconsiderou o motivo de um perdão individual, dando um passo importante para a luta contra a impunidade por graves violações dos direitos humanos, e que os perdões presidenciais podem ser analisados internacionalmente no âmbito europeu[1283].

Outra grande contribuição do juiz Pinto Albuquerque para o caso foi alertar o papel do tribunal para manter os olhos em sintonia com a realidade, uma vez que o Estado não é irresponsável quando dá azo à impunidade por violação de direitos humanos em face de medidas negligentes e até mesmo levianas, quando a omissão é uma decisão deliberada. O desrespeito ao seu povo levou a Armênia a romper as relações diplomáticas com a Hungria em 2012. A Hungria também estava ciente das relações tensas entre a Armênia e Azerbaijão e contribuiu para propagar o ódio étnico. Neste contexto, Milanovic e Papic afirmam que a CEDH transferiu o ônus da prova para a questão discriminatória para o Azerbaijão – em contraste com o Caso *Nachova*, onde a Câmara se recusou a fazê-lo em relação à violação do parte substantiva do Artigo 2º[1284].

O **conflito entre Armênia e Azerbaijão** não é fato recente. Ambos disputam o controle da região de Nagorno-Karabakh. No início do século XX, as populações azeris e armênia ocuparam aquela região[1285]. Com o fim da União Soviética, os dois países passaram a reivindicar o controle sobre o território de Karabakh.

Por fim, as obrigações internacionais para cooperação jurídica internacional para a transferência de pessoa condenada também foram destacadas como uma violação tanto da Hungria quanto do Azerbaijão. Extrai-se da análise do juiz Pinto Albuquerque que, de um lado, a Hungria deveria ter exigido garantias efetivas do Azerbaijão para dar cumprimento a sentença da pessoa condenada por sua autoridade judiciária, considerando que se tratava de fato notório; por outro, o Azerbaijão também violou a obrigação internacional perante a Convenção Internacional relativa à Transferência de Pessoas Condenadas, no âmbito do Conselho da Europa. Todavia, este não foi o entendimento do da maioria no julgamento.

1281 BOWMAN III, Op. Cit., p. 47.

1282 MILANOVIC; PAPIC. Op. Cit., p. 7.

1283 MILANOVIC; PAPIC. Op. Cit., p. 8.

1284 MILANOVIC; PAPIC. Op. Cit., p. 9.

1285 POLITIZE! **Entenda o conflito entre Armênia e Azerbaijão pelo território de Nagorno-Karabakh.** (21 dez. 2020). Disponível em https://www.politize.com.br/conflito-armenia-e-azerbaijao-entenda/, acessado em 13 jun. 2021.

6. Conclusões

A discriminação étnica contra o povo armênio é histórica. Em 2021, o presidente Biden reconheceu o genocídio armênio pelo Império Otomano durante a Primeira Guerra Mundial[1286]. O Ministro dos Negócios Estrangeiros da Turquia, Mevlut Cavusoglu, contestou dizendo que "não tem nenhuma lição a receber de ninguém sobre a sua história", como Estado soberano.

A intolerância ao povo armênio ainda se propaga no seio da Europa em pleno século XXI. A decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos ao caso Makuchyan e Minasyan v. Azerbaijão e Hungria é um momento importante para afirmar a instituição como órgão garantidor do respeito aos direitos substantivos estabelecidos no texto da Convenção Europeia de Direitos Humanos. A responsabilidade do Azerbaijão em face da conduta de um soldado do exército em ato privado e isolado, deixou de sê-lo a partir do momento que este Estado descumpriu com as obrigações estabelecidas na Convenção, de assegurar a responsabilidade criminal pela violação ao direito à vida de armênios. A responsabilidade do Azerbaijão conduz a práticas que objetivam afastar a violência discriminatória. Em certo grau, a CEDH reconheceu os limites do perdão presidencial quando conduz à impunidade de agentes condenados por crimes de ódio com fundamento em discriminação étnica cumulado com a violação do direito à vida.

A análise da Opinião Divergente do juiz Pinto Albuquerque revela que a CEDH poderia ter reconhecido a violação do Azerbaijão quanto à parte substantiva do artigo 2º da Convenção, assim como violação à obrigação procedimental da Hungria nos termos do mesmo artigo. A ação e omissão de ambos os Estados levaram à impunidade de R.S., com consequentes violações de direitos humanos, seja da devida reparação às vítimas e seus familiares de grupos vulneráveis, exacerbando a discriminação étnica, vedada pelo artigo 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Referências

BOWMAN III, Frank O. Presidential Pardons and the Problem of Impunity. 23 N.Y.U. Journal of Legislation and Public Policy. (2021), University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper No. 2020-29, Available at SSRN:https://ssrn.com/abstract=3728908 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3728908

CONJUR. Joe Biden Reconhece Genocídio Armênio pelo Império Otomano. (25 de abril de 2021). Disponível em https://www.conjur.com.br/2021-abr-25/joe-biden-reconhece-genocidio-armenio-imperio-otomano, acessado em 19 jun. 2021.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). Case of Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary. Fourth Session, (Application n. 17247/12).

KOMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 1999.

1286 CONJUR. **Joe Biden Reconhece Genocídio Armênio pelo Império Otomano**. (25 de abril de 22021). Disponível em https://www.conjur.com.br/2021-abr-25/joe-biden-reconhece-genocidio-armenio-imperio-otomano, acessado em 19 jun. 2021.

MILANOVIC, Mark; PAPIC, Tatjana. Case Note on Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary (February 15, 2021). American Journal of International Law, forthcoming, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3786137.

POLITIZE! Entenda o conflito entre Armênia e Azerbaijão pelo território de Nagorno-Karabakh. (21 dez. 2020). Disponível em https://www.politize.com.br/conflito-armenia-e-azerbaijao-entenda/, acessado em 13 jun. 2021

RAMOS, Ramos, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 5a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SOARES, Guido Fernando Silva. Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: Saraiva, 2002.

www.tirant.com/br