

UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ

DENISE FONSECA FÉLIX DE SOUSA

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA PESSOA HUMANA E O
PETICIONAMENTO DIRETO À CORTE INTERAMERICANA DE
DIREITOS HUMANOS.**

Rio de Janeiro

2022

UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ

DENISE FONSECA FÉLIX DE SOUSA

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA PESSOA HUMANA E O
PETICIONAMENTO DIRETO À CORTE INTERAMERICANA DE
DIREITOS HUMANOS.**

Tese apresentada à Universidade Estácio de Sá como requisito à obtenção do título de Doutora em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Manuel Val

Rio de janeiro
2022

S725e Sousa, Denise Fonseca Félix de.

A efetividade dos direitos da pessoa humana e o
peticionamento direto à Corte Interamericana de Direitos
Humanos. / Denise Fonseca Félix de Sousa. – Rio de Janeiro,
2022.

191 f.

Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de
Sá, 2022.

1.Efetividade no acesso à jurisdição. 2.Direitos
Humanos. 3.Soberania. 4.Dignidade humana.
5. Internacionalização. 6. Humanização. I. Título.

CDD 340



PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

A Tese

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA PESSOA HUMANA E O
PETICIONAMENTO DIRETO À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS
HUMANOS**

elaborada por

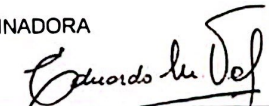
DENISE FONSECA FÉLIX DE SOUSA

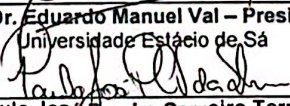
e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora foi aceita pelo Programa de Pós-Graduação como requisito parcial à obtenção do título de

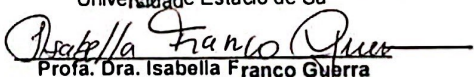
DOUTORA EM DIREITO

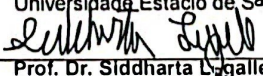
Rio de Janeiro, 29 de abril de 2022

BANCA EXAMINADORA


Prof. Dr. Eduardo Manuel Val – Presidente
Universidade Estácio de Sá


Prof. Dr. Paulo José Pereira Carneiro Torres da Silva
Universidade Estácio de Sá


Profa. Dra. Isabella Franco Guerra
Universidade Estácio de Sá


Prof. Dr. Siddharta L. Gallo
Universidade Federal do Rio de Janeiro


Profa. Dra. Ana Paula Teixeira Delgado
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro



Documento assinado digitalmente
ANA PAULA TEIXEIRA DELGADO
Data: 03/05/2022 18:31:08-0300
Verifique em <https://verificador.jf.br>

Ora, como se avançou tanto no estabelecimento de uma comunidade (mais ou menos estreita) entre os povos da Terra, que a violação do direito num lugar da Terra se sente em todos os outros, a ideia de um direito cosmopolita não é nenhuma representação fantástica e extravagante do direito, mas um complemento necessário de código não escrito, tanto do direito político como do direito das gentes, num direito público da humanidade em geral e, assim, um complemento da paz perpétua, em cuja contínua aproximação é possível encontrar-se só sob esta condição. (KANT, 2008, p. 22)

Às minhas filhas Valentina e
Bárbara, com amor. Tudo
sempre por elas.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Eduardo Manuel Val, pela dedicação e forma tão cordial e sensível de ensinar.

Ao meu marido, Ary, pelo companheirismo.

Aos meus pais, Antônio Edison e Maria Eunice, por serem meus maiores incentivadores.

Aos professores que ministraram disciplinas no Dinter-Goiânia pelos momentos preciosos de aprendizado.

A todos que, de modo direto e indireto, contribuíram para a confecção deste trabalho acadêmico.

RESUMO

Ao se conceder ao indivíduo o direito de petição direta às Cortes Internacionais de Direitos Humanos é possível resgatar o protagonismo humano na defesa de seus direitos mais basilares. Uma análise dessa possibilidade é o que se busca desenvolver na presente tese, com vistas ao alcance de maior efetividade na proteção dos direitos humanos e no acesso à jurisdição das Cortes de Direitos Humanos. Partindo de uma investigação filosófica da participação direta do ser humano na defesa e reivindicação dos seus direitos, passando pelo processo de internacionalização dos direitos humanos e de humanização do direito internacional e ainda verificando o processo gradual de judicialização das questões relativas aos direitos humanos, o texto analisa ainda conceitos básicos de direito internacional como a soberania, o *jus cogens* e o respeito à dignidade humana. A seguir, numa análise comparativa do sistema europeu de proteção de direitos humanos e do sistema interamericano é possível examinar onde a petição diretamente apresentada à Corte já é uma realidade e onde tal prerrogativa ainda não está consolidada. É possível também refletir acerca das semelhanças e diferenças entre os sistemas. A análise comparativa permite ainda verificar que o sistema europeu de direitos humanos serve de modelo para muitas mudanças ocorridas no sistema interamericano, sempre respeitando o constante diálogo entre os sistemas e as peculiaridades de cada um deles.

Palavras-chave:

efetividade – direitos humanos - soberania – dignidade humana – internacionalização – humanização

ABSTRACT

By granting the individual the right to petition directly to the International Courts of Human Rights, it is possible to rescue human protagonism in the defense of their most basic rights. An analysis of this possibility is what is developed in this thesis, aiming to achieve greater effectiveness in the protection of human rights. Starting from a philosophical investigation of the direct participation of human beings in the defense and claim of their rights, going through the process of internationalization of human rights and the humanization of international law and verifying the gradual process of judicialization of issues related to human rights, the text also analyzes basic concepts of international law such as sovereignty, jus cogens and respect for human dignity. Next, in a comparative analysis of the European system for the protection of human rights and the inter-American system, it is possible to examine where the petition directly presented to the Court is already a reality and where this prerogative is not yet consolidated. It is also possible to reflect on the similarities and differences between the systems. The comparative analysis also makes it possible to verify that the European human rights system serves as a model for many changes that have taken place in the inter-American system, always respecting the constant dialogue between the systems and the peculiarities of each one of them.

Keywords:

effectiveness - human rights - sovereignty - human dignity - internationalization - humanization

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL.....	17
1.1 Premissas históricas e fundamentos filosóficos que justificam a internacionalização dos direitos humanos.....	17
1.1.1 Precedentes históricos acerca da soberania Estatal.....	30
1.1.2 Sobre a paz de Vestfália e o nascedouro do moderno conceito de soberania Estatal	37
1.2 O CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE SOBERANIA ESTATAL COM VISTAS À INTEGRAL E MAIS EFETIVA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	41
1.3 O SER HUMANO COMO SUJEITO DE DIREITO INTERNACIONAL	46
2 O ACESSO À JUSTIÇA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS COMO SINÔNIMO DE REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA.....	61
2.1 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	61
2.2 CRIAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS VOLTADAS AOS DIREITOS HUMANOS E OS SISTEMAS REGIONAIS.....	67
2.3 O ACESSO DIRETO À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, POR MEIO DA PETIÇÃO INDIVIDUAL COMO FORMA DE GARANTIR A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS..	80
2.4 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS COMO OBRIGAÇÃO JUS COGENS INTERNACIONAL	96
2.4.1 Jus cogens pro homine ou pro persona	101
3 OS SISTEMAS REGIONAIS EUROPEU E INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS EM COMPARAÇÃO.....	107
3.1 CONTEXTO HISTÓRICO DE CRIAÇÃO DOS SISTEMAS EUROPEU E INTERAMERICANO	107
3.2 DOS ORGÃOS COMPONENTES DE CADA SISTEMA DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E SUAS COMPETÊNCIAS EM COMPARAÇÃO.....	115
3.2.1 O Conselho da Europa.....	116
3.2.2 A Organização dos Estados Americanos.....	118
3.2.3 A comissão europeia de direitos humanos, sua competência e sua extinção.....	118
3.2.4 A criação do comissariado de direitos humanos em âmbito europeu e suas competências.....	131
3.2.5 A comissão interamericana de direitos humanos e suas atribuições.....	134
3.3 A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS.....	143
3.3.1 Protocolos 9, 11 e outras modificações informais ao procedimento da Corte Europeia de Direitos Humanos.....	149
3.3.2 O procedimento perante a Corte europeia de Direitos Humanos após alterações implementadas pelo protocolo n. 11.....	154
3.4 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	161
3.5 OS PONTOS FORTES E OS DESAFIOS DE CADA SISTEMA REGIONAL.....	171

3.6 UMA POSSÍVEL ADAPTAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO AO SISTEMA EUROPEU DE ACESSO À CORTE DE DIREITOS HUMANOS.....	173
CONCLUSÃO.....	180
REFERÊNCIAS.....	185

Siglas e Abreviaturas:

Comissão de Direito Internacional (CDI)

Comissão Europeia de Direitos Humanos (CEDH)

Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)

Conselho da Europa (COE)

Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH)

Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH)

Corte Internacional de Justiça (CIJ).

Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)

Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH)

Organização das Nações Unidas (ONU)

Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN)

Organização dos Estados Americanos (OEA)

Organização Não Governamental (ONG)

União Africana (UA)

INTRODUÇÃO

A possibilidade de inserção do mecanismo da petição individual direta ao sistema da Corte Interamericana de Direitos Humanos como forma de garantir mais amplamente o acesso à Justiça e a efetividade dos direitos humanos é o tema proposto no presente trabalho, vinculado à linha de pesquisa: acesso à justiça e efetividade do processo.

A escolha do tema deveu-se à necessidade de garantir ao Sistema Interamericano, como já existe no Sistema Europeu de proteção dos direitos humanos, o acesso direto à Corte, como forma de realizar e simplificar a necessária aplicabilidade dos direitos da pessoa humana e o reconhecimento do ser humano como detentor de capacidade postulatória ampla e irrestrita, na defesa de seus valores mais caros.

O homem, como sujeito de direitos e ser político, deve gozar de meios para a realização de seus anseios pessoais, provido de reconhecida personalidade jurídica internacional para, eventualmente, reclamar acerca de violações ou ameaças de violações aos seus direitos basilares. Portanto, propõe-se uma análise interdisciplinar do tema aqui exposto, baseada na ética Kantiana e na ciência política de Bobbio, buscando compreender os processos, estruturas e sistemas que visam garantir segurança, justiça e efetiva proteção aos direitos desse “homem político”.

A evolução dos direitos humanos culminou, no século passado, ao lado da assinatura de inúmeros tratados internacionais sobre a temática e na criação de cortes internacionais de direitos humanos, em diversos sistemas regionais como o Africano, o Europeu e o Interamericano. Tal fato evidencia a importância que o tema tem na agenda da sociedade internacional e na busca da efetividade não só em relação à conquista e ampliação do rol de direitos humanos, mas principalmente demonstram a necessidade de sua proteção e aplicação.

A partir desse momento histórico, em busca da recuperação da dignidade humana, nota-se o surgimento de um regime internacional de proteção de direitos humanos, sob a premissa de sua prevalência no âmbito interno de cada Estado, mas também nos âmbitos regionais e internacional de forma complementar.

A coexistência de múltiplos sistemas de proteção de direitos humanos é importante instrumento em busca da amplitude da defesa e alcance de sua efetividade. Os sistemas comandados pela Organização das Nações Unidas - ONU,

pela Organização dos Estados Americanos - OEA, pelo Conselho da Europa e pela União Africana - UA, evidenciam essa importância. Em razão da necessidade de um recorte metodológico espacial serão analisadas na presente tese, em especial, e comparativamente, apenas o sistema Europeu e o sistema Interamericano. A razão para tal escolha reside no estágio de consolidação da estrutura e da proteção conferida por esses dois sistemas.

Dentre as hipóteses analisadas verificou-se a possibilidade de recorrer à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) depois de esgotadas as instâncias internas pelo mecanismo da petição individual no mesmo modelo como é garantido ao cidadão europeu, que pode, de forma direta, apresentar sua queixa à Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH).

A pesquisa visou analisar a hipótese de que para garantir, em âmbito americano, a possibilidade da petição individual direta à Corte, sem necessidade de Juízo prévio de admissibilidade e submissão à análise pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pode ser necessária uma revisão e alteração do Estatuto da CtIDH por meio de protocolos.

Se o sistema interamericano passasse a autorizar o peticionamento direto à Corte, isso aumentaria o número de petições apresentadas a esse órgão jurisdicional e, conseqüentemente, aumentaria a efetividade no acesso à proteção dos direitos humanos em âmbito Americano?

A investigação partiu da leitura de autores clássicos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em especial Flávia Piovesan, Cançado Trindade, Thomas Buergenthal e Antônio Cassese.

No primeiro capítulo analisaram-se os fundamentos históricos e filosóficos da internacionalização dos direitos humanos e da humanização do direito internacional baseadas num moderno entendimento de soberania e da participação direta do ser humano na construção da sua história e na defesa de seus direitos mais basilares, passando a ser reconhecido como sujeito de direito internacional.

No segundo capítulo verificaram-se os pressupostos jurídicos da criação e funcionamento dos sistemas regionais europeu e americano de proteção de direitos humanos e os aspectos que levam à judicialização do direito internacional dos direitos humanos.

No terceiro capítulo examinou-se, por meio dos tratados constitutivos das cortes de direitos humanos, seus regimentos e estatutos, o acesso à essas cortes internacionais como sinônimo de realização da justiça, buscando a desejada efetividade por meio da ética da prevalência dos direitos humanos na ordem jurídica interna e na ordem internacional.

Por último, ainda no terceiro capítulo, analisaram-se os fatos que permitiram a utilização do mecanismo da petição individual dirigida à Corte Europeia de Direitos Humanos e de que forma esse acesso direto pode ter favorecido a efetivação dos direitos humanos do cidadão submetido à jurisdição da CtEDH. Portanto, analisam-se os fundamentos empíricos que justificam o peticionamento direto e individual à Corte verificando que o acesso direto à jurisdição ampliou a participação do ser humano no sistema europeu.

Em face de todo o exposto, a presente tese investigou se a falta de um sistema que permita o acesso direto da pessoa à Corte Interamericana seria um empecilho à efetiva defesa e aplicabilidade dos direitos humanos. Além disso, analisou-se se a existência de uma fase anterior de análise e admissão pela Comissão Interamericana antes do conhecimento da denúncia pela Corte, eventualmente, dificultaria o acesso direto à Justiça.

Considerando-se o modelo europeu, verificou-se a possibilidade de o mesmo procedimento ser adotado perante a Corte Interamericana e se tal modo de proceder poderia trazer maior celeridade, satisfação e efetividade na prestação jurisdicional.

Destacou-se a relevância da temática da proteção internacional dos direitos da pessoa humana, não só sob o aspecto social e político, mas, também, da contribuição que se quer oferecer na busca da plenitude da eficácia de tais direitos, enfatizando o problema da impossibilidade de peticionamento direto a Corte Interamericana, como um dos entraves à essa efetivação. Portanto, para a pesquisa, o aspecto do acesso à justiça analisado foi relativo ao acesso direto à jurisdição das Cortes Internacionais de Direitos Humanos por meio da petição individual.

A investigação foi desenvolvida a partir da verificação filosófica dos pressupostos da participação humana direta no cenário internacional, da análise descritiva dos sistemas selecionados e da técnica da comparação, analisando-se as disposições contidas nos tratados internacionais e nos estatutos respectivamente da Corte Europeia e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Assim, pretendeu-se verificar se o sistema europeu, que não exige a apresentação de pedido prévio a uma comissão, seria mais célere e mais efetivo no processamento das denúncias, trazendo resolução e pacificação para as violações de direitos humanos reclamadas perante a Corte Europeia quando confrontado com o Sistema Interamericano.

Tal fato também justifica a análise detida das razões que levaram à adoção do mecanismo da petição individual pela Corte europeia de direitos humanos, servindo como embasamento técnico e histórico para a proposta de adoção do mesmo mecanismo pela Corte Interamericana. Ainda que as realidades europeia e americana sejam muito diversas, o fundamento da presente pesquisa residiu na demonstração e proposição de que o modelo europeu seja adotado na corte congênere americana.

O princípio da prevalência dos direitos humanos somado à necessidade de eficácia na proteção desses direitos e à sua essencialidade, fundamentam a proposta apresentada nessa tese.

1 INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

1.1 PREMISSAS HISTÓRICAS E FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS QUE JUSTIFICAM A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A internacionalização dos direitos humanos ocorreu com grande ênfase após o fim da Segunda Guerra Mundial (1945), em uma tentativa de oferecer respostas às violações perpetradas pelos regimes das nações componentes do Eixo, em especial o regime nazista da Alemanha.

O nazismo determinou que só seriam titulares de prerrogativas estatais as pessoas que fossem sujeitos de direito conforme as leis do Reich e se pertencessem à raça ariana (PIOVESAN, 2019).

Conforme Guerra (2013, p. 470) “a doutrina racista sobre a ‘pureza ariana’ serviu de justificativa para perseguições, cárceres e execuções em massa de judeus, eslavos e outras populações pelo exército de Hitler, tendo resultado no extermínio de milhões de pessoas.”

Nesse período histórico, aquele que não era reconhecido como titular de direitos, era desumanizado e tinha desprezadas suas liberdades mais basilares, em razão do descaso por sua inegável condição humana (ARENDT, 2007).

Infelizmente o positivismo jurídico distorceu a lógica da centralidade dos direitos do homem e, por meio das leis, atribuiu papel central às razões do Estado dominador.

O Estado era, até então, o grande violador dos direitos fundamentais de seus cidadãos, mas a partir do marco histórico desse grande confronto mundial ocorrido no século XX, essas violações ultrapassaram as barreiras estatais e nacionais e foram perpetradas contra pessoas de várias nacionalidades e de origens diversas.

Num cenário pós-guerra, em que se buscava, não apenas conhecer até que ponto chegou o despreço aos direitos humanos, mas, principalmente, aprender com os fatos históricos, para que aquelas situações não se repetissem no futuro, elevou-se a condição humana e a primazia da proteção dos direitos humanos a um patamar moral e ético de verdadeiro referencial e ponto de partida de todo um sistema que se constituiria a partir de então e que teria, no respeito a condição humana, sua razão e paradigma (PIOVESAN, 2019).

Sem dúvida, o fim do segundo maior confronto de proporção mundial ocorrido no século XX marcou um momento de resgate e reflexão acerca da importância dos direitos humanos. Mas, muito antes disso, outros acontecimentos gradualmente contribuíram tanto para a humanização do direito internacional quanto para a internacionalização dos direitos humanos.

Sabe-se que a fundamentação dos direitos humanos não admite embasamento em fator único, mas na expansão permanente desses direitos, em evolução contínua e histórica, pois “nascem sob certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades (...), e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez, nem de uma vez por todas” (BOBBIO, 1992, p.5).

Nessa tese, adotou-se o reconhecimento da dignidade como característica inata da condição humana, somada à historicidade na construção de um sistema que permitiu ao homem, ao longo de incessantes processos e lutas, defender seus direitos mais basilares.

Para Bobbio, os direitos do homem

Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando (ocorre) o aumento do poder do homem sobre o homem (...) ou (quando se) criam ameaças à liberdade do indivíduo, ou (se) permitem novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder (BOBBIO, 1992, p. 6).

As premissas inicialmente se baseavam ora em uma perspectiva de direito natural ora de direito historicamente construído. Porém, independentemente do argumento escolhido para embasar os direitos humanos, se direitos naturais e anteriores ou se fruto de uma evolução histórica e empírica do agir humano e das suas necessidades, aparentemente ambas as vertentes se somam para fundamentar a proteção desses direitos, pois admite-se tanto o reconhecimento da moral como base do respeito e da ética no agir humano, como o reconhecimento do fato de que os direitos originais foram gradualmente evoluindo e se somando a outros que são fruto do processo de formação da sociedade (BARRETO, 2013).

Nessa nova fase, o direito internacional passou a perseguir a criação de um sistema protetivo de direitos humanos que transcendesse os limites dos Estados, reclamando, dessa forma, uma nova visão sobre o constitucionalismo e sobre o positivismo, vigente até então. Uma visão que se reencontrasse com uma ética de

proteção de direitos do homem como homem e deste como alguém que tem direito a ter direitos (PIOVESAN, 2019).

Apesar de o direito internacional dos direitos humanos ter, naquele momento histórico, se descolado do Direito Constitucional, passou-se a ter um Direito Constitucional mais preocupado em relacionar-se com o Direito Internacional, e, como visto, com Estados cada vez mais interessados na participação e cooperação internacional para proteção dos direitos humanos.

É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias constituições nacionais vez que “Os Estados se integraram em comunidades políticas supranacionais ou em sistemas políticos internacionais globalmente considerados”. Nesse contexto surgiria o que se denominou Direito Constitucional internacional. Ao vincular normalmente a Constituição a um Estado, Canotilho apontou ainda que nesse novo cenário poderiam existir novos atores, como, por exemplo, as Organizações internacionais. E, “além destes sujeitos, o indivíduo ganharia estatuto na constituição mundial como sujeito titular de direitos fundamentais e de direitos humanos” (CANOTILHO, 2005, p. 343/346).

Já se podem notar avanços no processo de humanização do direito internacional, mas ainda não se alcançou, em âmbito interno, na maioria dos países e, também, no Brasil, aquele momento chave em que o direito constitucional reconhece a superioridade dos Direitos humanos sobre o atributo da soberania dos Estados. Tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes entendeu que há uma hierarquia entre a Constituição e os tratados de direito internacional, resguardando, apenas aos tratados de direitos humanos, a qualidade de normas supraleais, porém hierarquicamente situadas abaixo da Constituição Federal. Somente aqueles tratados que fossem aprovados e internalizados seguindo o procedimento previsto no parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal poderiam ser considerados emendas à Constituição.

Tal entendimento, sob o prisma do direito internacional representa um óbice, pois se houvesse uma interpretação mais condizente com a primazia dos direitos humanos, não seria necessário que os tratados cujo tema fosse direitos humanos, precisassem ser aprovados com o mesmo procedimento requerido para as emendas constitucionais, vez que o parágrafo 2º, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, desde sua promulgação, já estabelece que “Os direitos e garantias expressos nesta

Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

Portanto, vê-se que apesar de toda a evolução no sentido da internacionalização do direito constitucional, ainda não houve mudança o suficiente para entender que as ordens jurídicas interna e externa só se diferenciam pelo âmbito de criação da norma, mas que ambas devem ser aplicadas indistintamente para a defesa dos direitos humanos, numa visão monista.

Os acontecimentos do século XX levaram a humanidade a refletir sobre a própria condição humana perante o direito e as relações jurídicas do Estado e seus jurisdicionados.

Se o direito nasce do homem e se direciona ao próprio homem, o correto e moral deveria ser permitir o protagonismo internacional do ser humano e que não fosse mais necessário que o indivíduo necessitasse ser representado pelo Estado de sua nacionalidade ou de seu domicílio quando tivesse uma demanda perante cortes internacionais.

Houve amadurecimento suficiente no processo de internacionalização e humanização do direito que permite o reconhecimento da personalidade jurídica de direito internacional ao ser humano tanto como sujeito ativo e titular do direito de reivindicar diretamente sua proteção, quanto de sujeito passivo dessa mesma proteção.

Quanto ao protagonismo humano num cenário de internacionalização dos direitos fundamentais, Bobbio apresenta as seguintes reflexões

Quando os direitos do homem eram considerados unicamente direitos naturais, a única defesa possível contra sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde, nas Constituições que reconheceram a proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado (BOBBIO, 1992, p.31).

E conclui afirmando que

Somente a extensão dessa proteção de alguns Estados para todos os Estados e, ao mesmo tempo, a proteção desses mesmos direitos num degrau mais alto do que o Estado, ou seja, o degrau da comunidade internacional,

total ou parcial, poderá tornar cada vez menos provável a alternativa entre opressão e resistência (BOBBIO, 1992, p.31).

No curso da história, especificamente a partir da criação do Estado Moderno, houve um momento de inversão que marca o surgimento dos direitos humanos: o momento em que os direitos dos súditos¹ passaram a ter precedência sobre os direitos do soberano e este momento coincidiu com uma concepção individualista de sociedade.

Para tal mister, deve-se analisar a sociedade a partir das características dos indivíduos que a compõem. O indivíduo tem direito a não ser oprimido e poder gozar de liberdades fundamentais consideradas naturais por serem inerentes ao ser humano como tal e não porque foram concedidas pelo governo, pelo Estado ou pelo soberano (BOBBIO, 1992).

O individualismo como parâmetro pelo qual se pode analisar a construção do Estado e da sociedade contemporânea sob a ótica do indivíduo e seus direitos, avança a passos lentos, porém contínuos. E parte “do reconhecimento dos direitos do cidadão de cada Estado até o reconhecimento dos direitos do cidadão do mundo, cujo primeiro anúncio foi a Declaração universal dos direitos do homem” (BOBBIO, 1992, p. 5).

De fato, a DUDH serviu como um pontapé inicial na busca da universalização dos direitos humanos, e se tornou uma espécie de base para que outras declarações fossem realizadas em âmbito regional. Ademais, o que se iniciou como mera resolução da Assembleia Geral da ONU, acabou sendo aceito como instrumento de referência em relação ao tema direitos humanos e acabou por conter inegável caráter jurídico.

A Declaração Universal seria um ponto de partida de uma meta progressiva mostrando que os maiores desafios surgem a partir dela: a necessidade de efetivar as garantias inauguradas numa sociedade internacional onde ainda não “ocorreu o processo de monopolização da força que caracterizou o nascimento do Estado Moderno” (BOBBIO, 1992, p. 32-33).

Conforme Carrillo Salcedo (1995) “A declaração foi concebida como um primeiro passo a ser completado por outros dois consistentes na adoção de tratados que deram precisão jurídica aos conceitos e princípios enunciados na declaração e a instauração de mecanismos de garantia, controle e proteção internacional dos direitos

¹ Utilizando a denominação dada pelos autores do século XVIII

humanos.” A DUDH representou o início da consagração do princípio da supremacia da dignidade humana no direito internacional.

Há muito tempo, a filosofia, a moral e a política se dedicam ao estudo das premissas da dignidade humana. E, ao permitir-se ao indivíduo, que teve seus direitos violados, por si só, ter a liberdade de peticionar em face de uma Corte Internacional de Direitos Humanos, concede-se uma forma de exercício dessa face da dignidade.

Entretanto, essa análise da dignidade e da liberdade não se deu de forma linear nem no tempo, nem no espaço. Ainda que vários sejam os filósofos mencionados no presente texto, dois contribuíram, à sua maneira, para o enfoque buscado: Kant com sua contribuição acerca das ideias metafísicas da dignidade em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, de 1785 e Bobbio por suas contribuições acerca da necessária busca de efetividade dos direitos humanos exposta em *A era dos direitos*, de 1990.

Em *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Immanuel Kant, ao iniciar sua análise da moral e do comportamento humano propôs desvendar o “princípio supremo da moralidade” (KANT, 1988, p. 19).

Dentre os imperativos categóricos levantados pelo autor ora analisado figuram a ideia de que “assegurar cada qual a sua própria felicidade é um dever” (KANT, 1988, p. 29), sendo a felicidade um dever a ser alcançado; o ser humano deve agir de maneira ética e racional na busca dessa felicidade.

O filósofo propõe um critério moral que permita a cada um avaliar o valor de suas ações e condutas. Além disso, estabelece que essas análises não podem ser baseadas na experiência, nem nas intenções que as motivam, mas devem estar baseadas na razão pura. O ser humano deve lutar contra suas inclinações e pautar seu agir pela moral que se sobrepõe aos seus próprios desejos.

Kant (1988) entendeu que a vontade livre é a que obedece à lei moral universal, por mais paradoxal que isso se apresente, visto que um ser autônomo é o que segue suas próprias normas e a lei máxima do ser moral é baseada não em motivos egoísticos, mas na razão pura que deve ser a lei que embasa todo o seu agir.

A vontade deve ser ao mesmo tempo livre e submetida à lei moral porque vontade e moral, para a metafísica dos costumes, devem ser indissociáveis. “A vontade é lei moral para si mesma” (KANT, 1988, p.94).

A lei moral tem origem na razão, é autoimposta e não pode derivar de experiências/subjetividades. O ser humano, como ser racional, escolhe os seus motivos, ou, filosoficamente, escolhe os princípios ou as leis de sua ação e age segundo a representação dessas leis. Representar uma lei significa, portanto, tomar aquele princípio como sua motivação de agir.

Antes de analisar a ideia de autonomia relacionada à moralidade, Kant passou à análise do princípio da dignidade humana ou do homem como um fim em si mesmo. E lançou mais um imperativo categórico: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (KANT, 1988, p. 69).

A autonomia é o fundamento da dignidade humana: um ser racional e digno é um fim em si mesmo, na medida em que consegue estabelecer leis morais e segui-las.

Kant finalmente estabelece o preceito da moralidade vinculado à autonomia e introduzindo também a liberdade, realiza uma dedução transcendental.

A autonomia deve ser provada possível e, também, desejável porque Kant não queria demonstrar o dever moral como um fardo, mas como uma vontade autônoma e livre do homem racional, e que ele a realiza porque assim determinou sua “auto legislação”. A vontade livre busca a determinação em si mesma e não em causas alheias. O ser racional kantiano tem sua vontade livre e submetida às leis morais, portanto age moralmente, o que significa que vontade e autonomia geram dignidade.

A liberdade é um pressuposto da vontade de todos os seres racionais. Pode parecer contraditório, a princípio, quando se pensa em seres livres e, ao mesmo tempo, submetidos à lei moral. Mas não há qualquer contradição porque o ser humano, é, ao mesmo tempo, racional e sensível e por isso é que se justifica falar ao mesmo tempo em obrigação e autonomia. Deste modo, Kant oferece os elementos necessários à prova/justificativa da autonomia e da moralidade humana e chamou esse processo de “dedução transcendental do imperativo categórico” (KANT, 1988).

“Autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional. É também o princípio supremo da moralidade”. (KANT, 1988, p.85). Neste fato reside o fundamento kantiano que embasa, no presente texto, a defesa do mecanismo da petição individual direcionada às cortes internacionais de direitos humanos: a autonomia.

A autonomia humana, o agir em busca da própria felicidade e o balizamento desse agir segundo a moral como imperativo categórico, são o fundamento ético e filosófico dessa tese, garantindo, portanto, respeito à humanidade como finalidade última da própria ação humana e ao propiciar o alcance da justiça.

Kant analisa o estado de natureza humana que é, sem dúvida, um estado de liberdade e autonomia. Mas, percebe que esse estado não é capaz de trazer a segurança desejada pelo homem em relação aos seus direitos inerentes. Por isso, conclui que em um determinado momento, o homem decidiu passar a viver em uma sociedade organizada e a criar o Estado atribuindo a ele a defesa desses direitos que lhe são mais caros.

Hobbes (2003) ao analisar igualmente o homem inserido no estado natural, verifica que o maior dos poderes humanos surge da junção dos poderes de vários homens, que consentem e determinam a criação de uma pessoa de natureza civil. Essa pessoa seria o Estado que “tem o uso de todos os seus poderes na dependência de sua vontade” (HOBBS, 2003, p. 70).

Também Bobbio, ao analisar o homem conforme o jusnaturalismo, revela que a afirmação dos direitos humanos é fruto de uma mudança de perspectiva iniciada exatamente no momento da formação do Estado Moderno e do início da relação Estado-cidadão. Para compreender essa relação, e por conseguinte, entender a sociedade, deve-se partir de uma análise dos seus indivíduos, priorizando o fato de que esses indivíduos gozam de direitos e liberdades fundamentais.

Essa visão do jusnaturalismo como teoria moral inverte o modo de conceber a relação de poder entre o indivíduo e o estado. É uma análise fundada sobre uma concepção individualista e contratualista da sociedade política que reconhece que primeiro vem o indivíduo singular, que tem valor por si mesmo, e depois vem o Estado. Essa mesma análise destaca que “o Estado é feito para o indivíduo e não o indivíduo para o Estado”; uma prova disso reside na Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789, por ocasião da Revolução Francesa que defendia a manutenção dos direitos naturais e imprescritíveis do homem (BOVERO, 2019).

Vê-se que as teorias morais do período moderno que incluem Kant, Hobbes, Rousseau, dentre outros, moldam a origem e o fundamento da sociedade política baseados no estado da natureza e na teoria contratualista.

Segundo Rousseau (2011) os homens nascem livres e convencionam viver em sociedade em atendimento às suas necessidades. Só os próprios homens podem convencionar sobre sua liberdade, de acordo com seus desejos, propósitos e conveniências.

A proposta do contrato social se apresenta como uma forma de sociedade que defenda a todos indistintamente e que ao mesmo tempo respeite a vontade e a liberdade individual.

Mais uma vez pode parecer conflitante essa posição humana de conceder, por sua vontade, poder ao Estado e depois querer retomar sua autonomia. Mas isso nada tem de contraditório visto que não se trata de retomar e sim de reconhecer que a liberdade como direito natural nunca foi nem poderia ter sido renunciada na decisão de formação do Estado

Renunciar à própria liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, aos nossos próprios deveres; para quem renuncia a tudo, não há compensação possível, e renúncia tal é incompatível com a própria natureza do homem, pois rouba às suas ações toda moralidade quem tira a seu querer toda a liberdade (ROUSSEAU, 2011, p.21).

O fundamento filosófico da presente tese é evidenciado mais uma vez quando se verifica que o protagonismo humano jamais foi renunciado. E nem poderia sê-lo. É impossível renunciar-se a direitos irrenunciáveis. E o agir humano na defesa de seus direitos é igualmente irrenunciável. Portanto, a despeito da teoria contratualista de formação da sociedade e do Estado e, também, do papel desempenhado por esse último na representação do indivíduo no cenário internacional, é inegável que isso jamais retirou do ser humano seu poder de reação, incluindo-se o direito de petição na defesa de seus direitos violados.

Em o Leviatã, Hobbes (2003) atribui tamanha importância ao Estado criado pela vontade humana, que acaba atribuindo ao próprio Estado o poder de reconhecer a dignidade humana como sendo o valor público de um homem, colocando ainda como dignos aqueles que exercem funções públicas.

Da análise comparativa da ideia de dignidade apresentada por Kant e por Hobbes, a presente tese filia-se ao conceito Kantiano em razão do entendimento de que a dignidade é atributo da humanidade e não é dado ao Estado afirmar quem pode ou não pode ser considerado digno. Verifica-se que o amor de Hobbes pelo Estado

soberano não coaduna com a visão que melhor se adequa ao resgate e defesa dos direitos humanos como inerentes à condição humana que se pretende defender.

Transcendendo a uma análise dos direitos humanos numa perspectiva pós-contratualista da formação do Estado e de suas atribuições, tem-se que esses direitos significam a junção da lei e da moral e “expressam (...) o respeito à dignidade da pessoa humana, o direito à vida, à liberdade, à igualdade de todos os homens perante a lei, à segurança, à liberdade de expressão, o acesso à educação e o direito à participação política” (BARRETO, 2013, p.25).

Se a dignidade humana é inerente e inegociável e se, ao decidir pela criação do Estado, o homem não renunciou aos seus direitos e liberdades, cabe à criatura, o respeito e reconhecimento das prerrogativas do criador como anteriores às suas próprias características de ente autônomo. O respeito aos direitos retro elencados indica se as leis estão alinhadas à ética. Mas devem ser também reconhecidos como anteriores e independentes a qualquer legislação, não passíveis de revogação ou de renúncia, pois que a pessoa humana é dotada naturalmente desses direitos.

A edificação dessa cultura dos direitos humanos “como irrevogáveis e inalienáveis, (...) resultou de um processo de exercício de liberdade e da autonomia da pessoa”. Além disso, “os direitos humanos são produto das características únicas e impostergáveis da pessoa humana e não fruto da justiça ou da graça divina” (BARRETO, 2013, p.26).

Vê-se, portanto, que os direitos humanos são atributos humanos inatos, que não são concedidos pelo Estado, mas, devem, necessariamente, ser respeitados por este último, que é criação e fruto da vontade do próprio homem.

Infelizmente, aqueles direitos que deveriam ser, justamente, protegidos pelo Estado e que constituem a razão pela qual o homem decidiu criar o Estado, passaram a ser violados por esse último, num típico caso em que a criatura se volta contra o criador.

No século XX, verificou-se claramente o avanço indevido do Estado sobre os direitos de seus cidadãos, sendo o resgate do protagonismo humano e da defesa dos direitos do homem, baseados na moral pura, a consequência almejada pela sociedade internacional.

Nesse sentido, revela-se que o período do pós-guerra verificou um salto no desenvolvimento das políticas protetivas de direitos humanos

(...) com uma dupla dimensão. Primeiro, tornou-se um processo para recuperar os fundamentos do sistema jurídico na argumentação moral, contrapondo o direito ao paradigma mitológico da lei moderna. Para tanto, tornava-se necessária a substituição da totalidade normativa pretendida pela vontade do soberano por um conjunto de direitos originais, expressão da liberdade e igualdade naturais entre os homens (BARRETO, 2013, p. 23).

Barreto resume o movimento de resgate dos direitos humanos no período posterior às duas guerras mundiais do século XX como sendo o movimento que deixou de lado o absolutismo do poder exercido pelo Estado Soberano trazido por Hobbes, como único detentor da lei e da ordem, para resgatar o protagonismo da moral metafísica de Kant, que independe da lei e da vontade do Estado.

Das lições aprendidas após a conclusão dos conflitos mundiais mencionados, a mais sentida juridicamente foi a constatação de que a legalidade é insuficiente se não está atrelada à justiça. O modo de agir de um Estado, em relação aos seus cidadãos ou às pessoas que estejam em seu território pode até ser reconhecido como um reflexo do exercício da soberania, mas esta não pode ser considerada como um atributo estatal absoluto.

Legalidade sem o amparo da moral e da justiça e sem respeito à dignidade humana não merece reconhecimento. Não basta a justificativa do “estado de direito” se falta a ele seu atributo mais importante: a democracia na gestão dos interesses dos cidadãos e o respeito à diversidade que é uma premissa do próprio ser humano.

Resume-se a importância dos direitos humanos no cenário internacional indicando, conforme estabelecido no preâmbulo da DUDH, que “a dignidade é inerente a todos os membros da família humana (...) e fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (ONU, 1948).

Vê-se, portanto, que os direitos humanos hoje, constituem o núcleo moral do direito dos Estados e que

O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições Democráticas modernas.

(...)

O processo de democratização do sistema internacional, que é o caminho obrigatório para a busca do ideal da “paz perpétua”, no sentido kantiano da expressão, não pode avançar sem uma gradativa ampliação do reconhecimento e da proteção dos direitos do homem, acima de cada Estado. (BOBBIO, 1992, p.1)

Verifica-se, pois, que o poder de império do Estado não pode ser absoluto. Não se pode admitir a legalidade de um estado de exceção. Não podem os poderes do Estado ser livres de parâmetros. O ideal parece estar mesmo num sistema de *checks and balances*. Devemos exigir a legalidade aliada à legitimidade. E a legitimidade tem por base a supremacia da dignidade do ser humano, e numa escala estatal, tem que ter por fundamento uma organização baseada na separação de poderes e na República, tal como desejava Kant.

A República de Kant é aquela estabelecida pela razão e pelo desejo de criação de um estado civil e organizado que respeita a máxima liberdade humana. Essa forma de organização também seria a mais propícia para afastar a sombra da guerra (KANT, 1980).

Nessa luta pela liberdade, travada entre o Estado e o cidadão, Bobbio trouxe também sua contribuição acerca do agir humano em defesa de seus direitos mais basilares. Ele reconhece que a luta histórica pela defesa dos direitos humanos contra atos atentatórios e violadores praticados pelo Estado inclui, mesmo que a passos lentos, também um novo entendimento acerca das relações dos Estados entre si e do “aumento do caráter representativo dos organismos internacionais” (BOBBIO, 1992, p. 41).

Se os direitos humanos surgem como direito natural, o início de sua concretização se dá quando os Estados elaboram um rol de direitos fundamentais e os coloca no texto Constitucional dos Estados modernos permitindo que aquele que já nasceu digno possa clamar, efetivamente, pelo respeito a essa dignidade, movendo as ações cabíveis e reclamando a aplicação dos artigos e princípios positivados nos mais variados sistemas legislativos. Das necessidades nascem as lutas e das lutas consagram-se novos direitos que vão se somando, gradualmente, aos já existentes.

Essa proteção, que começa de maneira vertical, estabelecendo as bases da relação cidadão/Estado, se expande para incluir também outros direitos oriundos das relações entre os Estados e daqueles que decorrem da atuação de sujeitos de direito internacional intergovernamental. Então, para além de nascer com direitos inerentes à sua condição humana e poder reclamar concretamente sua aplicação perante o Estado, o ser humano viu evoluir historicamente esse rol de direitos natos e fundamentais também para direitos internacionalizados, que são reconhecidos para além das fronteiras dos Estados.

Nessa última perspectiva, a internacional, os direitos deixam de ser apenas direitos para tornarem-se, se violados, motivo de responsabilização Estatal (TEIXEIRA, 2009).

Alguns legados deixados por fatos ocorridos tanto antes como depois das grandes guerras apontam para a

evolução dos direitos humanos no caminho da internacionalização e universalização: I) as manifestações de direito humanitário ou direito internacional de guerra (...), II) a Liga das Nações criada após a Primeira Guerra Mundial, com a finalidade de promover paz e segurança internacional, inaugurando a criação de limites à soberania dos Estados e impondo sanções no caso de descumprimento dos compromissos ou acordos assumidos; e III) A Organização Internacional do Trabalho (...), promovendo parâmetros básicos de trabalho e bem estar social (PIOVESAN, 2006, p.115-123).

O período Pós-Segunda Guerra trouxe ainda a consciência do valor da vida humana e a luta incessante para que esses valores jamais sejam considerados descartáveis. Eventos como o Tribunal de Nuremberg, tribunal militar internacional, criado através do Acordo de Londres de 1945 que, finalmente, judicializou a questão da guerra e das violações de direitos humanos e ainda responsabilizou Estados e, de maneira inédita, indivíduos por sistemáticas violações aos direitos mais básicos do ser humano, contribuíram sobremaneira para a valorização da dignidade humana (TEIXEIRA, 2009).

Portanto, o movimento que se inicia com o reconhecimento do protagonismo humano, de sua autonomia, de sua liberdade de agir e com a inafastabilidade de sua dignidade, passa posteriormente pela formação do Estado Moderno onde atribui-se justamente ao Estado a prerrogativa da defesa dos interesses de seus cidadãos.

Em verdade, ao optar pela formação do Estado, o ser humano desejava atribuir ao ente formado, a realização da justiça e do equilíbrio de forças sociais e jamais desejou a concentração do poder na pessoa do soberano. Ele desejou um Estado de Direito, regido pela lei, pela garantia da justiça e pelo respeito à dignidade humana.

Mas, no século passado, verificou-se que o Estado falhou na defesa desses direitos e isso trouxe de volta a necessidade do resgate do protagonismo humano não apenas como aquele que deve ter seus direitos respeitados em razão de sua humanidade, mas, também, aquele a quem se deve atribuir capacidade jurídica ativa

e passiva de reivindicar respeito à sua dignidade e que também poderá sofrer responsabilização quando praticar atos violadores desses direitos.

O Tribunal de Nuremberg contribuiu tanto para uma nova delimitação da soberania estatal quanto para um novo entendimento acerca da responsabilização daquele que pratica atos violadores de direitos humanos. Através de seus trabalhos, o Tribunal consolidou a ideia de uma soberania nacional limitada, uma vez que a pauta dos direitos humanos não mais permitia que as violações de direitos humanos continuassem a ser tratadas exclusivamente como uma questão doméstica.

E, por fim, para o reconhecimento dessa nova forma de protagonismo humano, o Estado foi chamado a ceder espaço no palco das relações de direito internacional para outros sujeitos. Para que isso ocorresse, fez-se necessário lançar um novo olhar sobre o atributo da soberania estatal.

1.1.1 Precedentes históricos acerca da soberania Estatal

Primeiro exalta-se o protagonismo humano na busca de sua liberdade e dignidade. Depois verifica-se que para sua própria proteção e manutenção de um estado de paz, o homem transfere o poder de manutenção dessa harmonia pacífica a um Estado. Os Estados, por sua vez, relacionam-se uns com os outros na busca de soluções que tragam pacificação numa esfera mundial.

Mas, infelizmente, os Estados já falharam no seu papel de proteção da sociedade. Entende-se, portanto, que devem os indivíduos resgatar seu protagonismo na busca de sua própria liberdade e da defesa de seus direitos mais elementares, sem eliminar as competências estatais, mas complementando essas defesas, de modo autônomo e direto, visto que foi justamente para garantia dessa maior efetividade na proteção de seus direitos basilares que, em determinado momento, o homem optou por transferir parcela de sua liberdade e de seu agir autônomo aos Estados como entes organizados, justamente com a finalidade de representação dos interesses do homem e para melhor ajuste das liberdades recíprocas.

Importante lembrar as lições de Rousseau em O contrato social, onde se relata que o homem se uniu a outros homens após verificar que certas necessidades suas seriam mais bem satisfeitas se ele estivesse em grupo. Além disso, os Estados

percebem que melhor atendem suas necessidades ao se relacionarem com outros Estados (ROUSSEAU, 2011).

No que tange ao aspecto externo da soberania, Hobbes indica que a comunhão entre pessoas, nesse incipiente contratualismo esconde verdadeiro temor da agressividade inata do indivíduo ao tentar sobreviver, podendo agir sobre seu semelhante de forma violenta. Mas, da mesma forma, também os Estados entendem conveniente se unirem em prol de uma paz mais duradoura e permitindo que eles se auxiliem mutuamente e se ajustem de maneira mais equilibrada diante da ganância que lhes é peculiar. A conveniência e os interesses dão o tom das relações entre os Estados (HOBBS, 2003).

Somente a vontade geral pode direcionar os poderes e finalidades estatais na busca do bem comum. E aqui retoma-se a ideia de Estado soberano, pois a soberania consiste justamente no exercício das prerrogativas estatais em busca desse bem desejado e acordado por todos os membros da sociedade.

Se o estado (...) é uma pessoa moral cuja vida permanece na união de seus membros, e se o mais importante de seus desvelos é o da própria conservação, claro está que necessita de uma força universal e compulsória para mover e dispor cada parte do modo mais conveniente ao todo.

(...) o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus; e é este mesmo poder que, encaminhado pela vontade geral, tem o nome de soberania (...) (ROUSSEAU, 2011, p.36-37).

José Afonso da Silva contribui lembrando que o Estado

(...) como grupo social máximo e total, tem também o seu poder, que é o poder político ou poder estatal. A sociedade estatal, chamada também sociedade civil, compreende uma multiplicidade de grupos sociais diferenciados e indivíduos, aos quais o poder político tem que coordenar e impor regras e limites em função dos fins globais que ao Estado cumpre realizar.

Daí se vê que o poder político é superior a todos os outros poderes sociais, os quais reconhece, rege e domina, visando a ordenar as relações entre esses grupos e os indivíduos entre si e reciprocamente, de maneira a manter um mínimo de ordem e estimular um máximo de progresso à vista do bem comum. Essa superioridade do poder político caracteriza a soberania do Estado, que implica, a um tempo, independência em confronto com todos os poderes exteriores à sociedade estatal (soberania externa) e supremacia sobre todos os poderes sociais interiores à mesma sociedade estatal (soberania interna) (SILVA, 2005, p. 107).

Vê-se que para o constitucionalismo, o contrato social adotado para a criação do Estado resultou, ao mesmo tempo, no reconhecimento do poder do cidadão e na criação de um poder independente – o poder estatal - que visava justamente

administrar interesses que estavam em conflito durante a vigência da lei da natureza, mas que passaram a ter que se organizar e se respeitar mutuamente, em prol do bem comum para todos e pelo progresso da humanidade.

Deve-se, entretanto, ressaltar que além do respeito devido à pessoa jurídica criada pela vontade dos indivíduos, deve-se respeitar igualmente a liberdade dos cidadãos, pois estes só abrem mão estritamente da parcela de seus direitos necessária à constituição do Estado e em prol do bem comum, segundo a vontade geral, mas conservam todos os demais direitos que lhe são naturais e anteriores.

O pacto social estabelece ao mesmo tempo uma igualdade entre os cidadãos de forma que todos se obrigam na mesma medida e gozam de direitos na mesma proporção. Através do contrato proposto, o súdito² renuncia a sua “independência natural” pela liberdade dentro dos limites estatais, abdica da possibilidade de prejudicar outrem pela própria segurança e renuncia à sua força (...) por um direito que a união social torna invencível” (ROUSSEAU, 2011, p.39). É completamente errado supor que ao contratar estaria o homem renunciando a seus direitos naturais. Ele não apenas os conserva como também adquire outros ainda mais amplos e, supostamente, mais benéficos.

Pode-se dizer, portanto, que a criação do Estado deve ser encarada como o início da organização da sociedade e que tem como finalidade máxima o resgate da dignidade humana, só alcançável por meio da intervenção do poder estatal, mas sem jamais se olvidar de que essa dignidade é atributo da pessoa, e que a função última de todo Estado é a proteção das pessoas.

Deve-se lembrar que o Estado existe por vontade humana, e o que foi criado pelo homem não pode suplantiar a legitimidade do próprio criador. Portanto, a liberdade de que gozava o homem antes da criação do Estado, não pode ser sufocada pelo próprio Estado após sua criação. Então, as mesmas capacidades que cabiam ao homem antes da criação do Estado devem ser conservadas com seu titular nato, cabendo a representação Estatal apenas onde houver conveniência e necessidade. O Estado deve atuar como instrumento para a consecução das necessidades humanas que o indivíduo, por si só não consiga atingir.

² Aqui e em outros pontos do trabalho utiliza-se o termo súdito, mantendo-se a terminologia usada por Rousseau.

Indispensável atribuir então, de volta, ao homem, sua capacidade de agir na defesa de suas liberdades fundamentais, peticionando perante cortes internacionais em relação a esses seus direitos.

Interessante destacar que o mesmo Estado criado pela vontade humana demonstrada pela teoria contratualista é o ente que, eventualmente, se volta contra seu próprio criador, tolhendo suas liberdades inerentes.

E, ironicamente, quando se vê compelido a tentar reverter uma situação de violação ou repressão, o homem precisa se voltar, justamente, a outros órgãos de criação Estatal como o poder Judiciário e, em âmbito internacional, às cortes de direitos humanos.

Importante diferenciar a atuação do homem, da atuação do Estado, na busca pela reparação dos danos causados e na cessação das violações perpetradas, sejam pelos próprios Estados, sejam por outros indivíduos ou instituições, resgatando, assim, o protagonismo humano na busca de sua dignidade.

Se, historicamente, a criação do Estado veio garantir a supremacia do interesse da coletividade sobre o interesse individual, quando se verifica que esta prevalência garante o bem comum, por outro lado, é importante notar que os interesses individuais não podem ser sufocados pelos interesses Estatais.

Se antes havia o interesse de participação democrática e igualitária na sociedade, hoje se verifica que o maior desafio no campo da defesa dos direitos humanos é o respeito às diferenças e individualidades, permitindo ao homem que realize seus desejos pessoais.

E, se para tal intento, os Estados criaram primeiramente um sistema judiciário, mais recentemente, ao ultrapassar as fronteiras físicas dos Estados, foram criados sistemas internacionais de proteção de direitos humanos que contam com cortes especialmente equipadas com organização e pessoal apto a conhecer e julgar causas relativas à violação dos direitos humanos.

Os sistemas judiciais de proteção dos direitos humanos vieram para suprir as omissões ocorridas no âmbito dos Estados que por diversas vezes agiram, ou permitiram agir ou mesmo, fingiram não ver, as violações a direitos ocorridas dentro dos limites de suas competências.

As preocupações da sociedade internacional voltaram-se para a

facilitação dos interesses do homem, este sim objeto de maior consideração. Ou seja, até então a sociedade internacional olhava para o Estado e timidamente para o homem por detrás dele. Depois passou a olhar para o Estado e de maneira mais interessada para o homem. Até que hoje olha para o Estado e enxerga nele o homem. (PEREIRA, 2006, p. 182).

Precisa-se retomar um pouco mais ao passado para a construção de um conceito de soberania estatal que permita sua relativização, abarcando então, a humanização do direito internacional.

No século XX foi alterada a lógica do direito internacional que havia sido instaurada pela Paz de Vestfália de 1648. Até então, os princípios da independência soberana e da igualdade jurídica entre os Estados eram os mais destacados princípios que vigiam na ordem internacional instaurada no século XVII. Passados trezentos anos desse evento histórico e após várias sangrentas guerras, tem-se uma guinada no entendimento do que são os direitos humanos e como os Estados agem frente a estes direitos.

O tratado de Vestfália reconheceu aos Estados um poder supremo nos limites de suas respectivas fronteiras. Poder que surge justamente quando esses mesmos Estados se comprometem a respeitar mutuamente suas soberanias, se comprometem a não intervir em assuntos internos uns dos outros, a respeitar imunidades diplomáticas e a cumprir normas internacionais criadas pelo seu próprio consentimento.

Criou-se, nessa ocasião, um sistema com um intrincado equilíbrio de poderes que serviu para regulamentar o direito internacional até mais recentemente. Naquele momento, “os Estados tinham um grau muito elevado de autonomia nas suas relações internacionais, já que aceitavam poucas obrigações internacionais, da lei convencional ou costumeira” (ZACHER, 2000, p. 86).

A partir de Vestfália e do entendimento de que os atores do Direito Internacional eram essencialmente os Estados, a clássica lógica dos participantes da Sociedade Internacional não admitia a participação direta de povos e indivíduos (LAFER, 2015).

A soberania e a independência pertenciam ao Estado, que se relacionava com seus “pares” em igualdade de condições. Essas relações estatais, baseadas na coexistência harmônica, com o objetivo de evitar conflitos, representou, durante muito tempo, o cenário para as relações jurídicas internacionais.

Entretanto, essas bases das relações entre os Estados se mostraram ineficazes pois não foram suficientes para evitar as duas grandes guerras mundiais ocorridas no início e em meados no século passado. Além disso, as violações a direitos de povos, nações, grupos raciais, mostraram ao mundo atrocidades nunca vislumbradas com tal verniz.

Quando se mencionam as duas grandes guerras do século XX, não se fala apenas em derramamento de sangue e violência, que infelizmente sempre deram a tônica dos grandes conflitos travados pela humanidade. Para além da violência e do derramamento de sangue também se viam políticas estatais baseadas em discriminação e violação de direitos de grupos específicos, além de desprezo à condição humana daquele que é rotulado como diferente ou inferior. Infelizmente tudo foi respaldado pela lei que vigorava à época.

Em verdade, como nos lembra Hanna Arendt, a condição humana de certos sujeitos, foi menosprezada, por ocasião das duas grandes guerras do século passado, em violação clara à ideia da dignidade humana kantiana e ao próprio “direito a ter direitos”, defendido pela filósofa (ARENDR, 2007).

Celso Lafer (2015) nos informa que

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, através da negação do valor da pessoa humana como fonte do direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstrução dos direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral. Neste cenário, o maior direito passa a ser, adotando a terminologia de Hanna Arendt, o direito a ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos. (LAFER, 2015, p.)

Retomando Vestfália, destaca-se que o sistema internacional interestatal instaurado então, era fundamentado em razões particulares de cada Estado e na abstenção de atos que significassem, de qualquer maneira a intervenção de um Estado em assuntos internos de outro Estado.

Entretanto, as avaliações realizadas no período posterior às grandes guerras mostraram que já não havia mais respaldo para um sistema de relacionamento interestatal baseado unicamente nas razões de Estado, unilateralmente apresentada,

e na ignorância de que os povos têm direito a ter direitos e que os mesmos jamais devem ser menosprezados.

Para uma verdadeira defesa dos direitos dos povos essas normas de viés abstencionista não mais se justificavam quando, no interior das fronteiras de um Estado, se tinha notícia da prática de atividades violadoras de direitos humanos.

Ainda hoje, as ideias de jurisdição e de limites territoriais da jurisdição estatal continuam a representar mais um entrave do que um incentivo à proteção dos direitos humanos.

A defesa desses direitos requer uma autonomia e uma penetração que não estão ligadas às atividades estatais, mas às atividades humanas diretas. Ninguém melhor que o ser humano para ser o sujeito ativo das demandas que visam a defesa de seus direitos mais basilares.

Além da questão essencial da defesa dos direitos humanos e de um novo modo de olhar o atributo da soberania estatal sabe-se que

Basicamente, não é mais correto conceitualizar os Estados como se tivessem o grau de autonomia que tradicionalmente lhes é atribuído, devido à rede de regimes formais e informais em que se encontram crescentemente envolvidos (...) (ZACHER, 2000, p. 86).

Por ocasião de Vestfália, as bases que sustentavam o tratado eram fundamentadas no princípio da soberania dos Estados e residiam no desejo mútuo de se evitar a intervenção de outros Estados em assuntos internos. Baseavam-se também no desejo de se evitar a guerra. Além da soberania, também estava o tratado assentado sobre a ideia de autonomia da atuação estatal de acordo com suas conveniências.

Entretanto, as bases do tratado, apesar de ainda existentes não se mostram mais tão sólidas uma vez que a própria autonomia foi relativizada mais recentemente. Os Estados se viram cada vez mais motivados a participar de novos arranjos internacionais, tais como as novas organizações e sistemas internacionais e isso também se refletiu no moderno entendimento de soberania (ZACHER, 2000).

Sobre o novo entendimento de uma soberania estatal não absoluta e que, em nome da defesa dos direitos humanos, se relativiza para reconhecer capacidade jurídica internacional ao indivíduo se discorrerá a seguir.

1.1.2 Sobre a paz de Vestfália e o nascedouro do moderno conceito de soberania Estatal

Para melhor compreensão da Paz de Vestfália e seu significado para o direito internacional e para as relações internacionais é preciso contextualizar o que foi o conflito que culminou com a adoção desse conjunto de tratados que ficaram conhecidos como tratados de Vestfália.

A Guerra dos 30 anos (1618 a 1648) foi o maior conflito europeu da Idade Moderna, marcada por grande violência causada pelas guerras religiosas em razão da reforma protestante e da contrarreforma Católica. Mais de 4 milhões de pessoas morreram durante os longos anos de conflito num período em que a população total da Europa central era de cerca de 20 milhões de pessoas (CARNEIRO, 2006).

Os conflitos, que se espalharam pelo continente europeu, surgiram em áreas que buscavam a emancipação política da região, grandemente influenciada pelo protestantismo.

A partir de 1645 começaram a ser delineados os tratados que compunham esse conjunto de instrumentos de direito internacional e que visavam pôr fim aos conflitos. A paz obtida por meio dessas convenções negociava territórios e reconhecia a autonomia política dos entes participantes. O final do conflito estabeleceu uma nova forma de harmonia entre os poderes dos Estados que levava em consideração muito mais as chamadas “razões de Estado” e os interesses nacionais do que as tradições religiosas de cada nação.

Sem dúvida, o mais importante resultado do final da guerra foi o surgimento de um sistema internacional de Estados. Estabelece-se um pressuposto de reciprocidades, um direito internacional com pactos regulando relações internacionais, com a livre navegação nos mares e a busca do não comprometimento do comércio e de civis na guerra. Os Estados deixam de sujeitar-se a normas morais externas a eles próprios e impõem uma lógica de dominação pragmática, que passou a ser conhecida desde então pela expressão “razão de Estado”. As relações internacionais são secularizadas, ou seja, estabelecidas em função do reconhecimento da soberania dos Estados, independentemente de sua confissão religiosa. Toda a política moderna e contemporânea, baseada no reconhecimento da legitimidade dos Estados e na constituição de um conjunto político de nações que se reconhecem como parte de um sistema em que rege um direito internacional, deriva do modelo criado e formalizado a partir da Paz de Westfália (CARNEIRO, 2006, p. 184).

Como visto, os impactos dos tratados de Vestfália sobre o entendimento do moderno conceito de soberania e o comportamento dos Estados em suas relações internacionais tornaram-se o paradigma do direito internacional clássico. Aliás, só realmente se fala em um direito que regulamenta as relações entre os Estados, a partir das bases assentadas ao final da Guerra dos 30 anos.

Apesar das modificações no modo de se entender a soberania, o sistema formado em Vestfália se mantém quase inalterado. A essência da soberania permanece e, da mesma forma como hoje os Estados podem compartilhar, delimitar e delegar poderes às organizações internacionais, e entre si através dos tratados internacionais, eles continuam podendo tomar de volta a parcela de poderes soberanos que cederam ou negociaram (ALVAREZ, 2012).

Embora, como visto, desde suas origens, os Estados busquem um agir autônomo, supostamente na contemporaneidade, eles estariam dispostos a abdicar de parcela dessa autonomia para alcançarem outros objetivos tais como a defesa dos direitos humanos (ZACHER, 2000).

Em 1998, Javier Solana, então Secretário Geral da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), por ocasião de um simpósio sobre a relevância política da Paz de Vestfália, declarou que "humanidade e democracia, dois princípios essencialmente irrelevantes à ordem original de Vestfália, podem servir agora de guias para estabelecer uma nova ordem internacional mais bem adaptada aos desafios hodiernos" (SOLANA, 1998).

E afirmou ainda que "o sistema de Vestfália tinha seus limites: primeiramente, no princípio da soberania, do qual o sistema dependia, e que também produzia as bases para rivalidade e não uma comunidade de Estados" (SOLANA, 1998).

Ainda segundo Solana, a Paz de Vestfália foi a primeira paz europeia mais abrangente, após a primeira guerra europeia mais abrangente em número de participantes – a chamada guerra dos 30 anos - e formou o que se entendia, até então, sobre a estrutura de um sistema internacional acerca da guerra e da paz mais do que qualquer outro evento naqueles trezentos e cinquenta anos que antecederam seu discurso (SOLANA, 1998).

Sopesando o discurso de Solana e os acontecimentos mais recentes da história mundial e da Europa mais especificamente, vê-se que apesar de se consolidar como uma tentativa louvável, entende-se, hodiernamente que a Paz de Vestfália

gerou mais afastamento e exclusão, do que necessariamente integração entre os Estados Europeus.

Os acordos de Vestfália não desencadearam uma paz verdadeiramente duradoura, nem assentaram as bases de um sistema de relacionamento interestatal mais moderno, mas, sem dúvida, contribuíram para o que se entende por direito internacional e pelo lançamento das regras básicas das relações internacionais, baseadas em princípios como: Estado Moderno, igualdade, soberania estatal, territorialidade e não intervenção (PAZ DE VESTFÁLIA, 2020).

Uma das falhas de Vestfália, que se deve superar, reside na ideia de que soberania seria um atributo ilimitado de poder estatal quando, em verdade, hoje se verifica que também se exerce soberania estatal ao renunciar a certos aspectos soberanos em prol de um bem maior que é a integração em busca da paz.

A razão pela qual os limites à soberania dos Estados vêm crescendo, reside na própria delegação de competências estatais às organizações internacionais intergovernamentais. É também verdade que esses limites nascem da própria vontade dos Estados de participar mais ativamente de instituições supranacionais e agências internacionais. Esta limitação autoimposta é fruto do exercício do poder soberano de um Estado em decidir limitar sua própria soberania e tal comportamento tem se tornado cada vez mais comum.

Entretanto, não se defende um modo gradual de supressão das competências estatais, nem há que se falar em uma crise do Estado como sujeito de direito internacional, mas em uma crise em relação ao modo de desempenho do papel do Estado nesse novo cenário.

Os sujeitos clássicos do direito internacional devem encarar sua soberania de maneira diversa, pois essa soberania, analisada sob uma nova ótica, implica na transferência de parcela do poder soberano dos Estados a esses novos participantes da sociedade internacional, sem, contudo, esvaziar o papel dos Estados. Visa-se apenas superar um modelo de Estado com soberania ilimitada, visto que o maior limite a essa soberania reside justamente no respeito aos direitos humanos.

Inclusive quanto à proteção dos direitos humanos, vê-se que os instrumentos internacionais existentes nessa seara foram criados com a participação dos Estados e criam mecanismos que reforçam, justamente, a responsabilidade dos Estados em casos de violação.

Para tal mister contribuíram: a disseminação de novas doutrinas acerca dos direitos humanos, os impactos da globalização nas relações entre os Estados e, igualmente, nos sistemas internos de cada Estado, e, também, as lutas internas motivadas por questões étnicas, religiosas ou sociais (CONDORELLI e CASSESE, 2012).

Hoje os Estados não podem mais cometer violações a direitos humanos dentro dos limites de seus territórios e sair impunes. Após o grande impulso sentido no campo da proteção dos direitos humanos ocorrido no pós-Segunda Guerra Mundial, um Estado que assim proceder poderá ser sancionado com a autorização para uso da força contra o estado violador, ou ainda estar sujeito à imposição de sanções e embargos.

Mas o mais importante nessa expansão dos direitos humanos foi, sem dúvida, o surgimento dos indivíduos como novos sujeitos de direito internacional. Tal fato se deu em razão de dois acontecimentos em especial: primeiro, a verificação de que foram justamente indivíduos que cometeram as atrocidades descobertas após o fim da Segunda Guerra Mundial e que esses indivíduos deveriam ser julgados e responsabilizados de forma independente da responsabilidade dos Estados aos quais estavam vinculados em seu modo de agir; segundo: o reconhecimento de que os indivíduos podem reclamar respeito aos seus direitos humanos não apenas em relação aos seus estados nacionais como também em relação a outros países que os violem, tanto na condição de nacionais como de estrangeiros (CONDORELLI e CASSESE, 2012).

Além disso, hodiernamente se verifica, que somente com um novo enfoque sobre a ideia de soberania estatal é que se conseguirá, de maneira eficaz, proteger os direitos basilares do ser humano, independentemente da proteção que o Estado lhe fornece como cidadão.

Está, justamente, na proteção da diversidade, o maior desafio para a proteção eficaz dos direitos humanos. Distanciando-se de conceitos como estado-nação, estado como único detentor da soberania ou, ainda, estados organizados de maneira hierárquica.

Quando se fala em segurança internacional e direitos humanos, deve-se analisar “onde acaba a soberania estatal e onde começa a obrigação internacional de defesa dos direitos humanos?” (SOLANA, 1998).

E conclui Solana com o seguinte trecho que demonstrava sua preocupação com novos princípios a embasar a defesa dos direitos humanos:

Humanity means orienting our policies to serve the needs of man. Indeed, one could argue that a security policy which is not constructed around the needs of man and humanity will risk the worst fate - being ineffectual. That is indeed borne out by the narrow-minded nationalistic policies that have led to so many wars in Europe. Most of the conflicts we see today are between or within states that disregard fundamental human needs. It is thus no accident that the last years have seen an increase in the demand for humanitarian actions. Yet despite the obvious need, we have found ourselves restrained by the principle of non-interference³ (SOLANA, 1998).

Um novo entendimento sobre o conceito de soberania faz-se necessário para que se entenda como os Estados podem atualmente, garantir, com mais eficácia, a proteção dos direitos humanos. Conforme Cançado Trindade (2015, b, p. 15) O novo direito internacional “situa a solidariedade acima da soberania” e entende que as diferenças eventuais devem ser submetidas a apreciação da justiça internacional. Isso é o que se pretende elucidar em seguida.

1.2 O CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE SOBERANIA ESTATAL COM VISTAS À INTEGRAL E MAIS EFETIVA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Recuperar o protagonismo humano e a autonomia na defesa de seus direitos e interesses mais caros, leva ao resgate dos princípios do direito natural. Em momentos e com visões distintas, Kant e Bobbio, incentivam a retomada da defesa dos direitos mais basilares pelo homem, como protagonista reconhecido de Direito Internacional e não apenas representado ou assistido pelo Estado.

A visão de que somente os Estados são sujeitos de direitos e deveres na sociedade internacional coincide com uma visão clássica do Direito Internacional Público que não mais coaduna com a desejada atuação direta do homem como sujeito ativo também do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

³ Humanidade significa orientar políticas que sirvam as necessidades humanas. De fato, alguém poderia argumentar que a política de segurança que não é construída em torno das necessidades do homem e da humanidade poderá ter o pior destino: ser ineficaz. De fato, isso nasce com políticas nacionalistas estritas e unilaterais que levaram a ocorrência de tantas guerras na Europa. A maioria dos conflitos que se veem hoje são entre países que desconsideraram necessidades humanas fundamentais. Não é por “acidente” que nos últimos anos houve um incremento em demandas por ações humanitárias. Porém, a despeito dessa óbvia necessidade, nós ainda nos achamos limitados pelo princípio da não interferência. Tradução livre da autora da tese.

Se o homem fez o movimento contratualista no sentido de atribuir ao Estado a defesa da paz e da estabilidade social, agora ele resgata seu protagonismo ao reivindicar do Estado o reconhecimento de um direito inato seu: o de defender, por meios diretos, suas prerrogativas.

Já se demonstrou alhures que o Estado soberano talvez não seja, na totalidade das situações, o melhor defensor e protetor da dignidade humana e da integridade e inviolabilidade dos direitos essenciais do ser humano.

O entendimento moderno de soberania esbarrou no totalitarismo. Como se soberania e absolutismo fossem sinônimos, quando na verdade não são.

O Estado deve ter reconhecido o atributo da soberania na relação com outros Estados igualmente soberanos sob o aspecto da isonomia entre os sujeitos do Direito Internacional.

Mas a soberania não deve ser encarada como uma atribuição estatal inafastável, no sentido de impor rumos à vida dos cidadãos em detrimento da liberdade e autonomia destes, conforme demonstrado alhures.

Liberdade e autonomia são atributos naturais e históricos da humanidade e a atribuição de sua defesa ao Estado não retira do titular seu direito de poder exigí-las individualmente.

O Estado não pode se olvidar de que a base de sua atuação legítima se situa, justamente, no respeito à liberdade do cidadão, que renuncia a parcela de seu agir autônomo para garantir uma vida pacífica em sociedade.

A soberania sob aspecto clássico era atributo exclusivamente estatal, elemento necessário à própria configuração do Estado com tal. Para gozar de reconhecimento como sujeito de direito internacional e de tratamento igualitário pelos pares, o Estado deveria ser dotado de soberania no sentido de independência em relação aos demais Estados além de território, população, autonomia governamental, desconhecimento de entidade hierarquicamente superior e detentor de competências ilimitadas internamente. Deveria também ser respeitado internacionalmente com base no princípio da não interferência.

Sob o prisma internacional, o Estado como detentor de soberania, ainda é o único responsável pela criação das normas internacionais e pelo compromisso em promovê-las e cumpri-las, de criar as organizações intergovernamentais e provê-las com as competências necessárias ao atingimento de seus objetivos, pela criação de

mecanismos de solução de controvérsias internacionais, incluindo cortes internacionais e a sua submissão às suas competências jurisdicionais (CONDORELLI e CASSESE, 2012).

Ainda que pareça contraditório, trata-se de exercício da própria soberania estatal resolver ceder parcela desse poder a organismos e cortes internacionais para alcance de objetivos estatais e humanistas.

A Corte Permanente de Justiça Internacional, em 1923, por ocasião do julgamento do caso Wimbledon, decidiu que quando um Estado firma um tratado internacional, ele não está, de maneira alguma, renunciando à sua soberania pois, quando qualquer Estado se vincula internacionalmente, por meio de um tratado, ele estaria apenas colocando restrições à sua própria soberania. E esse poder de impor limites à sua atuação é um atributo dessa mesma soberania (PERMANENT COURT..., 1923).

Variados instrumentos de direito internacional demonstram a importância da soberania como atributo estatal de primeira ordem: o artigo 3º, f, da Carta da OEA estatua que “a ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados” (BRASIL, 1952).

E ainda o artigo 2º, §1º da Carta da ONU que estabelecia que aquela organização internacional era justamente baseada no princípio da igualdade (soberana) de todos os seus membros (BRASIL, 1945).

Constitucionalistas como José Afonso da Silva conceituam soberania estatal como “poder político supremo e independente. (...) Supremo porque não está limitado por nenhum outro na ordem interna. (...) independente porque “na ordem internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos” (CAETANO *apud* SILVA, 2005, p. 104).

Vê-se que o primeiro atributo da soberania, qual seja a supremacia, realmente se mantém hodiernamente porque direcionado a uma superioridade interna, no campo do direito de cada Estado e restrita aos limites geográficos de cada país.

Já uma análise interdisciplinar do segundo atributo, a independência, tendo como referência não apenas o direito constitucional como também o direito internacional público, significa que quando o estado, voluntariamente, adere ou participa como membro originário de uma corte de direitos humanos, ele deve permitir

que as causas originárias de violações perpetradas dentro dos limites de seu território possam ser conhecidas por essas cortes, como também que as condenações dos Estados e suas respectivas responsabilizações sejam acatadas e cumpridas, e deve garantir, em última análise, que os cidadãos daquele Estado possam, apresentar diretamente suas queixas à Corte, sem a necessidade de etapas prévias de conhecimento e análise e sem a necessidade de representação estatal.

Dentro do conceito contemporâneo de soberania o Estado deve não apenas aceitar a jurisdição das cortes de direitos humanos, como também garantir que os cidadãos desses Estados tenham o direito de apresentarem suas denúncias, diretamente, ao conhecimento da respectiva Corte, sem necessidade de representação do Estado, porque ele já não é mais o único sujeito de direito internacional com capacidade postulatória.

A supremacia da dignidade humana exige esse reconhecimento. Tanto pelo aspecto interno como também pelo aspecto externo da soberania, tanto pelo poder supremo como pela igualdade, a soberania deve, sobretudo, representar o mais amplo e irrestrito respeito aos direitos da pessoa humana.

Por óbvio, a preocupação dos constitucionalistas com os aspectos da soberania, reside mais sobre a forma interna. Mas há algum tempo os internacionalistas vem apresentando nova compleição à soberania externa dos Estados.

O chamado *State approach* que tem suas bases na soberania do Estado em âmbito externo e na segurança nacional em âmbito interno, deve ser substituído pelo *human centered approach*. Ou seja, a soberania é popular e não do Estado pois tem na dignidade humana sua base estruturante (PIOVESAN, 2017). E Ferrajoli (2002) completa lembrando que o Estado, em suas relações tanto internas como externas, deve se pautar pela paz e pela tutela dos direitos humanos.

Sobre essa nova conformação da soberania externa estatal, fala-se, justamente, em ultrapassar seu aspecto dicotômico interno/externo, e atribuir-lhe um sentido operacional. O Estado será “soberano se tiver condições de agir de forma eficaz, sobrepujando os múltiplos condicionamentos que sofre o mundo atual” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 259).

Não se crê, no entanto, no sucesso de uma gestão globalista que supere o poder dos Estados. Pelo menos não da forma como se apresenta hoje. O que se

defende, como nova face da soberania, não é a visão globalista apresentada por Lewandowski (2004), mas uma visão que resgate o protagonismo do ser humano e a primazia de sua dignidade como valores a embasar não uma entidade de caráter supranacional ou a transmissão do poder soberano do Estado para ela. Mas no agir autônomo e independente do homem, esse sim, verdadeiro cidadão do mundo, o primeiro e mais importante protagonista das relações jurídicas.

Para os globalistas o governo estatal deve ser superado por uma governança mundial. Tal superação seria decorrente de uma crise do poder do Estado tanto em nível interno como em nível internacional, pois o Estado falharia na entrega de suas atribuições e perderia, gradualmente, a confiança que lhe havia sido depositada em razão de não mais conseguir administrar tantas e tão variadas condicionantes internas e internacionais a afetar a tomada de decisões e a vida dos cidadãos.

Nessa dicotomia de argumentos apresentados de um lado por globalistas e de outro por soberanistas, os primeiros, citando exemplos históricos, dizem que a soberania clássica serve de escudo para governos que violam direitos humanos. De fato, isso não pode ser negado quando se analisa a questão do nazismo, conforme já mencionado.

Já os soberanistas mostram as falhas das instituições globalistas em atingir seus objetivos primordiais tais como a manutenção da paz, a erradicação da pobreza, e mais recentemente, o controle de questões sanitárias. Os defensores da soberania clássica afirmam que os governos locais estão em melhor posição para definirem os rumos das políticas que visam o bem-estar de sua própria população. Afirmam ainda que embora louváveis os objetivos das instituições globalistas, a consecução de seus fins em geral esbarra em aspectos políticos e que nunca estão inteiramente circunscritos a meros aspectos técnicos, científicos ou jurídicos (ALVAREZ, 2012).

A globalização ocorreu de fato e não deve ser confundida com o globalismo explicitado alhures. A globalização não exclui a soberania dos Estados. O globalismo pretende ultrapassar os Estados como locais de tomada de decisões. Uma das muitas consequências da globalização reside no fato de que nenhum país individualmente, nem mesmo as maiores potências, tem capacidade de decidir tudo de maneira isolada, mas deve, necessariamente, agir em conformidade com outros países, acordando com eles acerca dos atos e medidas que devem ser tomados na condução de assuntos das mais diversas áreas (CONDORELLI e CASSESE, 2012).

Entretanto não se deve vincular o globalismo como algo intrinsecamente ligado à uma concepção de soberania mais contemporânea. Sem dúvida, a globalização contribuiu para um novo entendimento de sociedade internacional, mas não é o único fator a influenciar a mudança de paradigma. Um resgate sério dos valores da ética e da dignidade humana contribuem para que se pense em um ser humano mais cosmopolita.

O mundo está mais integrado, os homens não estão mais limitados por fronteiras físicas, a era digital também contribui para a superação de antigas diferenças. Por tudo isso “É preciso olhar para além do conceito tradicional de soberania, de modo a encontrar soluções institucionais mais flexíveis e complexas para responder às demandas políticas e econômicas de um mundo crescentemente integrado” (BRITTAN *apud* LEWANDOWISKI, 2004, p. 260).

Ao reconhecer essa nova visão acerca da soberania Buergenthal (2009) afirmou que o direito internacional “tem se comprometido com valores que transcendem os valores puramente estatais, notadamente os direitos humanos” e, como resultado desse compromisso, surge um sistema internacional de proteção de direitos humanos que tem apresentado níveis muito significativos de atuação e sucesso em sua finalidade.

Entretanto, não se pretende esvaziar o papel dos Estados como sujeitos de direito internacional. Nem, muito menos, superar o entendimento da soberania estatal. A soberania, em geral, permite a participação direta dos povos na tomada de decisões e ainda é a garantia da manutenção das individualidades e das identidades de grupos, tão variados na realidade mundial.

O que se propõe é uma visão de Estado e de soberania que garanta o reconhecimento da supremacia da dignidade humana, não apenas quando os Estados se relacionam entre si, mas, principalmente, quando ele se relaciona com o indivíduo, garantindo, por meio da participação em organismos internacionais intergovernamentais e pelo reconhecimento da competência das cortes internacionais de direitos humanos, que a própria soberania não sirva como o malfadado escudo para a impunidade estatal diante de violações aos direitos mais caros ao ser humano.

1.3 O SER HUMANO COMO SUJEITO DE DIREITO INTERNACIONAL

Desde a origem do Direito Internacional, os mais diversos doutrinadores, que inclusive chamavam a disciplina de Direito das gentes, revelavam a preocupação em demonstrar que essa ordem jurídica estabelecida inicialmente entre Estados, tinha como destinatário último de sua proteção o ser humano, ou grupos humanos, ao regular as relações estabelecidas na sociedade internacional. Seriam, portanto, sujeitos de direito internacional, não apenas Estados como também povos e indivíduos.

Brierly, em 1928, questionava o papel dos Estados como únicos sujeitos de direito internacional. Ele rejeitava a teoria que explicava a personalidade legal dos Estados como derivada de direitos naturais ou morais.

A soberania dos Estados, em verdade, não representa um exercício de sentimento “pessoal” de agir de uma certa maneira, nem se pode dizer que o Estado seja dotado de moral. De fato, os Estados simplesmente agem baseados em seus poderes e autoridades sobre territórios e pessoas (BRIERLY, 1928).

Ainda que se fale em personalidade legal dos Estados, jamais deve-se interpretar essa personalidade como tendo as mesmas características da personalidade das pessoas, tais como desejos, reflexões, subjetividades. O Estado nada mais é que uma coletividade de instituições que, em última análise, representam associações de indivíduos. Os Estados só gozam da “personalidade” atribuída a eles por atos e desejos dos próprios indivíduos que o compõe (BHUTA, 2012).

Se, por um lado, é verdade que a comunidade jurídica internacional se reúne em torno de Estados, por outro lado não é verdade que esses Estados sejam entendidos como entidades abstraídas de seus membros, os indivíduos. Também não é verdade que os indivíduos não tenham interesses de caráter internacional a não ser por aqueles em que são representados pelos Estados. De fato, não há qualquer primazia dos Estados sobre os indivíduos como sujeitos de direito internacional. O que há é uma conveniência funcional e prática dos Estados, em razão de seus poderes sobre pessoas e territórios (BHUTA, 2012).

Na visão de Cançado Trindade (2011), os Estados não devem ser entendidos como intermediários entre os indivíduos e a ordem jurídica internacional. Quando havia prevalência desse entendimento, no período de grande ênfase do positivismo jurídico, o que se viu foram violações aos direitos humanos perpetradas pelos próprios Estados. Não há nada que sirva de empecilho ao reconhecimento hodierno da

subjetividade do ser humano no cenário internacional. Ninguém hoje pode negar que da ordem jurídica internacional emanam direitos e deveres para os indivíduos.

Como o próprio direito administrativo prevê, a personalidade dos Estados tem caráter ficcional. Trata-se de uma ficção legal embasada na conveniência. O Estado não é um fim em si mesmo, mas apenas um sistema coordenado de relações entre os homens que verdadeiramente o compõe. Por essa razão, a ordem jurídica internacional constitui a soma de todas as normas que regem as relações entre indivíduos de vários grupos nacionais (POLITIS *apud* BHUTAN, 2012).

Brierly entendia, que seria inevitável a expansão dos sujeitos de direito internacional para incluir os indivíduos, pois tal fato contribuiria para o alcance da paz na medida em que ampliaria os legítimos interesses a serem considerados na busca de soluções para conflitos, em razão do fato de que os Estados teriam uma tendência perniciosa de atender apenas interesses de certos grupos em detrimento dos interesses de toda a comunidade (BRIERLY, 1928).

Esse também era o entendimento de Politis, exposto em palestra proferida em 1926. Segundo ele, a expansão dos sujeitos de direito internacional para inclusão dos indivíduos seria um reflexo de um novo princípio a legitimar o direito internacional, qual seja a ideia de democracia:

*Thus, as transnational interactions between individuals grow in depth and complexity, a new notion of legal personality is required, reflecting the direct role of the individual in the international community. Interdependence among 'private international communities' will 'one day become the rule', and so portends the need to render 'international law democratic by placing individuals in the first rank of its subjects' (POLITIS *apud* BHUTA, 2012).*

Sempre que ocorre uma mudança fundamental na ordem internacional, o direito internacional passa por momentos de crise e renovação. Questões fundamentais voltam a ser analisadas tais como a natureza da soberania, as bases da obrigação legal internacional e os requisitos para ser considerado participante da sociedade internacional. Os argumentos acerca de quem pode ser sujeito de direito internacional podem ser analisados sob dois prismas: um prático e um normativo (BHUTA, 2012).

Sob o prisma prático é necessário se verificar quem efetivamente participa das negociações tendentes a criação de normas internacionais e de organizações intergovernamentais. A resposta para essa pergunta é óbvia, somente os Estados

têm, ao longo da história, participado com tal efetividade das decisões internacionais mais relevantes. E somente os Estados tem capacidade para firmar tratados internacionais. Mas reduzir os sujeitos de direito internacional exclusivamente àqueles sujeitos que podem firmar tratados é reduzir demasiadamente o objeto da disciplina e esvaziar o seu conteúdo.

Os cidadãos de um certo país não participam diretamente de todas as etapas de confecção e aplicação das normas estatais, mas não se pode negar que sejam eles os sujeitos diretos dessas mesmas normas, seja em relação à sua proteção ou ao fato de estar subjugado a elas (CANÇADO TRINDADE, 2011).

Mas sob o prisma normativo, quando se pensa em quem pode se beneficiar das normas protetivas de direito internacional, em especial das normas de direitos humanos, é inegável que nessa posição de destaque está o homem, receptor último das prerrogativas estabelecidas nesses tratados.

O ser humano detém direitos imediatamente da ordem internacional e não de maneira sempre mediata através dos Estados soberanos, como preferem entender os mais classicistas. Não há dúvidas de que os Estados continuam sendo os principais atores do direito internacional. Mas é possível se verificar que há novos “*players*” no cenário internacional. Ao lado do ser humano, que é o sujeito passivo de todas as normas de proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos, vê-se, também, dentre esses novos participantes, as Organizações não governamentais de caráter internacional, as milícias e grupos não estatais de atuação internacional e até mesmo as grandes corporações e empresas multinacionais que acabam tendo relevante papel no cenário internacional econômico.

Como dito anteriormente, nada na sociedade internacional contemporânea acontece de maneira isolada e esses atores igualmente não agem de forma isolada. Mas como o foco da presente tese residiu na busca de efetividade aos direitos humanos, o trecho a ser desenvolvido focou no homem, não apenas como sujeito passivo da proteção ofertada pelas convenções internacionais de direitos humanos, mas, também, como sujeito ativo, na busca da efetividade dessa proteção.

Todos os argumentos acerca de quem pode e quem não pode ser considerado sujeito de direito internacional podem se basear em duas premissas: o que traz legitimidade ao direito internacional e a quais propósitos deveria o direito internacional servir, como por exemplo, a paz, a justiça e a ordem (BHUTA, 2012).

Inegável reconhecer que o entendimento de soberania revisitado e, de certa forma, relativizado, tem por objetivo, uma proteção cada vez mais ampla dos direitos humanos e que ela está intimamente ligada ao reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos, inclusive na esfera internacional (PIOVESAN, 2019).

Piovesan (2019) chama de *victim centric approach* a visão do direito internacional dos direitos humanos, que tem por finalidade conceder ao ser humano a melhor e mais eficaz proteção em caso de violação a direitos.

Baseado então nessas duas premissas pode-se argumentar que o que traz legitimidade ao chamado direito internacional dos direitos humanos é a primazia da dignidade humana sobre qualquer outro valor e que a busca pela máxima efetividade desses direitos é seu propósito, trazendo, por conseguinte, pacificação e justiça.

Como analisado, o ser humano é o destinatário das normas de direitos humanos e deve ter também garantido o acesso às cortes de direitos humanos para fazer valer essa proteção diante da violação concreta.

Para permitir essa participação efetiva na sociedade internacional com vistas à proteção dos direitos humanos, o Estado precisa encarar a ideia de soberania de maneira diferenciada. Esse novo modo de encarar a soberania estatal permite-lhe participar ativamente da sociedade internacional e estar aberto a se submeter as decisões dos órgãos que, por sua livre manifestação de vontade, o Estado optou por ingressar, seja como membro originário ou como aderente.

Os Estados soberanos talvez ganhem quase o mesmo que perdem ao aderir a um tratado, ao participar de uma organização internacional, ao aceitar a jurisdição de uma corte internacional. Os governos dos Estados consentem com tais arranjos que relativizam a ideia absoluta e ultrapassada de soberania, porque, em geral, esses arranjos lhes trazem benefícios e atendem aos seus interesses (ALVAREZ, 2012).

Analisar os aspectos da judicialização dos direitos humanos hoje, que verificam no homem o sujeito ativo e passivo da proteção dispensada a ele nessa condição é de grande importância quando o que se quer averiguar é a efetividade da proteção dos direitos mais caros ao ser humano.

O Estado, que antes era encarado como centro produtor e, também, único receptor das normas de direito internacional, era visto também, desde o princípio, como o violador máximo da dignidade humana, por suas ações que desrespeitavam os direitos humanos mais basilares como a liberdade, a vida e a propriedade.

Num segundo momento verificou-se que o Estado, mesmo inerte, poderia ser responsabilizado pela omissão na garantia da promoção e alcance aos direitos humanos quando, no interior de seu território, permitia que violações continuassem a acontecer com seus nacionais.

Portanto, claramente, se verifica que as violações a direitos humanos podem acontecer quando perpetradas diretamente pelo Estado e seus agentes, assim como quando o Estado se omite em promover o alcance a esses direitos ou ainda permite que violações sejam praticadas no território sob seu poder.

O Estado precisou deixar de ser “o sol” nesse sistema internacional de normas e instituições para reconhecer que essas mesmas normas e instituições, e a própria organização estatal, só existem por uma razão: promover o ser humano, garantindo uma existência digna, sua proteção e o alcance de seus objetivos. É o ser humano que deve estar no centro desse sistema. Para quem são destinadas e convergem todas as normas e meios de proteção.

Como nos ensina Cançado Trindade: “Não se pode visualizar a humanidade como sujeito de direito a partir da ótica do Estado; impõe-se reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade” (CANÇADO TRINDADE, 2003, p.206).

Um direito internacional humanizado é consequência desejada, quando a sociedade internacional toma consciência de que sua existência e organização se devem, à promoção da vida humana de maneira plena, somado ao moderno entendimento de soberania estatal.

Nesse sentido, o século XXI marca o nascimento do chamado direito internacional contemporâneo no qual uma das vertentes aponta para o reconhecimento de personalidade jurídica internacional para entidades não estatais e para o ser humano, ao lado dos já tradicionais sujeitos de direito internacional: os Estados e as organizações internacionais (TEIXEIRA, 2009).

No passado, a Igreja defendeu a doutrina social que valorizava igualmente a autonomia do ser humano e a importância da vida comunitária sem que uma excluísse a outra. Tais ensinamentos estavam presentes na Encíclica *Rerum Novarum* (1891) e foram retomados, quarenta anos depois, em 1931.

A encíclica de Pio XI estabelecia que

(...) o homem é anterior ao Estado e a sociedade doméstica tem sobre a sociedade civil uma prioridade lógica e uma prioridade real.

(...)

Assim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efetuar com a própria iniciativa e trabalho, para confiar à comunidade, do mesmo modo passar para uma comunidade maior e mais elevada o que comunidades menores e inferiores podem realizar é uma injustiça, um grave dano e perturbação da boa ordem social. O fim natural da sociedade e da sua ação é coadjuvar os seus membros e não destruí-los nem absorvê-los (SANTA SÉ, 1931).

Estavam aí lançadas as bases do princípio da subsidiariedade do Estado em detrimento do agir do cidadão. Os Estados surgiram da decisão do povo, em exercício de sua vontade geral, e desse contrato social aduz-se que o novo ente criado, deve agir de modo subsidiário, na defesa do bem comum dos próprios contratantes sem, contudo, retirar do povo suas prerrogativas e titularidades. Mas, inegavelmente, a primazia ao agir deve ser do próprio homem, detentor consciente de sua dignidade e em defesa de seus direitos mais estimados.

O princípio da subsidiariedade significou uma inovação em matéria de distribuição das atribuições na defesa dos interesses humanos. Ora atribuído ao Estado, na representação das comunidades maiores, ora atribuído aos grupos menos representativos como “as famílias, igrejas, associações, empresas, sindicatos, universidades, etc.” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 266). Vale lembrar que o Estado só poderia atuar em nome das comunidades menores em caso de necessidade e nas hipóteses em que as comunidades menores não pudessem agir em seu próprio nome.

Talvez por isso, num primeiro momento, não se permitisse a atuação direta e individual do cidadão perante as Cortes de Direitos Humanos, precisando ele requerer que suas demandas fossem apresentadas por seus Estados nacionais ou domiciliares ou por Organizações não Governamentais e Associações.

Mas isso mudou sensivelmente após o grande conflito mundial terminado em 1945. A partir daí, um incipiente e gradativo movimento de resgate da dignidade humana culminou na criação de uma teoria que reconhece no ser humano a possibilidade de ser sujeito ativo e passivo de direitos na ordem internacional. Tal ramo do direito passou a se denominar Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Direito Internacional dos Direitos Humanos é definido como um conjunto de normas internacionais criadas pela vontade dos Estados participantes da sociedade internacional que tem como objetivo a proteção do homem em face do Estado nas hipóteses de violações a seus direitos “anteriores à existência do próprio Estado” (PEREIRA, 2006, p. 182).

Sua criação é fruto do entendimento de que as violações aos direitos fundamentais resguardados pelas constituições dos Estados têm impactos que transcendem as suas fronteiras, deixando de ser problemas de direito interno e passando a ser questão relevante para o direito internacional cujo reconhecimento na sociedade internacional se deu por ocasião da Declaração Universal dos direitos do homem.

O seu fundamento está no direito natural, como já exposto e, também, no reconhecimento da inerência dos direitos humanos que antecede a teoria contratualista e a própria formação dos Estados. Citada por Cançado Trindade (2015b) como fonte do *jus gentium*, a *recta ratio* vê no ser humano um ser social, racional e dotado de dignidade intrínseca e que deve se comportar com justiça, boa-fé e benevolência. Essa razão advém de uma consciência jurídica que lhe imprime um caráter universal.

O novo paradigma do direito internacional no século XXI repousa não mais nas razões de Estado, mas na centralidade do ser humano e nos “problemas que afetam a humanidade como um todo” e assim, “se fortalece, se aprimora e se legitima” (CANÇADO TRINDADE, 2015b, p. 119 e p. 122).

Ainda que a base do respeito à dignidade humana se confunda com a moral, ela não se exerce desconectada da noção de legalidade ampla (justiça) pois já se demonstrou que a DUDH representa um dos instrumentos internacionais que revelam a existência de normas, programas ou agendas, amplamente aceitos pela sociedade internacional e, que, uma vez violados, justificam a atuação de órgãos e sistemas internacionais.

Não se trata de exigir da sociedade internacional o respeito a conceitos genéricos, mas, verdadeiramente, de normas que se impõe em razão de sua importância e que podem fazer girar as engrenagens dos sistemas internacionais de direitos humanos, pois os valores declarados em 1948 ultrapassam o perfil de meros princípios gerais de direito internacional, mas se traduzem em verdadeiro *jus cogens* internacional.

Ao demonstrar o pioneirismo da DUDH em relação ao protagonismo do ser humano no cenário internacional

A Declaração favoreceu a emergência, embora débil, tênue e obstaculizada, do indivíduo, no interior de um espaço antes reservado exclusivamente aos

Estados soberanos. Ela pôs em movimento um processo irreversível, com o qual todos deveriam se alegrar (CASSESE, 1999, p. 143).

O direito internacional dos direitos humanos, surgido em especial a partir de 1948 e da DUDH se delineia como um instrumento que “confere lastro axiológico e unidade valorativa a esse campo do direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos” (PIOVESAN, 2019, p. 61).

Tanto foi assim, que à DUDH se seguiram inúmeros outros tratados e convenções internacionais que regulamentaram, em suas áreas específicas, a mais ampla proteção ao ser humano em âmbito internacional.

Segundo Cançado Trindade (2011, p. 5) sujeitos de direito internacional são todos os seres humanos como membros da “sociedade universal”, assim eles foram descritos pela própria Declaração Universal dos Direitos Humanos e é dessa forma que devem ser percebidos: os direitos humanos são inerentes a todos os seres humanos, qualquer que seja sua condição ou peculiaridade.

Toda a construção mais recente relativa aos direitos humanos foi erigida sobre as ideias da proteção, do maior interesse do ser humano e do respeito máximo à sua dignidade.

Husek (2000) também afirmou que desde sempre o ser humano é o receptor último das normas de Direito Internacional e que não se poderia negar-lhe o reconhecimento como sujeito de direito internacional, ainda que limitadamente, como sujeito passivo, como preferem os classicistas.

Sabe-se que há ainda outras formas de participação do ser humano no plano internacional para além de seu papel de receptor da proteção das normas de direitos humanos. A primeira dessas modalidades indicada por Ramos (2019) reside no direito de comunicação tal como instituído na DUDH, artigo 24, que todo homem tem direito de apresentar suas petições e obter respostas a estas demandas. Tal direito foi regulamentado pela Resolução n. 1503 pela antiga Comissão e atual Conselho de Direitos Humanos da ONU.

A outra forma de participação que interessa especificamente à presente tese reside no direito de petição. Ramos (2019, p. 360) afirma que esse direito “consiste na reclamação de um indivíduo vítima de violação que exige e recebe uma resposta definida através de um procedimento preestabelecido”.

E, por derradeiro, haveria ainda o direito de ação perante Cortes internacionais, presente apenas no Sistema Europeu de Direitos Humanos.

Justamente, um dos obstáculos apontados para o reconhecimento de ampla personalidade internacional aos indivíduos residiria “na impossibilidade de seu acesso a procedimentos judiciais de solução de litígios entre pessoas jurídicas” ou a (falta) de legitimidade para propor procedimentos perante tribunais internacionais (SOARES, 2003, p. 155-158).

Se, em princípio, verificou-se que os indivíduos tinham obrigações, responsabilidades e direitos, mas não tinham meios para acessá-los diretamente em caso de violação, tal situação alterou-se quando, a partir de 1998, com a adoção do protocolo n. 11 à Convenção Europeia de Direitos Humanos houve mudança no modo de acesso à Corte Europeia de Direitos Humanos (CAPHLAM, 2010).

Dois fatos marcadamente contribuíram para o reconhecimento da personalidade jurídica internacional dos indivíduos: a criação do Tribunal Penal Internacional, que tem competência para julgar indivíduos por atos previstos em seu Estatuto e a possibilidade de peticionamento direto e individual à Corte Europeia de Direitos Humanos em caso de violações ocorridas a cidadãos de países do continente europeu que são signatários da Corte e seus estatutos instituidores.

Não se pode duvidar de que a criação da justiça criminal internacional e das Cortes penais internacionais tais como Nuremberg, os tribunais *ad hoc* criados para julgar os crimes praticados na ex-Iugoslávia e Ruanda, e o Tribunal Penal Internacional representam alguns dos marcos mais significativos do direito internacional contemporâneo pois, além do reconhecimento da responsabilidade dos indivíduos, eles implicam em um golpe drástico a um dos aspectos mais significativos da soberania estatal: a de que somente os Estados detinham o monopólio da força/repressão, não tomando para si essa função mas, de maneira subsidiária, estabelecendo que essa função poderá ser exercida pelas Cortes internacionais caso os Estados falhem em exercer seus poderes repressivos quando necessário, conforme constante do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (CONDORELLI e CASSESE, 2012).

A importância desses tribunais está também em reconhecer o princípio da primazia da jurisdição internacional sobre a jurisdição nacional quando os tribunais nacionais falham em garantir a responsabilização dos praticantes de atos atentatórios à dignidade humana (RAMOS, 2019).

Tanto no preâmbulo, como no artigo 1º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, há evidências do caráter complementar da jurisdição internacional às jurisdições penais nacionais, conforme se verifica do excerto abaixo

Artigo 1º É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional. O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais (BRASIL, 2002).

Mas, também, sob o prisma do acesso à justiça, a criação das cortes regionais de direitos humanos representou, por sua vez, uma ruptura no monopólio da jurisdição que antes estava restrita aos limites territoriais de cada Estado. E hoje permitem que, após esgotamento das instâncias internas, uma violação a direitos humanos possa ser levada a conhecimento de um sistema internacional criado para lidar especificamente com esse assunto.

Soares afirma que

É indiscutível haver clara atribuição de personalidade de direito internacional à pessoa humana, com as restrições factuais e os condicionamentos legais que a norma internacional pode estabelecer (como, de fato, estabelece, para qualquer outra pessoa de Direito Internacional, que não seja um Estado, reconhecido como tal por este Direito, inclusive as organizações intergovernamentais constituídas pelos Estados (SOARES, 2003, p. 155-158).

Se aqui se defende a personalidade internacional do homem como sujeito ativo e participante de uma sociedade moral é preciso também entender qual o significado dessa sociedade e quais os seus fundamentos filosóficos para além de posicionar esse sujeito dentro desse contexto.

Em verdade, desde Kant, sabe-se que o ser humano deve ser “o princípio e o fim último de todo ordenamento legal” (TEIXEIRA, 2009). Como visto, em Fundamentação da metafísica dos costumes, Kant já afirmava que o homem jamais poderia ser considerado um meio para alcance de objetivos de quem quer que fosse. O respeito à dignidade humana deveria anteceder toda e qualquer ação, fosse ela estatal ou individual.

Ao lançar as bases de uma filosofia moral, Kant propõe que uma lei, para ter conteúdo verdadeiramente moral precisa “implicar uma absoluta necessidade”. Portanto, o princípio da obrigação não deve ser buscado na natureza do homem, nem nas circunstâncias em que ele se encontra situado no mundo, mas, *a priori*, só nos

conceitos da razão pura”. Com efeito, para que uma ação seja moralmente boa, não basta que seja *conforme* com a lei moral; é preciso, além disso, que seja praticada *por causa* da mesma lei moral (KANT, 1988).

Para além do preceito jurídico internacional admitido de que “os Estados não se subordinam senão ao direito que livremente reconheceram ou construíram” (REZECK, 2003, p.3), há muito, a filosofia, ou melhor, a metafísica, já afirmava que antes da prática, vem o valor moral que deve embasar essa prática.

Portanto, se o reconhecimento dos sujeitos de direito internacional, até início do presente século, vinha de uma prática observacional dos atores da sociedade internacional, essa prática se olvidava de que, muito antes da ação deve estar o reconhecimento da moral. E, segundo a moral Kantiana, não se pode falar em filosofia sem o reconhecimento de que o homem é um fim em si mesmo e, inegavelmente, dele partem as ações e, para ele convergem as proteções, buscadas pelos Estados e pelos organismos internacionais no cenário atual onde figuram os atores do direito internacional.

Desde antes da Segunda Guerra Mundial já existiam entre os internacionalistas questionamentos acerca da existência de uma sociedade internacional e seus fundamentos. Cassese enfrenta a questão pelo viés filosófico, amplamente apresentado no presente texto, dizendo que, para sua existência, a sociedade internacional precisaria de embasamento material e espiritual e encontra esse embasamento na ideia rousseauiana da vontade geral. Portanto, para a existência da sociedade internacional, seria preciso uma vontade geral aos moldes do que também foi necessário para a formação do Estado. E justifica ainda, ao afirmar que indivíduos de diferentes nações não são completamente estranhos aos preceitos básicos de uma moral universal que reconhece que os indivíduos têm certo grau de responsabilidade pelo bem comum (CASSESE, 2008).

Caphlam completa ainda dizendo que talvez o que falte para o reconhecimento de uma sociedade internacional que tem no indivíduo o seu núcleo independente do seu Estado/nação é o sentimento de comunidade e, também, o reconhecimento de que cada Estado e indivíduo pertencem a algo maior (CAPHLAM, 2010).

Em voto concorrente, em relação ao caso Cinco Pensionistas versus Peru, de 28 de fevereiro de 2003, Cançado Trindade teve oportunidade de se manifestar sobre

o reconhecimento da capacidade integral do ser humano e da sua condição de sujeito de direito internacional nos seguintes termos:

In fact, the assertion of those juridical personality and capacity constitutes the truly revolutionary legacy of the evolution of the international legal doctrine in the second half of the XXth century. The time has come to overcome the classic limitations of the legitimatio ad causam in International Law, which have so much hindered its progressive development towards the construction of a new jus gentium (. . .) (CORTE INTERAMERICANA, CINCO PENSIONISTAS VS PERU, 2003).

Durante o processo evolutivo do Direito Internacional vislumbra-se um resgate do ser humano e seu reconhecimento como sujeito desse ramo do direito, dotado, conforme nos ensina Cançado Trindade de *legitimatio ad causam* no plano internacional. O mesmo processo que reconheceu os direitos humanos precisa garantir a correspondente capacidade processual de reivindicá-los, devendo o reivindicante estar dotado de *locus standi in judicio* em todas as etapas processuais e de *jus standi*, e segue revelando que “é da própria essência da proteção internacional o contraditório entre as vítimas, ou seus familiares, ou representantes legais e os Estados demandados” (CANÇADO TRINDADE, 2013, p.113/114, e CANÇADO TRINDADE, 2015a).

No dia em que o sistema interamericano realmente evoluir e permitir que o ser humano deixe de gozar apenas do *locus standi* para usufruir de verdadeiro *jus standi* perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, Cançado Trindade entende que se transcenderá para um estágio de verdadeira emancipação do ser humano como titular de direitos inalienáveis que lhe são inatos e que emanam diretamente do Direito Internacional e que estará finalmente realizado o ideal de plena igualdade jurídica entre os sujeitos processuais (CANÇADO TRINDADE, 2013, p. 123, tradução da autora).

Destarte, apesar da defesa de um novo *jus gentium* é sabido que os Estados, apesar de se relacionarem entre si desde os primórdios do Direito Internacional, sempre tiveram o intuito de proteger sua população, suas fronteiras, suas riquezas, de pôr fim às guerras que dizimavam seus cidadãos, em última análise, ou melhor, a razão primeira, como deseja Kant, sempre foi a defesa dos direitos humanos à pátria, à propriedade, à vida, à integridade física, direitos essencialmente individuais e não estatais. O estado existe para atender às necessidades do ser humano e não o contrário.

Ainda que por muito tempo não tenha o ser humano sido diretamente mencionado como sujeito e receptor de toda sorte de tratados e convenções, a razão primeira de todo esse arcabouço legal sempre esteve no respeito à dignidade humana, donde deve emanar a moral e a ética que devem pautar as ações de todos os atores da sociedade internacional, incluindo-se os Estados e as Organizações Internacionais.

Como já exposto, o delineamento de um novo Direito Internacional iniciou-se após 1945 quando a humanidade viu-se refletindo acerca do valor humano intrínseco, resgatando os preceitos que há muito Kant já revelava. Verificou-se que há que se manter em incessante trabalho e luta pela manutenção da dignidade humana e dos valores inegociáveis da humanidade em qualquer circunstância.

Não há exceção que se justifique em relação à proteção de direitos humanos. Nem em momentos de guerra, de transição governamental, de problemas de saúde, de fome, de quebra de mercados. Aliás, são justamente nesses momentos em que a defesa dos direitos humanos deve se fortalecer, jamais se fragilizando sob alegações de excepcionalidade.

Inexoravelmente, o reconhecimento do ser humano como sujeito ativo e passivo de direito internacional só é possível em um mundo onde o conceito de soberania é permeado por ideias humanistas e onde o princípio do *jus cogens* traz uma interpretação especial aos conflitos de normas havidos na sociedade internacional. Fala-se em um *jus cogens pro homine* ou *pro persona*, temas que foram desenvolvidos no segundo capítulo da presente tese.

Ainda que tenha sido aprovada por resolução da Assembleia Geral da ONU, a princípio sem força de lei, entende-se que a Declaração Universal dos direitos do homem de 1948 é reconhecida internacionalmente como norma cogente de direito internacional, justamente porque a proteção dos direitos humanos não pode conhecer relativização nem excepcionalidade baseada na ideia engessada de que intervenções em alegados assuntos internos de um Estado seriam indesejadas. Sabe-se que, por exemplo, permitir a entrada de membros de uma comissão de direitos humanos em um determinado Estado jamais poderia colocar em risco a soberania dele. Quando se pensa em violações que estejam sendo perpetradas nos limites do território de um determinado Estado, devem ser superados limites territoriais, linguísticos, religiosos ou governamentais.

Em análise última, verifica-se a importância da formação de um sistema internacional de proteção de direitos humanos como o fator que incrementa e fortalece o reconhecimento do ser humano como sujeito de direito internacional.

Nesse contexto é importante resgatar a ideia da autonomia. Ela consistiria, segundo Kant, em agir de acordo com a lei que representa a própria vontade. E essa vontade é moral e transcendental. A lei moral que nasce da consciência humana é a base sobre a qual se assenta a autonomia. A vontade humana é a de ver não apenas a sua dignidade, mas, também, a dignidade do outro respeitada. Portanto, seria imoral impor óbices ao exercício direto da prerrogativa de defesa jurídica de seus direitos violados, já que seria uma violação à autonomia e à liberdade. Não se pode mais admitir limites a liberdade do homem, de agir, por si próprio, na defesa de seus próprios interesses.

Pretende-se comprovar, por meio dos fundamentos filosóficos aqui expostos, que a liberdade começa com o homem, no estado da natureza, que a exerce moral e racionalmente. Posteriormente, a delega ao soberano e, modernamente, ao Estado. Entretanto, o seu titular primeiro é sempre o homem, e assim deve-se manter, quando se trata da possibilidade de ser o agente da defesa de seus próprios direitos e em busca de sua própria felicidade.

Cançado Trindade destaca que o “legado mais precioso do pensamento jus internacionalista da segunda metade do século XX reside na consolidação da personalidade e da capacidade jurídica internacional da pessoa humana” (CANÇADO TRINDADE, 2013, p. 200).

Conforme apresentado, se hoje é possível contar-se com um sistema internacional de proteção de direitos humanos, tal fato se deve à internacionalização dos direitos humanos e à humanização do direito internacional.

Nesse sentido, é de grande importância ampliar a capacidade processual do indivíduo no sistema internacional garantindo seu acesso direto às instâncias jurisdicionais de proteção dos direitos humanos e permitindo a ampliação do processo de judicialização do direito internacional como forma de munir o ser humano com os instrumentos necessários e eficazes à sua proteção.

2 O ACESSO À JUSTIÇA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS COMO SINÔNIMO DE REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA

2.1 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Como visto, há grande contribuição dos eventos históricos para o processo de humanização do direito internacional. Nesse processo houve, igualmente, uma gradativa consolidação do reconhecimento de que o respeito aos direitos fundamentais do ser humano é obrigação de todos os Estados. Ademais, essa visão mais humanista do direito internacional, revela, segundo o que se demonstrará, um resgate aos valores natos do ser humano, num viés jusnaturalista.

O termo direito internacional dos direitos humanos se refere ao sistema jurídico que inclui normas e instituições que foram criadas, para implementar e proteger os direitos de indivíduos, grupos e povos, prerrogativas definidas nas convenções internacionais e que incluem direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais (BUERGUENTHAL, 2009).

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) é fenômeno do pós-guerra pois, até então, somente se dispunha de normas esparsas e difusas e de arranjos institucionais que direcionavam seu atendimento a categorias e grupos de maneira mais isolada e que não dedicavam uma atenção focada e, ao mesmo tempo, espacialmente generalizada na proteção dos direitos humanos.

O direito internacional dos direitos humanos inicia-se com a Carta das Nações Unidas, que, em seu artigo 1º, 3, prescreve, dentre os propósitos das Nações Unidas

Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (BRASIL, 1945).

Somado a esse propósito, a Carta estabeleceu ainda, nos artigos 55, c, e 56, que tratam da cooperação internacional, que a Organização das Nações Unidas (ONU), favorecerá “o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos (...). E logo em seguida afirma que para a realização dos propósitos enumerados no artigo antecedente, “todos os membros da

Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente” (BRASIL, 1945).

Ainda que de caráter muito genérico, tais disposições geraram consequências importantes ao internacionalizarem o conceito de direitos humanos significando que os Estados passariam a ter mais consciência de suas responsabilidades em relação a esses direitos e que já não poderiam mais alegar que eventuais violações consistiriam, apenas, assuntos de caráter doméstico. Conforme Buergenthal (2009), esse novo direito se mostrava muito mais comprometido com valores que transcendem os valores puramente estatais.

Os esforços dos Estados membros da ONU em cooperar quanto aos Direitos Humanos, de conformidade com o mencionado artigo 56 da Carta, culminaram com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o primeiro e mais relevante instrumento de caráter específico sobre a matéria e que abriu as portas para muitos tratados internacionais sobre a mesma temática.

Nesse contexto, além dos primeiros instrumentos de caráter normativo e principiológico foram criados os órgãos incumbidos de sua defesa e por zelar pelo cumprimento das declarações e tratados cuja matéria fosse direitos humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217, A, III) em 10 de dezembro 1948 é um dos mais evidentes instrumentos de internacionalização dos direitos do homem acolhido através dos respectivos governos soberanos e, por conseguinte, pela maioria das pessoas no mundo, havendo consenso sobre sua validade e sobre os valores nela contidos (ONU, 1948).

Os direitos afirmados na declaração constituem um “ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos no sentido estrito da palavra, isto é, enquanto direitos positivos ou efetivos.” A declaração é algo mais do que um sistema doutrinário, porém algo menos do que um sistema de normas jurídicas” (BOBBIO, 1992, p. 29/31).

Esse momento constitui o ponto onde a sociedade internacional evoluiu, em matéria de direitos humanos, da teoria para a prática, passando, esse rol de direitos, a ganhar mais concretude.

A declaração universal de 1948 amplia o sentido de direitos humanos para abarcar todos os homens e não apenas os cidadãos de um determinado Estado e

inaugura uma fase em que os direitos do homem passam a ser protegidos “até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado” (BOBBIO, 1992, p. 30).

O próprio texto da Declaração, em seu preâmbulo, aponta que seu conteúdo tem viés principiológico ao destacar que as disposições ali contidas indicam um ideal comum a ser alcançado por todos os povos e todas as nações indicando que ela é a pedra fundamental de um longo processo evolutivo (ONU, 1948).

Os direitos humanos constituem “uma plataforma emancipatória” que surgiu em especial no pós-guerra e que fez prevalecer tanto na ordem internacional como na ordem interna dos Estados, um referencial valorativo: a dignidade da pessoa humana e sua proteção (PIOVESAN, 2019).

Uma mudança importante ocorrida no entendimento e no sentimento da sociedade internacional em relação às seríssimas violações de direitos ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial levaram à criação de diversas organizações internacionais intergovernamentais, voltadas à proteção dos direitos mais caros ao ser humano.

O inegável aumento de organizações internacionais criadas a partir do fim da Segunda Guerra Mundial iniciam uma fase de grande colaboração para a regulamentação e o funcionamento de entidades, inclusive de caráter judicial, na sociedade internacional.

Segundo o *Yearbook of International Organizations*, (1986/1987) em 1909, havia 37 organizações internacionais baseadas em convenções, em 1951, eram 123; em 1986, 337 (SAUR, 1988 *apud* ZACHER, 2000).

O crescimento do número de organizações internacionais não reflete um afastamento dos Estados do centro do palco das relações de direito internacional. Muito pelo contrário, uma vez que essas organizações têm, na maioria das vezes, caráter interestatal. Mas demonstra, por outro lado, um maior comprometimento dos Estados na busca de soluções cooperadas e de sua ampla participação na elaboração de regimes reguladores acordados em convenções internacionais de participação ampla, muito diferentes dos tratados bilaterais.

Importante ressaltar que as organizações internacionais são criadas por atos e decisões dos próprios Estados participantes da sociedade internacional e ao mesmo tempo funcionam baseadas em normas também criadas e impostas pelos Estados. Até as mais sofisticadas organizações internacionais são criação dos Estados e

trabalham sob um sistema que a Corte Internacional de Justiça chamou de “princípio da especialidade”. Isso significa que seus poderes e funções são apenas aqueles que os Estados consentiram em lhes garantir (CONDORELLI e CASSESE, 2012).

Como novos sujeitos de direito internacional, as Organizações Internacionais possuem personalidade jurídica internacional distinta da dos Estados que acordaram em sua criação e devem exercer suas competências e poderes conforme limites estabelecidos em seus atos de constituição. Esse novo ente passa a ser regido em estrito cumprimento dos deveres e das prerrogativas instituídas como sendo suas funções especiais, “limitadas pelos interesses comuns cuja promoção esses mesmos membros lhes tenham investido” (RESENDE, 2006).

As transformações ocorridas em Vestfália foram importantes e contribuíram para um moderno entendimento do direito internacional. Mas as mudanças ocorridas após a Segunda Guerra Mundial, principalmente, foram ainda mais profundas. Os Estados soberanos a partir de então adquirem consciência de sua interdependência e de que nada adianta uma autonomia absoluta se ela não for temperada pelo respeito aos direitos humanos. A tônica das relações internacionais seria dada pelos Estados que continuavam a se respeitar mutuamente e a se reconhecer como independentes, mas todos pareciam ter adquirido a consciência de que a humanidade tem um destino comum que passa pelo respeito aos direitos fundamentais.

Num primeiro momento do processo de judicialização internacional, entendeu-se que o Estado não mais poderia, ainda que por meios legais, promover atos como os que foram perpetrados pelos nazistas e fascistas durante o período que antecedeu o conflito e, também, durante a guerra, sem sofrer penalizações e arcar com as responsabilidades decorrentes.

Também não poderia o homem querer fugir de sua responsabilização pessoal vez que, por ocasião do julgamento de Nuremberg, as responsabilidades estatais e individuais pela prática de crimes contra a humanidade passaram a se tornar independentes.

Inclusive entendeu-se de maneira inovadora, nesse incipiente processo de judicialização instaurado à época do Tribunal de Nuremberg, que não apenas os Estados seriam responsabilizados, mas, também, as pessoas não poderiam se escusar da prática de atos espúrios alegando que estavam cumprindo seus deveres legais, ou que o faziam segundo tradição hierárquica militar.

Outra inovação do Tribunal de Nuremberg em matéria de judicialização do direito internacional foi a adoção do costume como fonte legal daquela Corte. A condenação criminal dos julgados pelo Tribunal se baseou na prática de crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade que, apesar de previstos no Acordo de Londres, não seguiam o princípio da anterioridade da lei penal quanto à necessidade de a conduta ilícita já estar tipificada antes da prática dos crimes. Em verdade, o Tribunal de Nuremberg acabou abrindo precedente e utilizando o costume internacional, tal como prescreve o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Segundo sentença proferida por esta Corte Internacional

O direito de guerra deve ser encontrado não apenas nos tratados, mas nos costumes e nas práticas dos Estados, que gradualmente obtém reconhecimento universal e ainda nos princípios gerais de justiça aplicados por juristas e pelas Cortes Militares. Este direito não é estático, mas está em contínua adaptação, respondendo às necessidades de um mundo em mudança (YALE LAW SCHOOL, 2021).

Segundo Clapham, seria injusto deixar que os crimes contra a humanidade ficassem impunes naquela ocasião, muito mais do que a alegada injustiça de só a partir de então passar a reconhecer que os indivíduos têm obrigações e responsabilidades perante o direito internacional. Tal reconhecimento acabou por levar alguns sujeitos à sentença de morte por enforcamento, justamente em razão das violações à essas obrigações de respeito aos direitos humanos (CLAPHAM, 2010).

Assim como foi admitida a utilização do costume internacional como base jurídica para a configuração dos crimes previstos da Carta de Londres, também é importante notar que aceitar a jurisdição dos tribunais internacionais, a força vinculativa de suas decisões e o reconhecimento do ser humano como sujeito ativo e passivo de direito internacional, representam uma evolução necessária para a mais ampla proteção dos direitos humanos.

No dizer de Teixeira (2009, p. 82), “o instituto da responsabilidade internacional do Estado foi ampliado para receber a hipótese de cometimento de ato ilícito perante o direito internacional dos direitos humanos, tendo por sujeito passivo na ação, o indivíduo”.

Flávia Piovesan conclui que

A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2006, p. 132).

Verifica-se que o reconhecimento da responsabilidade dos indivíduos como princípio de direito internacional, começou com viés criminal, passando então, o homem, a ser responsabilizado por suas condutas perante Cortes internacionais criminais, tais como o Tribunal de Nuremberg e atualmente o Tribunal Penal Internacional. Tal princípio internacional foi incluído na Carta de Londres de 1945, que estabeleceu o Tribunal de Nuremberg e foi posteriormente confirmado pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU, 1945).

Apesar de sua incipiente aplicação na área da responsabilidade internacional criminal, o artigo 58 das notas acerca da Responsabilidade dos Estados por más condutas internacionais e seus comentários, elaborado pela Comissão de Direito Internacional (CDI) da Organização das Nações Unidas em 2001, não exclui a possibilidade de que tal princípio possa ser desenvolvido para incluir também a possibilidade de responsabilização individual civil (CDI, 2001).

A jurisdicionalização do direito internacional dos direitos humanos garante a prevalência do Estado de direito, assim como o acesso direto dos indivíduos às Cortes de Direitos humanos evidencia o fato de que as soluções judiciais são a mais perfeita e evoluída forma de garantia e proteção internacional dos direitos humanos.

Cançado Trindade (2011) afirma que

The right of individual petition and the compulsory jurisdiction of the European and Inter-American Courts of Human Rights in contentious cases are fundamental clauses and constitute a matter of international ordre public, which could not be at the mercy of limitations not provided for in the treaties, invoked by the States Parties for reasons or vicissitudes of domestic law. With the consolidation of the right of individual petition before international tribunals of human rights, international protection has attained its maturity. The human being nowadays occupies the central position which he merits, as subject of both domestic and international law, amidst the process of humanization of international law, which is becoming more directly attentive to the identification and realization of common superior values and goals. The international legal titularity of the human being is now an undeniable reality, calling now for the

consolidation, in distinct human rights systems, and within the framework of the universality of human rights, of his full juridic-procedural capacity at the international level (CANÇADO TRINDADE, 2011, p. 49).

A realidade contemporânea que reúne vários tribunais internacionais é sinal incontestado dos avanços que se seguiram em busca da realização da justiça internacional, na formação gradual de um sistema de justiça internacional e da busca de uma maior efetividade nesse campo do direito, ultrapassando, finalmente, o primado da força (CANÇADO TRINDADE, 2013;2015a).

Ao analisar os eventos ocorridos durante as grandes guerras, elementos como o desprezo pela humanidade do inimigo e pelos direitos do grupo desumanizado lançaram um novo olhar sobre os atos praticados pelos Estados. Nada justificaria o que havia sido descoberto após o fim do período nazista nos campos de concentração: o extermínio em massa, a fome, a separação das famílias, os experimentos médicos e científicos realizados em cobaias humanos. O impacto, inegável, de tais fatos escancarados aos olhos da sociedade internacional são sentidos até hoje. Não poderão jamais ser esquecidos pois sentaram as bases de um sistema de proteção de direitos humanos que se descreverá nas linhas seguintes.

Reconhecer o acesso direto dos indivíduos às Cortes internacionais de direitos humanos representa uma evolução que já encontra base nos costumes europeus. Estender essa possibilidade aos demais sistemas regionais, em especial ao sistema interamericano, é uma adaptação necessária, em um mundo em evolução. É exaltar a primazia dos direitos humanos baseado no fato de que o costume internacional detém eficácia *erga omnes* e deve ser aplicado a todos os Estados independentemente de participação em tratados internacionais. Essa pode parecer uma posição radical, mas vislumbram-se os rumos do direito internacional dos direitos humanos tomando essa direção.

2.2 CRIAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS VOLTADAS AOS DIREITOS HUMANOS E OS SISTEMAS REGIONAIS

Um conjunto de transformações contribuiu para uma nova configuração do direito internacional, e, com a sua humanização, uma nova forma de encarar a soberania estatal surgiu acompanhada de um inegável incremento na institucionalização.

Como visto, com o surgimento do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos no século XX a humanidade não apenas passou a contar com normas de proteção aos seus direitos mais caros, como também, com um conjunto de órgãos que foram igualmente arquitetados para implementar, fiscalizar e efetivar esses direitos.

O direito internacional dos direitos humanos evoluiu através de dois caminhos quase concomitantes, paralelos e igualmente importantes. De um lado, o sistema de proteção que surgiu e se efetivou sob os auspícios da Organização das Nações Unidas e de outro, os chamados sistemas regionais que incluem o sistema europeu, o sistema interamericano e o sistema africano de direitos humanos.

O sistema onusiano foi o primeiro desses sistemas a ser criado. Ele compreende as declarações, convenções, órgãos e mecanismos criados dentro do sistema das Nações Unidas para implementar os poderes previstos na Carta das Nações Unidas e que lançaram as bases do processo de internacionalização dos direitos humanos.

A base legal desse sistema reside não apenas na Carta da ONU (1945), onde, de maneira genérica, se verifica que através da cooperação internacional, os Estados parte do sistema da ONU se comprometem a defender a dignidade humana, a justiça e a paz, mas também por meio de outros tratados e outros sistemas.

Ao especificar a proteção contida na Carta, os países membros da ONU adotaram, por resolução da Assembleia Geral (resolução 217, A, III), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), ocasião em que se demonstrou um esforço conjunto para definir, compilar e criar mecanismos de defesa desses direitos.

Conforme Bobbio, “A Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX” (BOBBIO, 1992, p. 34). Ela seria um resumo dos direitos já construídos e um aceno para os direitos que ainda virão a ser reconhecidos.

Após a Carta da ONU de 1945 e da Declaração Universal de 1948, vários tratados internacionais sobre a temática foram organizados e realizados pela Organização das Nações Unidas: a Convenção para prevenção e repressão do crime de genocídio (1948), a Convenção internacional para eliminação de todas as formas de discriminação racial (1966), o Pacto internacional sobre direitos civis e políticos (1966), o Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais (1966), a

Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1981), a Convenção contra tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (1984), a Convenção sobre os direitos da criança (1989), entre outras (BUERGENTHAL, 2009).

Em razão da ampla adesão e ratificação desses tratados por países membro da ONU, esses documentos acabaram atingindo status de normas costumeiras de direito internacional, vinculando, inclusive, países não participantes, em conformidade com a disposição do artigo 38, 1, b, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ) (BRASIL, 1945).

Além desses importantes instrumentos jurídico-normativos, também foram criados órgãos e agências especializadas, dentro do sistema das Nações Unidas para apoiar, facilitar e fiscalizar as condutas dos Estados membros dentre os quais, o mais importante deles seja o Conselho de Direitos Humanos, sucessor da Comissão de Direitos Humanos (BRASIL, 1945).

Após a elaboração desses documentos, era necessário ainda criar os mecanismos que assegurassem efetividade e respeito aos direitos humanos em casos de violação às disposições da DUDH e dos Pactos que se seguiram. Apesar de iniciado, esse processo de criação de mecanismos de controle se deu de forma muito tímida, pela adoção de um protocolo facultativo ao Pacto de Direitos Civis e Políticos (COMPARATO, 2004).

Tal protocolo instituía que deveriam as partes do tratado facultativo, autorizar o antigo Comitê de Direitos Humanos, hoje denominado Comissão de Direitos Humanos, a receber e examinar comunicações de indivíduos que se diziam vítimas de violações de quaisquer dos direitos declarados no Pacto.

Era reconhecida então, a competência da Comissão, para receber e examinar comunicações de indivíduos sujeitos à jurisdição dos Estados – parte do protocolo facultativo, desde que os indivíduos peticionantes demonstrassem o direito violado como sendo enumerado no Pacto de Direitos Civis e Políticos e que demonstrasse ainda haver esgotado todos os “remédios jurídicos disponíveis no direito interno”, não sendo aceitas comunicações anônimas, conforme artigos 1, 2 e 3 do referido Protocolo Facultativo (COMPARATO, 2004, p. 329/330).

Além das ações desempenhadas pelo Conselho de Direitos Humanos, também os órgãos básicos da estrutura das Nações Unidas promovem ações para

coibir a prática de violações de direitos humanos ao impor, por meio de resoluções, sanções econômicas aos países violadores e até mesmo a autorização do uso de força em casos de sérias infrações.

Importante ressaltar que órgãos e instrumentos normativos são parte desse movimento de internacionalização dos direitos humanos e são igualmente responsáveis pela promoção do indivíduo ao patamar de efetivo sujeito que tem seus direitos garantidos por esse sistema.

Acerca da “consolidação de uma arquitetura protetiva internacional” dos direitos humanos, Flávia Piovesan destaca

Que o processo de internacionalização dos direitos humanos, desde o Pós-Guerra passa a constituir tema de legítimo interesse da comunidade internacional. (...) Não mais apenas sob o prisma moral e político, mas também sob o jurídico. (...)
A arquitetura protetiva internacional compreende instituições, procedimentos e mecanismos vocacionados à salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos afetos à dignidade humana.
(...) em virtude da inexistência de uma Corte Internacional de Direitos Humanos, a proteção no sistema global restringe-se ao *power of shame* e ao *power of embarrassment* (PIOVESAN, 2019, p.269).

Inegável a importância do sistema de proteção de direitos humanos implementado pelas Nações Unidas e que assenta as bases do direito internacional dos direitos humanos contemporâneo.

Mas, como visto no capítulo anterior, além de fundamentar os direitos humanos, o grande desafio que se apresenta à comunidade internacional é criar os mecanismos e órgãos que formarão um conjunto de garantias e que, realmente, efetivarão os direitos consagrados pelos diversos sistemas.

Outros passos em busca da efetividade do sistema onusiano de proteção de direitos humanos poderiam consistir em tornar os tratados de direitos humanos firmados sob sua organização em tratados de adesão obrigatória para todos os membros da ONU, dispensando-se a ratificação e, ainda, a possível criação de um tribunal internacional com jurisdição obrigatória. Mas, infelizmente, razões políticas de Estados Membros do sistema onusiano nunca permitiram sua melhor participação no campo dos direitos humanos (COMPARATO, 2004).

Buergenthal reconhece que o sistema das Nações Unidas tem melhores condições de lidar com violações de direitos humanos ocorridas em maior escala, mas que, infelizmente, falha ao dar uma proteção mais individualizada àqueles que sofrem

violações mais pontuais aos seus direitos e, nessa seara, igualmente reconhece que os sistemas regionais se mostram mais efetivos. Afirma também, que a grande falha do sistema onusiano, reside justamente na sua suscetibilidade à politização (BUERGUENTHAL, 2009).

Além da criação da Organização das Nações Unidas e dos importantes instrumentos de proteção de direitos humanos firmados através dessa instituição de caráter global, foram criadas, em âmbito regional, outras organizações que, dentre diferentes finalidades, tinham foco também na proteção dos direitos humanos em âmbito continental.

Enquanto as organizações de maior amplitude de atuação, como a ONU, tendem a tomar decisões mais generalizadas e políticas, as organizações de atuação regional, com menor número de Estados parte, tem maior possibilidade de obterem consenso e firmarem tratados mais específicos porque essas regiões podem ser mais homogêneas.

A homogeneidade dos Estados parte de uma organização regional pode não ser baseada em língua, tradições ou cultura, mas, em objetivos comuns, ou mesmo embasada no grau de maturidade de sua organização política, como é o caso do Conselho da Europa. Podem ainda apresentar grande proximidade linguística, histórica e cultural, mas divergirem em estágio de desenvolvimento de suas instituições nacionais e quanto ao entendimento acerca da participação na sociedade internacional e regional, além de apresentarem estágios evolutivos diferentes em matéria de proteção de direitos humanos, como ocorre na Organização dos Estados Americanos.

Sabe-se que os três sistemas regionais visam complementar a proteção dos direitos humanos realizada pela ONU ao prover normas e mecanismos adequados às peculiaridades de cada região, tais como suas tradições, aspectos culturais e históricos (BUERGUENTHAL, 2009).⁴

As Organizações Internacionais Intergovernamentais Regionais e, em especial, os Tribunais Internacionais regionais foram criados com a finalidade de julgar violações a direitos humanos, e representam um avanço jurídico vez que não permitem que as violações sejam analisadas apenas por órgãos políticos como o que

⁴ A presente tese apresenta um recorte metodológico e, por dever científico, tal recorte será respeitado analisando-se exclusivamente, as duas primeiras organizações de modo comparativo

ocorre na ONU, mas por órgãos jurisdicionais, o que mostra a necessidade de que os sistemas se mantenham em constante atualização e aprimoramento de suas funções e estrutura.

Tais organizações são a Organização dos Estados Americanos, o Conselho da Europa e a Organização da União Africana.

Os sistemas global e regional coexistem e se complementam além de servirem como mais opções subsidiárias aos sistemas nacionais de proteção ao oferecerem um caminho em busca da maior efetividade dos direitos humanos.

Piovesan (2019, p. 119) acrescenta que a razão para a coexistência dos sistemas global e regional reside em “ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos” garantindo maior eficácia à proteção ofertada às vítimas de violações de direitos humanos.

A própria Carta da Organização dos Estados Americanos em seu artigo 1º, que trata de sua natureza como organização e de seus propósitos, prevê que o sistema interamericano faz parte do sistema onusiano, nos seguintes termos: "Dentro das Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos constitui um organismo regional" (BRASIL, 1952).

Historicamente, o primeiro desses sistemas a surgir foi o Europeu. É também o mais consolidado e efetivo dos sistemas e que influencia os demais sistemas regionais de proteção de direitos humanos, servindo de exemplo e modelo para os demais. Dentre seus valores e objetivos pretende afirmar a importância da democracia, do Estado de Direito e dos próprios direitos humanos.

Tem como marco legal a Convenção Europeia de Direitos Humanos, surgida após a Segunda Guerra Mundial. E, em meio a um processo significativo de aproximação e integração dos países da Europa Ocidental, que depois se espalharia para os demais países do continente europeu, teve por objetivo a aproximação econômica e o auxílio técnico mútuo num primeiro momento, mas, no momento seguinte preocupou-se, também, com o resgate e valorização dos direitos humanos e com a gestão democrática dos Estados.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos foi adotada em novembro de 1950 e elaborada no âmbito do Conselho da Europa (CONSELHO DA EUROPA, 1950).

Ela é considerada inovadora por vários motivos, mas um deles se destaca e é justamente a concepção de que os direitos humanos ali reconhecidos se apresentam como verdadeiros *standards*, cabendo aos Estados parte supervisionar o respeito a esses direitos. Certas violações a direitos humanos deixaram de ser reconhecidas como assunto de soberania nacional dos Estados, como se pode ver pelo artigo 33 da Convenção europeia, sob o título Assuntos interestaduais: “Qualquer Alta Parte Contratante pode submeter ao Tribunal qualquer violação das disposições da Convenção e dos seus protocolos que creia poder ser imputada a outra Alta Parte Contratante” (CONSELHO DA EUROPA, 1950).

Completa Flávia Piovesan que

Os Estados estão preparados para aceitar a competência de um Tribunal Internacional para examinar questões atinentes ao seu próprio direito interno e práticas internas, porque eles se comprometeram, em resposta aos horrores e às atrocidades da Segunda Guerra Mundial, a observar parâmetros protetivos mínimos de direitos humanos no Continente Europeu (PIOVESAN, 2019, p. 130).

Dentre outras previsões importantes, merece destaque o entendimento de que a aplicação da Convenção Europeia não exclui a atuação dos sistemas nacionais de proteção e estabelece que os Estados devem tomar medidas visando à implementação da própria Convenção, retirando de sua legislação interna, todos os óbices para a compatibilidade das ordens jurídicas nacional e internacional, como se pode verificar pelo artigo 53, sob o título “Salvaguarda dos direitos do homem reconhecidos por outra via”, transcrito a seguir:

Nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte (CONSELHO DA EUROPA, 1950).

A par do instrumento normativo principal, qual seja, a já mencionada Convenção Europeia de Direitos Humanos, o sistema europeu instituiu um sistema de proteção e monitoramento formado por órgãos como a Comissão Europeia de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos. Esse sistema de monitoramento permitia que um Estado pudesse monitorar o status e a proteção aos direitos humanos ofertados por outro Estado Membro (PIOVESAN, 2019).

Qualquer Estado parte poderia denunciar outro Estado parte, em virtude de afronta à Convenção. Essas denúncias eram inicialmente apresentadas à Comissão Europeia de Direitos Humanos, nos termos do então vigente artigo 24. Também competia à Comissão, nos termos originais da convenção (artigo 25), apreciar petições submetidas por indivíduos, ONGs ou grupos de indivíduos que relatavam violações a direitos humanos (CONSELHO DA EUROPA, 1950).

Realizando um exame prévio de admissibilidade das referidas denúncias, a Comissão, implementava suas atividades regulamentares. Após tentativas de resolução das questões por meios administrativos e/ou a elaboração de relatórios, cabia à Comissão resolver se os casos deveriam ser apresentados à Corte Europeia de Direitos Humanos.

Esse último órgão, a Corte Europeia, era dotado de competência jurisdicional para apreciar os casos submetidos pela Comissão. Se o caso não fosse submetido à Corte, poderia ser decidido pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa. Em ambos os casos a decisão era juridicamente vinculante.

Segundo o artigo 46 da Convenção Europeia era atribuída à Corte, até então de atuação temporária, a competência para apreciar as demandas submetidas pela Comissão.

O protocolo n. 11 de 1998, modificou o texto da Convenção e os órgãos formadores do Sistema Europeu e suas competências. Trata-se de uma das diferenças marcantes entre o sistema europeu e o interamericano na atualidade.

Conforme texto autêntico em português, as razões que levaram à edição e aprovação de tal protocolo seriam, dentre outras: reforçar a eficácia da proteção dos direitos humanos, face ao aumento do número de petições e do número de membros do Conselho da Europa e, também, tornar o Tribunal Europeu de direitos humanos, um órgão de atuação permanente; além de extinguir as funções da Comissão Europeia de direitos humanos, tais como existiam até então (PORTUGAL, 1997).

Ao alterar os artigos 19 a 51 do texto original da Convenção Europeia, o protocolo n. 11 traçou novos contornos ao acesso à justiça de direitos humanos no continente, tendo como referencial os objetivos já apontados.

As mudanças são: o caráter permanente do funcionamento do tribunal e o aumento do número de juízes para ser equivalente ao número de Altas Partes Contratantes da Convenção Europeia.

Na forma do artigo 27, 1, reformado, o Tribunal passa a atuar amparado por comitês formados por três juízes cada e em seções compostas por 7 juízes cada, também chamadas de câmaras, para analisar a admissibilidade das petições apresentadas (PORTUGAL, 1997).

Mas, sem dúvida o artigo mais importante é o 34 que trata da possibilidade de apresentação de petições individuais e diretas à Corte.

O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus Protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem-se a não criar qualquer entrave ao exercício *efectivo* desse direito (PORTUGAL, 1997).

Verifica-se que andou bem o Sistema Europeu quando realizou tais inovações diferentemente do sistema correspondente nas Américas. Tornou-se, em razão de tal fato, o sistema regional de proteção de direitos humanos mais consolidado. Mas as modificações não pararam nesse protocolo. O sistema Europeu continua em constante expansão e evolução.

Em razão do seu viés mais aberto ao recebimento de petições individuais o tribunal acabou se tornando uma espécie de Corte Suprema Europeia em matéria de direitos humanos. A convenção alcançou status de direito interno na maioria dos países membro e, dessa forma, as disposições da Convenção Europeia puderam ser invocadas igualmente perante as jurisdições nacionais, criando um sistema ao qual o cidadão europeu recorre em caso de violação aos seus direitos. Em razão dessa ampla adesão, a grande maioria dos países europeus cumpre rigorosamente as disposições convencionais (BUERGUENTHAL, 2009).

Em relação ao Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos, formado nove anos depois do Europeu e, em muito espelhado na sua sistemática inaugural, cumpre destacar que teve um contexto histórico diverso do seu par Europeu e, também, que abarcou países membro de realidades muito distintas.

Apesar de não ter sido palco dos horrores da Segunda Guerra Mundial as Américas padeciam de elevado grau de pobreza de seus povos e de grande desigualdade social. O ambiente favorável a governos ditatoriais e as diferenças sociais, políticas e culturais tão diversas, deixaram marcas no sistema interamericano que se refletiram em suas normas edificantes e em seus órgãos componentes.

O instrumento mais importante do Sistema Interamericano é o Pacto de San José da Costa Rica. Firmado em 1969, só entrou em vigor, segundo os mecanismos estabelecidos na própria Convenção, em 1978, quando foi depositado o décimo primeiro instrumento de ratificação, na forma do artigo 74, 2, do Pacto de San José da Costa Rica (OEA, 1969).

Tratava-se de um período de transição marcado pelo fim de ditaduras na América Latina e da retomada do modelo democrático de Estado, baseado em governantes eleitos diretamente pelos cidadãos dos países membro. Naquele momento de grande importância, havia anseio pelo resgate aos direitos humanos e pelo desenvolvimento da região.

Assim como no sistema Europeu, os países membros do sistema interamericano tiveram que, em razão dos deveres estipulados nos diversos artigos da Convenção Americana, adotar uma função ao mesmo tempo positiva de assecuração de que seus cidadãos não sofreriam violações a seus direitos humanos por suas próprias ações. Mas também tomaram para si a obrigação de defender seus cidadãos contra violações não cometidas diretamente pelo Estado, mas ocorridas no interior de seus territórios.

Tomas Buergenthal, nos esclarece

Os Estados partes na Convenção Americana tem a obrigação não apenas de 'respeitar' esses direitos garantidos na Convenção, mas também de 'assegurar' o seu livre e pleno exercício. Um governo tem, conseqüentemente, obrigações positivas e negativas relativamente à Convenção Americana. De um lado, há a obrigação de não violar direitos individuais; por exemplo, há o dever de não torturar um indivíduo ou de não privá-lo de um julgamento justo. Mas a obrigação do Estado vai além desse dever negativo e pode requerer a adoção de medidas afirmativas necessárias e razoáveis, em determinadas circunstâncias, para assegurar o pleno exercício dos direitos garantidos pela Convenção Americana. (...) Os Estados têm, conseqüentemente, deveres positivos e negativos, ou seja, eles têm a obrigação de não violar os direitos garantidos pela Convenção e tem o dever de adotar as medidas necessárias e razoáveis para assegurar o pleno exercício desses direitos (BUERGENTHAL, 2009).

A Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), adotada em Bogotá, em 1948, continha menções esparsas à proteção dos direitos do homem. Como se pode perceber dentre seus princípios elencados no artigo 3º, I, "Os Estados Americanos proclamam os direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo" (BRASIL, 1952).

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, por sua vez, continha um substancial rol de direitos humanos e foi adotada sob a forma de uma resolução não vinculativa (Resolução XXX), pela mesma conferência que adotou a Carta da Organização dos Estados Americanos (IX Conferência de Bogotá de 1948).

Até que a Declaração entrasse em vigor, a proteção dos direitos humanos em âmbito americano era realizada de forma incipiente e superficial. Somente a partir da década de 1960 do século XX é que foi realmente implementada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, prevista inicialmente na Carta da OEA em seu artigo 112 a quem, finalmente, foi delegada a competência de fazer valer a Declaração.⁵

Em um primeiro momento, o trabalho desempenhado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos se limitava à realização de visitas e vistorias nos Estados Membros da OEA e a elaborar pareceres e relatórios sobre a situação dos direitos humanos na região, apresentando os mesmos à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, requerendo providências dos Estados em relação às violações (BUERGUENTHAL, 2009).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, foi concluída apenas em 1969, porém só entrou em vigor a partir de 1978, data em que se completaram as onze ratificações necessárias para tal mister, na forma do artigo 74 (OEA, 1969).

O sistema Americano é composto pela Comissão Interamericana e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, seguindo o modelo inicialmente adotado pelo sistema Europeu.

A Comissão Interamericana foi criada em 1959, antes da própria Convenção Americana de Direitos Humanos que, como visto, é de 1969. Seus primeiros objetivos eram a promoção dos direitos elencados na Carta da Organização dos Estados Americanos e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do homem, ambas de 1948 (PIOVESAN, 2019).

Dentre suas competências, cabe à Comissão a observância e a promoção dos direitos humanos na América, podendo fazer recomendações aos Estados partes,

⁵ Trata-se do atual artigo 106 da Carta da Organização dos Estados Americanos (renumerado pelo Decreto n. 2677 de 17 de julho de 1998, que promulgou o Protocolo de Manágua, assinado em 1993. (BRASIL, Legislação de Direito Internacional. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009).

realizando e apresentando relatórios que mostrem o estágio da proteção dos direitos humanos na região, solicitar aos governos dos Estados membro informações que sejam concernentes à aplicação da Convenção e submeter relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. Mas suas competências incluem também a análise de petições e outras comunicações apresentadas a ela sobre violações a direitos humanos, na forma dos artigos 41 a 47 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos quando, então, a Comissão poderia decidir por submeter à jurisdição da Corte Interamericana, alguns desses casos (OEA, 1969).

Todos os países membros da Convenção são obrigados a aceitar a competência da Comissão. Um dos requisitos para o recebimento das petições que relatem violações a direitos humanos, perpetradas por Estados-membros ou ainda ocorridas dentro de seus territórios é o prévio esgotamento dos recursos internos, salvo nos casos de demora injustificada na prestação jurisdicional interna ou ainda no caso de a legislação interna não contemplar o devido processo legal. Outro requisito de admissibilidade é a inexistência de litispendência internacional.

Depois de recebida a petição pela Comissão e de realizada a etapa prévia de admissibilidade, na forma do artigo 46 da Convenção (OEA, 1969), inicia-se um contraditório que busca informações e são realizadas investigações para entender e embasar o pedido.

Se não for possível a entrega de uma solução amigável para a contenda, poderá a Comissão encaminhar parecer à Corte Interamericana de Direitos Humanos demonstrando as conclusões a que a Comissão chegou sobre o caso e das razões para a sua submissão à jurisdição da Corte.

O Sistema Americano, diferentemente de seu correlato Europeu não assegura o direito de acesso direto à Corte por indivíduos ou grupos de indivíduos (artigo 34 da Convenção Europeia modificado pelo Protocolo n. 11). No sistema interamericano somente a própria Comissão ou os Estados parte podem submeter um caso à Corte, conforme artigo 61 da Convenção Americana (OEA,1969).

Ainda que não realizada diretamente pela vítima, por meio da apresentação de uma petição individual diretamente à Corte, a submissão de casos pela Comissão é considerada um meio de judicialização do sistema americano, pois as reformas mais recentemente implementadas pelo novo regulamento da Comissão, na visão de Piovesan (2019), reduziram a discricionariedade política deste órgão.

Entretanto, necessário ressaltar que a submissão de casos à Corte depende da aceitação da competência jurisdicional desta pelo Estado parte que é acusado de violações a direitos humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem competência consultiva e contenciosa, como a Corte Europeia. Qualquer Estado membro pode submeter dúvidas acerca da aplicação da Convenção à Corte, mas apenas os Estados e a Comissão Interamericana dispõem da competência para conhecer de litígios, nos termos do artigo 62 da Convenção (OEA, 1969).

Augusto Cançado Trindade defende que a jurisdição da Corte não deve sofrer limitações e que todos os Estados parte da Convenção deveriam se submeter a ela, sem restrições. Ele acrescenta que

sob as cláusulas da jurisdição obrigatória e do direito de petição individual se ergue todo o mecanismo de salvaguarda internacional do ser humano, razão pela qual me permito designá-las verdadeiras cláusulas pétreas de proteção internacional dos direitos da pessoa humana (CANÇADO TRINDADE, 2011, p.29 e CANÇADO TRINDADE, 2015a).

Até o fim de 2018, entretanto, apenas 22 dos 35 Estados-membro da Convenção Americana reconheciam a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Apesar da impossibilidade de apresentarem seus pedidos diretamente à Corte, os indivíduos, em razão das modificações implementadas nas normas procedimentais desse órgão jurisdicional, poderão submeter de forma autônoma, seus argumentos, arrazoados e provas perante a Corte, conforme artigo 23 do Regulamento reformado. Eles não têm poder de instaurar procedimentos por meio de pedidos diretamente direcionados à Corte, mas uma vez aberto o processo, poderão comunicar-se diretamente com ela.

Os sistemas global e regional coexistem e são complementares, mas, mostram-se, sem dúvida, mais efetivos e consolidados, pela atuação localizada pois, “a proximidade que deriva da conjugação da geografia com concepções compartilhadas sobre as formas de conceber a vida em sociedade” demonstram uma maior sensibilidade jurídica dos Tribunais regionais e permitem uma melhor aplicação dos tratados de proteção de direitos humanos às realidades em que eles se inserem. “Esta proximidade é manifesta no sistema europeu, que é o mais consolidado dos sistemas regionais” (LAFER, 1988, p.19).

Essa sensibilidade poderia ser direcionada para a criação de uma concepção multicultural de direitos humanos que seria fruto de um diálogo intercultural. A isso, Flores (2009) chama de universalismo de confluência. Essa visão contribui com a presente tese à medida em que a adoção do modelo de acesso europeu pela Corte interamericana deve ser fruto de diálogo e de observação, com a necessária sensibilidade, daquilo que pode ser aproveitado em benefício da maior eficácia do Sistema interamericano, tendo como ponto de chegada ou confluência a maior eficácia dos direitos humanos no sistema interamericano.

O diálogo proposto na presente tese pode favorecer o reconhecimento das realidades, o respeito à diversidade, não apenas adotando um modelo eurocêntrico, mas adaptando as peculiaridades do sistema interamericano àquilo que pode favorecer a proteção dos direitos humanos na região.

A mudança tendente a reconhecer a possibilidade de atuação permanente da Corte Interamericana e da possibilidade de acesso direto à Corte por indivíduos, grupos de indivíduos e ONGS deve ser fruto de uma decisão reflexiva e não uma mera superposição de estruturas e normas.

Como se verifica, esse processo de institucionalização e de judicialização da proteção dos direitos humanos parte de um sistema global, de atuação política e descentralizada na esfera cível e de atuação jurisdicional em matéria penal, e passa a incluir os sistemas regionais que vem gradativamente, também, judicializando as violações de direitos humanos.

2.3 O ACESSO DIRETO À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, POR MEIO DA PETIÇÃO INDIVIDUAL COMO FORMA DE GARANTIR A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Sabe-se que a justiça não é unicamente alcançada pela judicialização da questão controvertida, mas essa, sem dúvida, se apresenta como a mais evidente dessas formas.

Conforme Ihering (2021, p.6)

O direito não é uma ideia lógica, porém ideia de força; é a razão por que a justiça, que sustenta em uma das mãos a balança em que pesa o direito, empunha na outra a espada que serve para fazê-lo valer. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é o direito impotente;

completam-se mutuamente: e, na realidade, o direito só reina quando a força dispendida pela justiça para empunhar a espada corresponde à habilidade que emprega em manejar a balança.

Para aplicar e tornar eficazes os tratados internacionais de direitos humanos são necessárias Cortes cuja competência e atuação sejam reconhecidas por toda a sociedade internacional assim como o protagonismo do ser humano para reivindicar essa proteção.

Norberto Bobbio (1992, p. 38) completa afirmando que a proteção dos direitos humanos só vai se concretizar através do reconhecimento de uma jurisdição internacional capaz de dizer o direito “contra os Estados e em defesa dos cidadãos”.

Cançado Trindade, histórico defensor do protagonismo humano e fervoroso advogado do acesso direto dos indivíduos às Cortes Internacionais de Direitos Humanos apresenta quatro justificativas para fazê-lo: primeiro porque esse acesso representa a essência do direito internacional dos direitos humanos; segundo porque tal acesso corresponde à etapa mais importante na evolução do reconhecimento do homem como sujeito de direito internacional; terceiro porque o acesso direto do indivíduo aos sistemas regionais de direitos humanos é objetivo, ainda que não expresso, de todo o ordenamento protetivo do ser humano; quarto, mas não menos importante, porque a solução judicial é, na visão do mencionado autor e ex magistrado da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o mais perfeito e avançado meio de garantia e efetividade dos direitos humanos em âmbito supra estatal (CANÇADO TRINDADE, 2011).

Piovesan (2019, p. 89/91) expõe que “A consolidação do Estado de Direito no plano internacional, regional e local demanda o fortalecimento da justiça internacional”. Ela justifica tal afirmação ao constatar que no Estado democrático de direito, quem dá a última palavra é o judiciário, uma vez que detém o poder de dizer o direito. O processo chamado de justicialização do direito internacional por Piovesan representa um marco na tensão entre “o direito da força e a força do direito” e relembra a visão de Ihering exposta alhures.

Se direitos humanos e Estado de direito se relacionam, é preciso reconhecer a competência das Cortes internacionais de direitos humanos e atribuir às suas decisões força vinculativa.

A possibilidade de recorrer aos órgãos componentes do poder judiciário de um Estado em caso de lesão ou ameaça de lesão a direitos fundamentais, assegura-

se pelo direito de petição aos órgãos nacionais, podendo-se recorrer às mais altas instâncias da Justiça, para a apreciação desses pleitos. Não se pode olvidar que o cidadão conta hoje, por meios diretos ou indiretos, com sistemas regionais de proteção de direitos humanos aos quais poderá acessar após esgotadas as instâncias internas.

A proteção interna e internacional contra a violação dos direitos humanos reconhece a subjetividade internacional da pessoa humana que é, ao mesmo tempo, titular de direitos materiais ou subjetivos e de direitos processuais ou adjetivos, destinados à sua mais ampla defesa.

O reconhecimento da titularidade de direitos ao ser humano na ordem internacional é materializado com a possibilidade de peticionamento individual e direto perante as Cortes de Direitos Humanos (CANÇADO TRINDADE, 2011).

Acerca dessa possibilidade, Cançado Trindade, na condição de Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos já teve oportunidade de se manifestar, em seu voto, nos seguintes termos:

O direito à petição individual compreende, de fato, a última esperança daqueles que não encontraram justiça em nível nacional. E não hesitaria em acrescentar me permitindo a seguinte metáfora: que o direito à petição individual é, sem dúvida, a estrela mais brilhante no universo dos direitos humanos (CORTE IDH - CASTILLO PETRUZZI E OUTROS VERSUS PERU, 1998).

Em verdade, é preciso materializar a capacidade processual internacional dos indivíduos, reconhecendo-lhes o necessário *locus standi in judicio* uma vez que a garantia dos direitos sem permissão para instrumentalização dos mesmos não condiz com a máxima proteção ao ser humano.

Evidencia-se que ao lado da conquista do reconhecimento dos direitos inerentes ao homem e mais caros à sua existência com dignidade, deve-se primar pela existência de sistemas de proteção que garantam os meios e ações assecuratórios dessas prerrogativas. Bobbio ao defender que, assim como os indivíduos foram alçados à efetivos sujeitos da comunidade internacional com capacidade jurídica ativa e passiva, deve-se buscar o modo mais enfático para garantir esses direitos e para que eles deixem de ser continuamente violados (BOBBIO, 1992).

Verificando essa premissa política, percebe-se que há muito o mundo discute direitos humanos e já consagra, como visto, tais direitos como indisponíveis e indivisíveis e que as esferas de aplicação das normas protetivas de direitos humanos são complementares no sentido de que os sistemas e mecanismos de proteção e as jurisdições dos diversos países se unem aos órgãos jurisdicionais internacionais e sistemas internacionais e regionais no zelo e guarda das prerrogativas mais caras ao ser humano (CANÇADO TRINDADE, 2006).

Ferrajoli entende que é importante resguardar o acesso à justiça como forma de reparar ou sancionar judicialmente as violações a direitos humanos e ainda ultrapassar a imposição da força sobre o direito. Afirmar ainda que “a justicialização dos direitos humanos é um passo adiante na viabilização da força do Direito” (FERRAJOLI, 2002, p. 11).

A esses mecanismos e sistemas se soma o princípio da prevalência dos direitos humanos e da solução que sempre primará pela aplicação da norma que melhor proteja o ser humano, quer essa norma tenha origem nacional ou internacional (CANÇADO TRINDADE, 2006).

Entre os inúmeros avanços e retrocessos vividos quanto à proteção dos direitos humanos, o que é característico da própria condição humana e dos avanços e retrocessos vividos no mundo nos últimos anos, um ponto se destaca na defesa desses direitos: o constante e inequívoco reconhecimento da necessidade de participação do ser humano, diretamente, nesse processo, em especial, por seu direito de acesso às cortes internacionais.

Além disso, Piovesan lembra que os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos se consolidam como estratégias eficazes de proteção a violações, principalmente quando as instituições nacionais se mostram omissas ou falhas. Tais sistemas devem impedir retrocessos e apoiar avanços no regime de proteção de direitos humanos e estarem baseados “no valor da absoluta prevalência da dignidade humana” (PIOVESAN, 2006, p. 251).

Cançado Trindade afirma que “o acesso à justiça passa a ser entendido, *latu sensu*, a abarcar o direito à realização da justiça. (...) e se fortalece no processo de jurisdicionalização da proteção internacional dos direitos humanos” (CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 427).

Capelletti (1988) destaca que o acesso à justiça é requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar direitos humanos. E, ainda que o que se busque, num primeiro momento, em matéria de efetividade de acesso à justiça e direitos humanos, seja representado pelo direito de petição direta às Cortes Direitos Humanos, deve-se reconhecer que garantir o verdadeiro acesso à justiça não se restringe a poder propor ou contestar uma ação, mas, principalmente, ter acesso a um processo justo, igualitário, efetivo, que respeite o contraditório e a ampla defesa, como meio de promoção dos direitos fundamentais do ser humano e que, ao final alcance uma solução para a questão controvertida.

Gonçalves (2014, p. 50) defende a ideia de que “o direito de acesso à justiça deve ser visto como direito humano instrumental que visa promover a efetivação e a garantia dos demais direitos humanos e que, em conclusão o direito de acesso à justiça representa o exercício da cidadania”.

No contexto da presente tese, a cidadania deve ser entendida em seu sentido internacionalista, ou seja, de que o ser humano é cidadão da sociedade internacional e que goza de direitos e deveres dentro dessa sociedade.

Hanna Arendt (2022) já se manifestou sobre o sentido internacional da cidadania ao se referir ao problema da apatridia e suas consequências para a implantação do totalitarismo. A cidadania defendida pela autora é reconhecida para além dos limites geográficos e políticos dos Estados. O direito a ter direitos deveria ser garantido por tratados e Convenções internacionais que garantem proteção na ordem internacional.

Os direitos elencados nos diversos tratados de Direitos Humanos se aplicam indistintamente, não interessando a nacionalidade de seus sujeitos e não dependem de uma promessa de reciprocidade que era típica dos tratados internacionais clássicos. São instrumentos que impõe obrigações e responsabilidades a todos os signatários. Mas que, em verdade, deveriam ser alçados à categoria de direitos de ordem pública internacional, justamente porque sua temática suplanta a necessidade de ratificação para sua observância. São fruto de uma nova consciência jurídica universal inaugurada no período pós-Segunda Guerra Mundial (SOUZA, 2020).

Ultrapassadas as etapas de criação de normas internacionais de direitos humanos e de criação de instituições internacionais de atuação ampla e especializada

na proteção desses direitos, encontramos-nos na fase mais desafiadora: a da efetiva implementação dos sistemas e aplicação das normas, com reconhecimento irrestrito da capacidade humana para ser sujeito de direitos, ativa e passivamente, na ordem internacional.

O homem é sujeito passivo dessa proteção, mas pode, também, ativamente, reclamar a falta dela quando se vê subjugado em seus direitos fundamentais. Permitir o mecanismo da petição individual a todos os órgãos e cortes com competência para conhecer sobre as violações a direitos humanos, é condição essencial na busca da efetividade desses direitos e da realização da justiça.

O reconhecimento da capacidade jurídica ativa dos ser humano, conforme Cançado Trindade contribui para a consolidação do Estado de Direito, para a realização da justiça em nível internacional e atende ainda à uma antiga aspiração da humanidade (CANÇADO TRINDADE, 2011).

Como a barreira para o efetivo direito ao peticionamento direto insiste em permanecer no sistema americano entende-se que deveria ser elaborada uma proposta de protocolo adicional aos instrumentos interamericanos de proteção de direitos humanos, com base nos avanços conseguidos com a assinatura do protocolo n. 11 de 1998, pelo Conselho da Europa, que extinguiu a Comissão de Direitos Humanos Europeia e que exercia papel semelhante ao exercido por sua congênere americana, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Cançado Trindade (2013) elaborou um projeto de protocolo à Convenção Interamericana de Direitos Humanos e o apresentou à OEA em 2001. Ele propôs mudanças ao artigo 62 da Convenção que tornariam obrigatória a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em matéria contenciosa, para todos os membros da OEA, sem possibilidade de restrições.

Na Europa, com a extinção da Comissão Europeia de seu sistema de proteção de direitos humanos, conseguiu-se maior efetividade na prestação jurisdicional e um mais amplo acesso à justiça, por parte de seus jurisdicionados, portanto, solução semelhante deveria ocorrer no Sistema Interamericano.

Ao analisar o número de petições pendentes perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, Cançado Trindade (2013, p. 194) conclui que, o avassalador número de petições apresentadas à essa Corte após as mudanças ocorridas em razão do protocolo n. 11 representa o fato de que “a linguagem dos direitos humanos

alcançou, enfim, as bases das sociedades nacionais”. O referido protocolo contribuiu para a popularização do procedimento da petição individual e direta ao Tribunal e para o fortalecimento dos direitos humanos em geral.

O sistema de conhecimento das violações de direitos humanos existente na América, feito em etapas de admissão, por órgão prévio de análise e tomada de medidas de cunho político/administrativo em relação aos Estados que ratificaram a Convenção, é visto como empecilho ao acesso direto do indivíduo à Corte Interamericana de Direitos Humanos, e, por conseguinte, um entrave à efetiva defesa e aplicabilidade dos direitos humanos em âmbito regional.

A existência de uma fase precedente de análise dos casos submetidos ao Sistema Interamericano, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, eventualmente dificulta o acesso direto à Justiça e sua realização.

A possibilidade de acesso direto, por meio de petições individuais dirigidas à Corte Interamericana de Direitos Humanos, e uma prévia fase de análise e conhecimento, realizada pela própria Corte, poderia trazer maior celeridade na solução das violações denunciadas, em sua cessação, na coibição de ocorrências semelhantes no futuro e numa prestação jurisdicional especializada mais efetiva.

Evidencia-se que ao lado da conquista do reconhecimento universal dos direitos inerentes ao homem e mais caros à sua existência com dignidade, deve-se primar pelo célere funcionamento de sistemas de proteção que garantam os meios e ações assecuratórios dessas prerrogativas, em busca dos caminhos que assegurem de forma mais simplificada e eficiente essa proteção.

Importante lembrar que o Pacto de São José da Costa Rica de 1969, base do Sistema Interamericano, reafirma o desejo de os Estados Signatários, dentre eles o Brasil, em fortalecer o regime de liberdades pessoais e de justiça social no âmbito de sua aplicação, fundado no respeito aos direitos mais essenciais do homem. É inegavelmente necessária a criação das condições e mecanismos para implementação da mais ampla proteção dos direitos humanos.

A própria Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 7º, dos atos das disposições constitucionais transitórias, prevê que “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos” (BRASIL, 1988). Isso demonstra a inclinação do Estado brasileiro, membro originário da OEA para a criação de uma corte, e se ela já existe, e o Brasil já reconhece sua jurisdição, em prol da primazia

dos direitos humanos, princípio que também se faz presente no texto da Carta Magna brasileira – artigos 1º, III e 4º, II - deve o País defender a jurisdição da Corte como obrigatória a todos os países membros da OEA e o acesso direto de seus cidadãos a esse Tribunal.

Em razão da falta de uma estrutura centralizada e de uma autoridade única na ordem jurídica internacional só se pode falar em efetividade em Direito Internacional quando se consideram os seus impactos concretos sobre a realidade. Os variados sujeitos de direito internacional dispõem de legitimidade para agir, de acordo com suas funções no cenário internacional e conforme seus poderes e autoridade. O ordenamento jurídico internacional goza da licitude esperada, tanto em seu fundamento quanto em seu processo de elaboração. Somando legitimidade e legalidade se poderia imaginar que estariam presentes todos os requisitos para a efetividade, mas, infelizmente a realidade não se mostra tão evidente.

Há uma descrença de que os direitos humanos possam objetivamente servir de núcleo de uma ordem jurídica e política, que impeça as violações dos direitos fundamentais da pessoa. (BARRETO, 2013). A conscientização acerca da fundamentação da proteção dos direitos humanos, está posta. Sua efetividade é que representa o novo desafio.

Em se tratando de direitos humanos, apesar de considerarmos o papel que os Estados e as Organizações Internacionais desempenham na defesa da dignidade humana, vê-se que isso não bastou para que se fizessem cessar as violações que se dão tanto nas relações que se travam entre o estado e os cidadãos, assim como nas relações essencialmente privadas.

A expansão dos direitos humanos é consequência da evolução do homem inserido no seio social, ora para libertar-se dos riscos impostos pelo estado da natureza, ora para livrar-se da opressão do estado soberano, sempre buscando a universalidade e a integralidade da realização da dignidade humana (BARRETO, 2013).

A mera existência de um conjunto de tratados e convenções sobre a proteção dos direitos humanos não foi suficiente para coibir abusos e transgressões. Também a criação de organizações internacionais cuja função reside na defesa dos direitos humanos, representou grande avanço, mas não foi igualmente capaz de coibir

ofensas. A própria existência de legislação interna não impediu que violações aos direitos fundamentais continuassem a ocorrer.

Segundo Bobbio (1992) os direitos humanos têm os mais diversos fundamentos. São inatos, mas, também, construídos historicamente, são peculiares e particulares e, por isso heterogêneos. A maior questão da contemporaneidade quanto a esses direitos é o entendimento de que apesar de estarem postos estão muito longe de estarem “ganhos”.

A aclamada universalização dos direitos humanos, surgida no pós-guerra, trouxe para a linha de frente o assunto, causou uma maior disseminação das discussões sobre o tema, ultrapassou os limites euro-americanos antes impostos ao direito das gentes, mas não foi capaz de fazer com que o desrespeito à primazia da dignidade humana cessasse.

As maiores dificuldades jurídico-políticas hodiernamente, segundo Bobbio, não estão postas em relação ao reconhecimento do conteúdo dos direitos humanos vez que estes se encontram amparados pelo senso moral comum. Sabe-se que seu exercício e garantia real de efetividade é que representam os maiores desafios enfrentados em razão, inclusive, da própria heterogeneidade desses direitos (BOBBIO, 1992).

Em resumo, legitimidade e legalidade não são, na ordem internacional, necessariamente um sinônimo de efetividade dos direitos humanos. A efetividade não se alcança automaticamente pela existência da norma, sua aplicabilidade deveria, mas, infelizmente, não costuma ser direta e automática.

Bobbio conclui reconhecendo que a etapa de positivação dos direitos internacionais dos direitos humanos “põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos (...) (BOBBIO, 1992, p.30).

Se, por um lado, os direitos humanos estão presentes em textos legais por todo o mundo, ao mesmo tempo tem se mostrado mais utópicos do que efetivos, “na medida em que são sistematicamente desrespeitados por grupos sociais e governos” (BARRETO, 2013, p. 32).

Saber da existência da norma também não impede a prática de atos violadores. Portanto, no ponto em que interessa a presente tese, analisa-se uma possível consecução de maior efetividade dos direitos humanos com a judicialização

das questões relativas à infração destes direitos e com a possibilidade de que a própria vítima possa apresentar suas queixas a uma corte com competência para aplicar a norma a fim de buscar a pacificação.

Ao lado dos tratados internacionais de direitos humanos alguns valores universais da sociedade internacional se destacaram no cenário pós-guerra do século XX: paz, segurança, a não ocupação de território estrangeiro, o direito à autodeterminação; o fato de que não se pode considerar legal qualquer política de “limpeza” racial, de que nenhum governo pode ser considerado legítimo se embasado em políticas de discriminação racial, a proibição do uso da força nas relações entre os Estados, a criminalização do genocídio e a sempre crescente relevância do respeito aos direitos humanos (BRASIL, 1945).

Sabe-se que, assim como as normas de um Estado podem encontrar-se em situação de colisão, também esses valores podem eventualmente colidir-se em situações concretas. E, em se tratando da prevalência dos direitos humanos, é aí que se destaca o papel da efetividade ao lado da judicialização.

A Carta das Nações Unidas ao elencar o respeito a vários desses valores em seus compromissos institucionais indica que são objetivos da sociedade internacional, buscar a efetividade desses valores com grande engajamento e participação da sociedade internacional através de suas instituições, notadamente a Organização das Nações Unidas, e, igualmente, as organizações de caráter regional. Esse modo de agir legitima a atuação dessas organizações perante o direito internacional contemporâneo. Somente a soma do desejo da Sociedade Internacional, o agir das instituições internacionais, o respeito aos valores universais e a possibilidade de acesso direto e individual às Cortes Internacionais de Direitos Humanos pode garantir a efetividade do Direito Internacional e sobretudo o respeito à dignidade humana (ZAPPALÀ, 2012).

Garantir-se o acesso direto às Cortes de Direitos humanos, buscando a pacificação e o respeito à dignidade, por meio de instituições criadas e competentes para conhecerem das violações e coibirem que práticas como essas se repitam, é uma face da efetividade e é também uma forma de resolver questões que envolvam colisão entre interesses e valores universais.

Acerca da importância da efetividade na área dos direitos humanos:

Affirming the importance of effectiveness in the area of human rights can be done by assigning a factual dimension to the notion of jurisdiction provided for in many human rights treaties. In other words: what does the expression under the jurisdiction of a state means? The meaning of this notion should not be merely interpreted by relying on formal criteria but should take into account the factual dimension of the subjection of an individual to the jurisdiction of a state. There are a number of indications in the practice of the European and Inter-American Court of Human Rights which tend to show that the analysis of the requirement that an individual to be protected must be considered within the jurisdiction of a state party to the Convention must be undertaken by carrying out a careful examination of the effective situation (ZAPPALÀ, 2012, p.116).

Já se sabe, conforme apresentou-se alhures que a mera declaração dos direitos humanos não conduz por si só à sua efetivação. A declaração e a positivação são importantes, mas não excluem a necessidade de que sejam dados os próximos passos na busca de sua implementação.

Dentre esses passos a serem dados viu-se que a criação de Organismos Internacionais e Cortes Internacionais de Direitos Humanos também são inegáveis avanços, mas, não garantem, por si só a efetividade de suas decisões e a democratização do acesso às soluções jurídicas e reparações devidas.

Como ressalta Bobbio

As atividades até aqui implementadas pelos organismos internacionais, tendo em vista a tutela dos direitos do homem, podem ser consideradas sob três aspectos: promoção, controle e garantia. Por promoção, entende-se o conjunto de ações que são orientadas com este duplo objetivo: a) induzir os Estados que não tem uma disciplina específica para a tutela dos direitos do homem a introduzi-la; b) induzir os que já a têm a aperfeiçoá-la, seja com relação ao direito substancial, seja com relação aos procedimentos. Por atividades de controle entende-se o conjunto de medidas que os vários organismos internacionais põem em movimento para verificar se e em que grau as recomendações foram acolhidas, se e em que grau as convenções foram respeitadas. (...) Finalmente, por atividades de garantia, entende-se a organização de uma autêntica tutela jurisdicional de nível internacional, que substitua a nacional. A separação entre as duas primeiras formas de tutela dos direitos do homem e a terceira é bastante nítida: enquanto a promoção e o controle se dirigem exclusivamente para as garantias existentes ou a instituir no interior do Estado, ou seja, tendem a reforçar ou aperfeiçoar o sistema jurídico nacional, a terceira tem como meta a criação de uma nova e mais alta jurisdição, a substituição da garantia nacional pela internacional, quando aquela for insuficiente ou mesmo inexistente (BOBBIO, 1992, p 39-40).

Não se concorda inteiramente com a ideia de substituição das cortes nacionais pelas internacionais, mas sim com a ideia de um sistema de cortes internacionais ou regionais de caráter complementar ou supletivo, após esgotadas

todas as instâncias jurídicas nacionais que conheçam das violações a direitos humanos e que não deixem o cidadão violado desamparado em suas necessidades.

Deve-se garantir, com a possibilidade de judicialização de casos de violação de direitos humanos, que não apenas os cidadãos disponham de garantias dentro do Estado como, também, de garantias contra o Estado e, mais modernamente, garantias, inclusive, para verem seus direitos efetivamente reconhecidos inclusive em relações horizontais em face de violações perpetradas por outros cidadãos.

A luta pela efetividade da proteção oferecida à humanidade em relação aos seus direitos mais importantes passa pela proteção jurídica desses direitos. Nesse diapasão, a garantia do acesso direto dos jurisdicionados às Cortes de Direitos Humanos representa mais um avanço nesse processo contínuo e necessário rumo à plenitude e universalidade desses direitos.

A judicialização dos procedimentos perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos contribui enormemente para pôr fim às deficiências encontradas no sistema que já não se sustentam mais nem encontram qualquer respaldo no entendimento contemporâneo e na defesa dos direitos humanos (CANÇADO TRINDADE, 2011)

A proclamação dos direitos do homem foi o passo inicial. A garantia do direito de petição individual e direta é apenas mais um passo importante rumo à efetividade dos direitos humanos. Bobbio já afirmou que não basta fundamentá-los ou proclamá-los, nem apenas protegê-los. O grande desafio reside em alinhar o necessário desenvolvimento “global da civilização humana” com a efetiva proteção dos direitos humanos pois eles não são homogêneos, nem se encerram em garantias fixas, estão em constante expansão, transformação e evolução (BOBBIO, 1992, p. 45).

Infelizmente sabe-se que a judicialização e, quiçá, nem mesmo o acesso direto por petição individual às Cortes componentes dos sistemas regionais de direitos humanos serão suficientes para garantir o fim das violações. Mas como o processo histórico de construção e de proteção efetiva à dignidade humana depende de constante evolução, reconhecem-se nessas medidas, passos fortes nessa direção.

Piovesan (2019, p. 120) afirma que o processo de justicialização, como ela se refere à judicialização dos direitos humanos nos sistemas regionais evolui em quatro direções: a primeira delas ao firmar um consenso acerca da “necessidade de adotar parâmetros mínimos de proteção dos direitos humanos” a que a autora dá o nome de

“mínimo ético irreduzível”; a segunda direção aponta para o fato de que não basta indicar os direitos mas de, efetivamente protegê-los; a terceira representa a institucionalização e criação de órgãos encarregados dessa proteção; a quarta aponta no sentido de que uma vez implementados, esses deveres e decisões precisam ser também fiscalizados.

O acesso à justiça deve ser entendido em seu sentido lato para abarcar não apenas o direito de petição direta às Cortes, mas, também, às garantias processuais, como o devido processo legal, o respeito ao contraditório, à ampla defesa e a uma solução que seja respeitada e cumprida, portanto, deve ser entendido no sentido de um direito à realização da justiça. Nesse momento, se fazem presentes tanto o acesso à justiça quanto a efetividade da proteção dos direitos humanos. Impende evidenciar que o acesso à justiça não se limita ao acesso aos procedimentos, mas, também, o acesso à solução jurídica e, mais além, o direito de ter o seu direito respeitado e a solução implementada e realizada.

Nos sistemas regionais de direitos humanos, o direito de acesso dos indivíduos está exposto, respectivamente, nos artigos 34 da Convenção Europeia e 44 da Convenção Americana.

Apesar de já exposto alhures, importante destacar novamente o texto do artigo 34 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos:

Petições individuais: **O Tribunal pode receber petições** de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem - se a não criar qualquer entrave ao exercício efetivo desse direito (grifo nosso).

Já o artigo 44 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos determina que:

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à **Comissão** petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte (grifo nosso).

A grande diferença, tema central para o presente trabalho, reside no fato de que o artigo 34 da Convenção Europeia, modificado pelo Protocolo n. 11 de 1998, garante o acesso direto à Corte Europeia por meio da petição individual, enquanto o

artigo 44 da Convenção Americana garante o direito de petição à Comissão Interamericana, órgão não judicial. Somente um Estado ou a própria Comissão é que poderiam submeter um caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Outro ponto de diferenciação entre o direito de petição nos sistemas europeu e interamericano reside no fato de que o artigo 34 da Convenção Europeia menciona expressamente esse direito apenas às vítimas de violações a direitos humanos. O artigo 44 da Convenção Interamericana, por sua vez, abre o leque daqueles que dispõe do direito de petição para abranger qualquer pessoa, grupo de pessoas e organizações não governamentais reconhecidas pelos Estados parte da Organização dos Estados Americanos, não requerendo que sejam vítimas diretas de violações. Há, portanto, um entendimento no sistema europeu, de que o peticionário deve ter sofrido pessoalmente com as agressões e quando não puder fazê-lo pessoalmente, poderá a denúncia ser apresentada por uma vítima indireta. Mas, ao longo dos anos, a construção jurisprudencial tem ampliado a interpretação do termo vítima para incluir inclusive a ideia de vítimas em potencial (CANÇADO TRINDADE, 2011).

Antônio Augusto Cançado Trindade vai além em sua análise acerca do direito à petição individual e diz que os direitos elencados nos artigos indicados no parágrafo acima não devem ser tratados como meros direitos procedimentais. Na possibilidade de petição individual e direta às Cortes de Direitos Humanos, se assenta a pedra angular da proteção de direitos em ambos os sistemas regionais de proteção de direitos humanos (CANÇADO TRINDADE, 2011).

Tal direito resgata o protagonismo humano e coloca o homem novamente no centro desse sistema de proteção, de onde ele jamais deveria ter sido retirado.

Reconhece-se que o homem titulariza direitos que emanam diretamente da ordem internacional, sem a necessidade de ser representado pelo Estado de sua nacionalidade. E tal situação só pode ocorrer porque a soberania dos Estados abriu espaço para a solidariedade da sociedade internacional e sua preocupação com os direitos humanos. Sabe-se que essa mudança de mentalidade não aconteceu sem obstáculos. Entretanto, vem se consagrando gradualmente no cenário internacional, com a conscientização dos Estados acerca de seu papel como garantidor do Estado de direito e, em última análise, da primazia da dignidade humana.

Como se verifica, o ser humano já tem certo protagonismo perante o sistema interamericano, podendo apresentar sua petição à Comissão Interamericana de

Direitos Humanos e apresentar informações e participar de todas as etapas processuais na eventualidade de seu caso ser submetido à Corte, tendo sido reconhecido seu *locus standi in judicio*, mas é preciso avançar ainda mais.

Portanto, o que se defende não é apenas o direito à petição direta e individual, mas que ele seja apresentado diretamente à Corte Interamericana de Direitos Humanos, como ocorre perante a Corte Europeia, onde se reconhece o *jus standi* à todas as vítimas de violações a seus direitos humanos. Mas não apenas isso. É necessário ainda alterar a competência da Corte Interamericana para que ela passe a ser considerada uma jurisdição obrigatória a todos os países que são parte da Convenção Americana sobre direitos humanos e quiçá, no futuro para todos os países membro da OEA.

Deseja-se ainda que todos os países além de consentirem com a alteração da Convenção Americana via protocolo que passe a regulamentar o direito à petição direta à Corte, envidem esforços no sentido de não criar qualquer embaraço a esse acesso e se comprometam com o cumprimento das decisões da Corte. Todos esses atos em conjunto proporcionariam maior eficácia à proteção dos direitos humanos em âmbito americano.

Em suma, seria infundado listar os direitos sem oferecer os meios para sua implementação. Assim como seria também contraditório, assegurar os direitos, os meios de acesso a eles e não assegurar a efetividade das decisões emanadas das Cortes de Direitos Humanos. Só assim seria possível atingir a efetividade plena e desejada.

Cançado Trindade (2011) acrescenta que ao participar das audiências públicas realizadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em especial nos casos, onde era pedida uma reparação pelas violações sofridas, o magistrado sempre notou que se não fosse por aquela oportunidade de acesso à justiça internacional, aqueles casos jamais teriam se resolvido em ambiente “doméstico”.

Tal ponto leva à reflexão acerca do princípio na necessidade de esgotamento dos recursos internos para acesso à justiça internacional de direitos humanos e até que ponto a necessidade desse esgotamento pode representar um entrave à efetividade dos direitos humanos.

Trata-se de exigência comum de acesso às cortes internacionais de uma maneira geral. O que embasa tal exigência é permitir ao Estado violador que ele

mesmo possa reparar os danos causados por sua violação, numa oportunidade de resolver a questão *in foro* doméstico. “A questão só será apresentada perante uma corte internacional após tentativas infrutíferas de resolver a questão internamente” (PEREIRA, 1999).

Os recursos internos a serem exauridos seriam todos os caminhos essenciais, processos, meios acessíveis e colocados à disposição do cidadão de modo eficaz para conhecimento da causa e sua possível solução, incluindo-se não apenas os meios judiciais, mas também os meios administrativos.

Cabe à pessoa que pretende apresentar um caso perante uma Corte Internacional, demonstrar que cumpre o requisito do esgotamento dos recursos internos. Por outro lado, uma vez apresentado o caso à Corte, cabe ao Estado demandado eventualmente demonstrar que ainda havia outros caminhos considerados essenciais e que não haviam ainda sido percorridos pelo demandante, indicando então que não houve esgotamento de todos os recursos internos.

Há, no entanto, que se ponderar, porque não é necessário, em especial em relação a questões de direitos humanos, aguardar uma sentença final proferida por um Tribunal em última instância. Ainda mais em locais como o Brasil, que permite às partes o manejo de infindáveis recursos.

Não ter, em tempo razoável, solução para a violação de direitos humanos sofrida, pode ensejar o recebimento de uma questão pela Corte Europeia ou mesmo pela Comissão Interamericana, se ficar comprovado que o peticionante não dispõe de mais nenhum mecanismo que lhe garanta uma resposta em tempo razoável.

Um exemplo de recebimento de denúncia antes do esgotamento total dos recursos internos pela extinta Comissão Europeia de Direitos Humanos ocorreu em 1996 no caso Pessoa Leal x Portugal. A decisão de recebimento da denúncia pela Comissão estabeleceu que “o caráter razoável da duração de um processo deve apreciar-se de acordo com as circunstâncias da causa e com a ajuda dos critérios seguintes: a complexidade do caso, o comportamento do requerente e o comportamento das autoridades que tem o dever de apreciar o caso.”, conforme Pereira (1999).

Ainda que se verifiquem avanços no sistema europeu em razão da reforma implementada em 1998, sabe-se que a mera justaposição de um modelo – o europeu, numa realizada diversa – a latino-americana, não significará, necessariamente, o

sucesso da reforma e da implementação do direito à petição direta dirigida à Corte Interamericana.

Capelletti (1988, p.161) já afirmava que “as reformas não podem (e não devem) ser transplantadas simploriamente de seus sistemas jurídicos e políticos.” Os estudos “com auxílio da pesquisa empírica e interdisciplinar” precisam monitorar não apenas a necessidade das reformas como a implementação delas.

Portanto, o que se propõe é que o acesso à justiça internacional de direitos humanos encontre um caminho com menos barreiras às vítimas e que as queixas possam ser direcionadas as Cortes, sem análise prévia pela Comissão de Direitos Humanos, nos moldes do que já ocorre no sistema Europeu.

Ressalve-se, como muito bem apontado por Bobbio e Capelletti, já citados, que este é apenas mais um passo evolutivo, mas que, ainda assim, será sempre necessária não apenas a fiscalização da implementação das decisões do tribunal como também a análise de como essas mudanças impactarão o sistema interamericano, de realidade social e política tão diversa da realidade europeia.

A visão de essencialidade da proteção dos direitos humanos, encontra respaldo não apenas nos processos de humanização do direito internacional, internacionalização dos direitos humanos, e judicialização da questão, mas, também, na consciência, cada vez mais presente, de que a proteção dos direitos humanos se tornou uma verdadeira regra que se impõe sobre a sociedade hodierna.

2.4 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS COMO OBRIGAÇÃO *JUS COGENS* INTERNACIONAL

A mais ampla proteção dos direitos humanos é um importante valor da sociedade internacional. Valores universais sempre estiveram presentes no direito internacional, mas, como visto, após a Segunda Guerra Mundial restaram ainda mais evidentes que certas normas, quando embasadas por tais valores, adquirem um status único: assumem a posição de normas *erga omnes* e de *jus cogens* (ZAPPALÀ, 2012).

Juan Antonio Carrillo Salcedo afirma que “é significativa a contribuição da inserção dos direitos humanos como um tema global no plano mundial para a

consolidação das noções de *jus cogens* e de obrigações *erga omnes* no Direito Internacional Contemporâneo (SALCEDO, 2001, p. 158).

Mazzuoli (2020, p. 41) conceitua as obrigações *erga omnes* como sendo “as obrigações impostas a todos os Estados independentemente de aceitação e, por consequência, sem que seja possível objetá-las”. São normas que, em geral, advêm dos costumes internacionais e quando violadas, acarretam responsabilidade internacional do Estado violador.

O Instituto de direito internacional (2005) afirma que tais normas pretendem preservar valores fundamentais da sociedade internacional e continua no sentido de que obrigações concernentes a direitos humanos básicos, constituem normas de eficácia *erga omnes*.

Mazzuoli (2020) também trata do conceito de *jus cogens* afirmando tratar-se de normas de hierarquia superior a todas as outras normas no plano internacional, sendo ainda consideradas imperativas e inderrogáveis.

A convenção de Viena sobre direitos dos tratados de 1969 indica, em seu artigo 53, “os preceitos que conformam o *jus cogens*” e que são, segundo Teixeira (2009), “decorrentes do direito natural”.

Artigo 53 Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza (BRASIL, 2009).

Jorge Miranda, em relação ao *jus cogens* internacional afirma que

O que se pretende inculcar é que são princípios que estão além da vontade ou do acordo de vontades dos sujeitos de Direito Internacional; que desempenham uma função eminente no confronto de todos os outros princípios e regras e que têm uma força jurídica própria, com os inerentes efeitos na subsistência de normas e actos contrários (MIRANDA, 2009, p. 105).

Há uma contraposição entre a visão antiga do voluntarismo e do consentimento Estatal como embaixadores do Direito Internacional e a visão de *jus cogens* como balizador de uma vertente mais moderna que associa o voluntarismo e

o consentimento à uma ética profundamente humanista, natural, anterior, conforme entendimento esposado por Cançado Trindade (2013).

O que realmente deve conduzir a conduta Estatal para além de sua vontade e de sua conveniência deve ser um respeito irrestrito aos direitos humanos e a dignidade que lhe é inerente.

Caminha-se em direção a uma jurisdição internacional compulsória que suplante a ideia de jurisdição voluntária e que esteja mais em consonância com os princípios do direito internacional contemporâneo.

Cançado Trindade (2013) defende veementemente que a prática internacional deixe se curvar ao voluntarismo estatal em matéria de proteção de direitos humanos, ao continuar convalidando as cláusulas facultativas de jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. É preciso dar o verdadeiro crédito à capacidade da justiça internacional de conhecer diretamente e julgar os casos que lhe são submetidos.

Defende ainda o ex-juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos que os tratados de direitos humanos não são apenas fruto do consentimento e do voluntarismo, mas da crença de sua obrigatoriedade e necessidade.

E conclui conforme se vê abaixo

Ha llegado el tempo de superar em definitiva la lamentable falta de automatismo de la jurisdicción internacional. Com las distorsiones de su práctica em la matéria, los Estados se vem hoy ante um dilema que debería ya estar superado hace mucho: o retornan a la Concepción voluntarista del derecho internacional, abandonando de uma vez la esperanza em la preeminência del Derecho sobre los intereses políticos, o retoman y realizan com determinación el idela de construcción de uma comunidad internacional mas cohesionada e institucionalizada a la luz del DErecho y em la búsqueda de la Justicia, moviendo resueltamente del jus dispositivum al jus cogens.(CANÇADO TRINDADE, 2013, p. 16).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já teve oportunidade de se pronunciar acerca da ideia dos direitos humanos como normas de *jus cogens* internacional, na sentença do caso Fazenda Brasil Verde x Brasil de 20 de outubro de 2016.

Em outras oportunidades, tanto esta Corte como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (doravante denominado “TEDH”) afirmaram que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais (CtIDH, 2016).

E continua a mesma sentença a descrever que a evolução do direito internacional dos direitos humanos, sua interpretação e aplicação estão em constante evolução

Esta interpretação evolutiva é consequente com as regras gerais de interpretação estabelecidas no artigo 29 da Convenção Americana, bem como as estabelecidas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Nesse sentido, esta Corte afirmou que, ao interpretar um tratado, não apenas são levados em consideração os acordos e instrumentos formalmente relacionados ao tratado (inciso segundo do artigo 31 da Convenção de Viena), mas também o sistema dentro do qual se inscreve (inciso terceiro do artigo 31 desta Convenção). Assim, para emitir seu parecer sobre a interpretação das disposições jurídicas trazidas à discussão, a Corte recorrerá à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a qual reflete a regra geral e consuetudinária de interpretação dos tratados internacionais, que implica na aplicação simultânea e conjunta da boa-fé, do sentido comum dos termos empregados no tratado em questão, do seu contexto e do seu objeto e fim. Por isso, a Corte fará uso dos métodos de interpretação estipulados nos artigos 31360 e 32361 da Convenção de Viena para levar a cabo esta interpretação. No presente caso, ao analisar os alcances do artigo 6 da Convenção Americana, o Tribunal considera útil e apropriado utilizar outros tratados internacionais distintos à Convenção, para interpretar suas disposições de acordo com a evolução do Sistema Interamericano, levando em consideração o desenvolvimento experimentado nesta matéria nos vários ramos do Direito Internacional, em particular o Direito Internacional dos Direitos Humanos (CtIDH, 2016).

Acerca do entendimento do direito à petição individual como verdadeira cláusula pétrea do direito internacional dos direitos humanos, já teve oportunidade de se manifestar Cançado Trindade em 1998 em relação à demanda de Castillo Petruzzi versus Peru. O magistrado entendeu que se não houver a garantia da petição individual e consequentemente do acesso direto à justiça, a proteção ofertada pelos tratados internacionais de direitos humanos não seria mais que letra morta (CANÇADO TRINDADE, 2011).

Afirmou ainda que os indivíduos deveriam gozar do direito à petição individual dirigida diretamente à corte independentemente da aceitação de uma cláusula opcional como a do artigo 62 da Convenção Americana, que torna opcional a adesão, pelos Estados parte, da competência da Corte IDH. Em seu entendimento, esposado em seu voto em apartado, Cançado Trindade afirma que tanto o direito a petição individual como a jurisdição da Corte em matéria contenciosa deve ser automática e obrigatória para todos os Estados parte da Convenção Americana, inclusive tornando a atuação da Corte permanente (CtIDH, 1998).

Essas mudanças tornariam o sistema mais justo e eficaz e representariam a consolidação do reconhecimento de ampla capacidade jurídica, postulatória ao ser humano, afirmando sua condição de sujeito de direitos na ordem internacional.

A interpretação das normas de direito internacional dos direitos humanos precisa evoluir no sentido de que o direito de petição individual e direta às Cortes de Direitos Humanos dos sistemas regionais represente a materialização dos direitos ao devido processo legal, ao acesso à justiça e a solução eficaz de suas demandas em âmbito internacional. Isso, obviamente, só é possível com o reconhecimento da personalidade jurídica internacional do ser humano.

E acrescenta-se que o cumprimento das decisões das cortes de direitos humanos pelos Estados também constitui preceito de ordem pública. A respeito do tema, Cançado Trindade já se manifestou

In the case of non-compliance, recalcitrant States ought to bear the juridical consequences of their breaches of Law. It is no longer the traditional ordre public of defence of the legal order of the forum (in the face of foreign law), as in classic private international law, but a new international ordre public attentive to the imperatives of protection of the human person (CANÇADO TRINDADE, 2011, p. 72).

O *Jus cogens* se situa acima das prerrogativas ou privilégios da imunidade estatal e evita a impunidade e a denegação da justiça. É preciso reconhecer que a imunidade estatal não prevalece diante de graves violações dos direitos humanos (CANÇADO TRINDADE, 2015a).

O reconhecimento do *locus standi in judicio* e, no futuro, do *jus standi* dos indivíduos é uma consequência da evolução do sistema de proteção internacional dos direitos humanos, atribuindo ao ser humano não apenas os direitos, mas os meios procedimentais para implementar tais direitos ou cobrar o respeito aos mesmos. O direito de petição individual aos órgãos judiciais deve ser reconhecido como mais um dentre tantos outros direitos considerados cogentes ou de ordem pública pois representam em última análise, o próprio exercício do direito de liberdade, em especial do direito de liberdade de se expressar e, também, do direito ao devido processo legal na esfera internacional.

Ao se pensar em um ordenamento jurídico internacional que esteja em consonância com os novos valores do direito internacional contemporâneo e que tem na plena proteção dos seres humanos seu objetivo mais evidente, deve-se ter em

mente a importância das disposições consideradas de ordem pública, o adensamento do sentido material das normas de *jus cogens* e as correspondentes obrigações *erga omnes* atribuídas a todos os atores do direito internacional.

2.4.1 *Jus cogens pro homine ou pro persona*

Trabalhando como juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Cançado Trindade testemunhou o empenho da Corte na busca da evolução do conceito de *jus cogens* e na ampliação de seu conteúdo material.

A proibição absoluta da tortura em todas as suas formas, da discriminação, foram gradualmente sendo confirmadas como valores inegociáveis da ordem jurídica internacional e, em especial, dos sistemas de proteção dos direitos humanos.

A vedação a essas práticas é fruto de uma análise dos valores jurídicos que informam a sociedade. Desses valores emanam normas que atentam para princípios basilares como a busca do bem comum, a realização da justiça, a primazia do direito sobre a força, a preservação da paz (CANÇADO TRINDADE, 2013).

Portanto os valores, representados pelos princípios, informam as normas e algumas dessas normas são inafastáveis. Quando isso acontece, identificamos as normas que merecem a alcunha de *Jus cogens*, ou direito cogente.

O *jus cogens* não representa um rol taxativo de normas ou princípios. Como ele é reflexo da “consciência jurídica universal” e para ele convergem as normas que representam essa consciência e se impõe como normas de aplicabilidade irrestrita a qualquer pessoa ou situação, ou de efeitos *erga omnes*.

A conjugação de valores inegociáveis e presentes na consciência jurídica coletiva e de aplicação irrestrita contribuem, por sua vez, para a construção de um novo direito internacional, menos centrado no Estado e mais centrado nas pessoas.

Cançado Trindade (2015b) defendeu perante seus pares da Corte IDH a necessidade de se ampliar o conteúdo do *jus cogens*, para abarcar o direito de acesso à justiça, ao lado de direitos já consagrados como o direito à igualdade e à integridade física e psicológica, em razão da proibição da tortura. Nesse ponto se verifica que as normas de *jus cogens*, geralmente dão azo às obrigações cogentes correspondentes.

Citando seu voto na sentença da Corte IDH acerca do Massacre de Pueblo Bello versus Colombia, Cançado Trindade já evidenciava a importância do direito ao acesso à justiça e sua efetividade nos seguintes termos

La indisociabilidad que sostengo entre los artículos 25 y 28 de la Convención Americana (...) conlleva a caracterizar como siendo del dominio del jus cogens el acceso a la justicia entendido como plena realización de la misma, o sea, como siendo del dominio del jus cogens la intangibilidad de todas las garantías judiciales en el sentido de los artículos 25 y 28 tomados conjuntamente. No puede haber duda de que las garantías fundamentales, comunes al Derecho Internacional de los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, tiene vacación universal al aplicarse en todas y cualesquiera circunstancias, conforman un derecho imperativo (perteneciendo al jus cogens), y acarrear obligaciones erga omnes de protección (CANÇADO TRINDADE, 2013, p. 81).

Como se vê, o primoroso trabalho realizado por Cançado Trindade como juiz da Corte IDH sempre foi pautado principalmente pela defesa de duas ideias fundamentais: a primeira consistente na proposta de um protocolo visando a reforma do sistema interamericano, tornando a jurisdição da Corte permanente e obrigatória para todos os membros da OEA e permitindo o acesso direto e individual à Corte, esvaziando a Comissão da função de receber e analisar as denúncias de violações de direitos humanos, ultrapassando uma etapa previa de caráter político e consolidando a justicialização do sistema.

Outra ideia era a de densificar o conjunto de normas consideradas *jus cogens* e de oposição *erga omnes* e, dentre elas, o acesso à justiça.

Acerca do tema, em seu voto fundamentado apresentado na sentença do caso Goiburú versus Paraguai, mais uma vez, Cançado Trindade revela essa última preocupação no sentido de que “o direito à realização da justiça é um imperativo do *jus cogens*” e completa: “em nossos dias, a consciência jurídica universal despertou para reconhecer judicialmente o sofrimento humano e buscar sua reparação mediante a garantia do primado da Justiça nas relações humanas” (CORTE IDH, 2006).

Se o acesso direto à Corte IDH efetiva o primado da justiça, a inclusão dessa possibilidade no sistema interamericano se impõe, como forma de implementar uma norma cogente e de observância *erga omnes*. Isso representa a inafastabilidade da jurisdição da Corte, sua permanência e o reconhecimento do *jus standi*.

Algumas características diferem os tratados de direitos humanos de outros tratados internacionais, a começar pelo fato de que não exigem reciprocidade e somente produzem obrigações para os Estados parte. As normas internacionais de

proteção de direitos humanos não visam garantir equilíbrio de interesses entre Estados, mas operam em favor e em defesa dos mais fracos, regendo a desigual relação entre o ser humano e o Estado. Esses instrumentos se inspiram na ideia de defesa de interesses comuns superiores como a realização da justiça e por isso se identificam como normas de ordem pública (CARVALHO, 2013).

Por outro lado, o princípio *pro homine* indica que uma norma deve ser interpretada de maneira mais favorável ao ser humano e que, se houver pluralidade de fontes a reger a proteção dos direitos humanos, deve-se aplicar sempre a norma mais favorável e benéfica ao ser humano. Portanto, se o resgate do protagonismo humano também é uma realidade do direito internacional dos direitos humanos, a criação do direito de acesso direto à Corte IDH se impõe como a face mais favorável a esse protagonismo e ao direito de ter direito de acesso à justiça, ou se se preferir, como o definitivo reconhecimento do ser humano como sujeito ativo do direito internacional.

Se tal direito é garantido em um sistema regional de proteção de direitos humanos deve ser estendido ao sistema interamericano, porque se trata da norma que melhor protege o ser humano e lhe garante acesso efetivo à justiça.

Utilizado no espaço Euro comunitário,

O princípio *pro homine* garante ao ser humano a aplicação da norma que, no caso concreto, melhor o proteja, levando em conta a força expansiva dos direitos humanos, o respeito ao conteúdo essencial desses direitos e a ponderação de bens, valores e interesses (MAZZUOLI, 2008, p.227).

Tal princípio encontra embasamento na eventual antinomia entre tratados de direitos humanos e normas de direito interno, ou ainda quando os sistemas de proteção de direitos humanos nacional, regional e internacional se encontram em aparente conflito. Fazendo sua transposição para a necessidade de se adotar o direito de petição individual direta à Corte no sistema interamericano, pode-se propor que dentre as obrigações *jus cogens pro homine* imponha-se este direito, nos mesmos moldes já existentes perante a Corte Europeia de Direitos Humanos.

O artigo 31, § 1º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) dispõe que os tratados internacionais devem ser interpretados “segundo seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade” (BRASIL, 2009).

Se a finalidade dos tratados internacionais de direitos humanos reside na eficácia gerada por sua proteção, entende-se que a adoção de meios mais eficazes

de acesso à justiça internacional de direitos humanos e ao reconhecimento da legitimidade do ser humano ao *jus standi* como obrigações que se impõe ao sistema interamericano.

O princípio de interpretação *pro homine* representa verdadeira norma de ordem pública internacional gerando obrigações internacionais de respeito aos direitos humanos que não poderão levar a um sentido hermenêutico pro-Estado, mas sempre em prol dos hipossuficientes dessa relação com os Estados, quais sejam, os indivíduos (RAMOS, 2011).

Em razão da importante lição trazida por Ramos (2011), acerca de alguns impactos, ainda não analisados, do princípio *pro homine* para o entendimento das obrigações *jus cogens*, tem-se que

(...) o princípio da interpretação *pro homine*, faz com que os tratados de direitos humanos deixem de ser interpretados restritivamente (para preservar a soberania dos Estados) e sejam interpretados sempre no sentido da máxima proteção ao ser humano. Além disso, consolidou-se no Direito Internacional dos Direitos Humanos o princípio da efetividade (*effet utile*), pelo qual é imperioso assegurar às disposições convencionais os seus efeitos pretendidos (RAMOS, 2011, p.63).

Resgatando o assunto tratado no primeiro capítulo, sabe-se que o Estado foi criado para realização do bem comum e que existe para o ser humano, e não o contrário. O direito internacional deve remontar a suas origens de direito das gentes, que tem por objeto não apenas as relações entre os Estados, mas, igualmente, as relações entre Estados e seres humanos que estejam sob sua jurisdição. A tônica dessas relações não deve ser pautada pela soberania estatal entendida no seu sentido clássico e absoluto, mas na solidariedade (CANÇADO TRINDADE, 2013).

Reconhecer o direito à petição individual sob a égide da Convenção Americana atribui ao ser humano igualdade de armas em sua relação com o Estado, representa a efetividade da justiça em sentido amplo e deve ser considerado como verdadeira cláusula pétrea do sistema.

Cançado Trindade defende que os instrumentos protetivos de direitos humanos são verdadeiros “instrumentos vivos” e devem ser interpretados conforme as mudanças ocorridas na sociedade internacional e sempre em prol da melhor proteção da humanidade (REVISTA DE DIREITO, 2017).

A proteção da pessoa humana e as necessidades do ser humano mudam com o passar do tempo, mas a necessidade de centrar as decisões e medidas no melhor

interesse do ser humano permanece como valor incontestado da sociedade internacional. Trata-se de colocar a vítima como centro do sistema de proteção internacional de direitos humanos.

O *jus cogens pro homine ou pro persona* seria justamente um conjunto de normas imperativas existentes no campo dos direitos humanos e que figurariam no “topo” da pirâmide das fontes do direito internacional contemporâneo (MARQUES, 2018).

O direito internacional não suprimiu o voluntarismo Estatal, mas reconheceu que a primazia da dignidade humana deve prevalecer sobre qualquer pactuação estatal. Portanto, ainda que os Estados membros da Convenção Americana de Direitos Humanos, tenham permitido a adesão voluntária à jurisdição da Corte IDH, tal momento histórico já foi ultrapassado.

A construção histórica dos direitos humanos e o reconhecimento do protagonismo humano exigem que o acesso direto à Corte IDH nos moldes de sua congênere Europeia, seja efetivado porque se trata de norma impositiva do direito internacional dos direitos humanos o direito à efetiva justiça pois já não se podem mais admitir reservas em tratados de direitos humanos tais como as reservas opostas à Clausula de aceitação da jurisdição da Corte IDH.

Todas as normas cogentes que tratam da proteção dos direitos humanos, inseridas em tratados internacionais, se tornam cláusulas pétreas que não admitem denúncia, nem retirada voluntária do Estado daquela Convenção. Os representativos ganhos à proteção dos seres humanos inseridos nesses tratados não admitem retrocesso, porque representam um mínimo ético que deve ser observado por todos os sujeitos de direito internacional (MARQUES, 2018).

Indagando-se se as normas de *jus cogens* acerca dos direitos humanos estariam contidas em um rol taxativo, Marques (2018) afirma existirem correntes em sentido positivo e outras negando a possibilidade de se arrolarem essas normas. Entretanto, destaca a representatividade do rol contido no artigo 4.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Tal Pacto foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 592 de seis de julho de 1992. Veja-se a seguir o conteúdo do artigo 4º

1.Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados Partes do presente Pacto podem adotar, na estrita medida exigida pela situação, medidas que suspendam as

obrigações decorrentes do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social.

2.A disposição precedente não autoriza qualquer suspensão dos artigos 6, 7, 8 (parágrafos 1 e 2), 11, 15, 16, e 18 (BRASIL, 1992).

O item 4.2 se refere aos seguintes direitos considerados não suprimíveis mesmo diante de situações de excepcionalidade: direito à vida, vedação à tortura, vedação à escravidão e à servidão, impossibilidade de prisão civil por dívidas, direito ao devido processo legal, à necessidade de atendimento à anterioridade da lei penal, ao reconhecimento da personalidade jurídica do ser humano, à liberdade de pensamento, consciência e religião. Ainda sob o prisma internacional, essas normas se revelariam na vedação ao genocídio e à tortura, na vedação da discriminação racial e no direito de acesso à justiça.

Merecem destaque o direito ao devido processo legal, do acesso à justiça e ao reconhecimento da personalidade jurídica do ser humano, em especial sua possibilidade de apresentar, diretamente, as queixas de violações que o tenham vitimado em seus direitos perante Cortes Internacionais de Direitos Humanos, buscando a prevalência de sua dignidade, a paridade de armas com outro sujeito de Direito Internacional que é o Estado e a efetividade da justiça.

Conclui Marques (2018) atribuindo ao *jus cogens pro homine* a função de embasar o “novo direito internacional” mais humanizado, baseado em valores que constituem um mínimo ético irreduzível e que “reconhece o ser humano como destinatário final de toda e qualquer norma jurídica internacional”.

Foram analisados os sistemas europeu e interamericano em comparação e as reformas ocorridas no seio do Sistema Europeu que fizeram prevalecer essa visão de que a proteção constitui verdadeiro *jus cogens pro homine*. Tais reformas permitiram ao jurisdicionado do sistema europeu, o direito de acesso direto à Corte EDH por meio de petição individual o que lhe rendeu, conforme se deseja evidenciar, uma proteção mais efetiva.

3 OS SISTEMAS REGIONAIS EUROPEU E INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS EM COMPARAÇÃO

3.1 CONTEXTO HISTÓRICO DE CRIAÇÃO DOS SISTEMAS EUROPEU E INTERAMERICANO

Como visto, os sistemas regionais se somam ao sistema global de proteção de direitos humanos para buscarem a necessária efetividade na proteção desses direitos basilares e inafastáveis.

Ao lado dos já mencionados instrumentos globais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e os Pactos Internacionais de Direitos civis e políticos e de direitos econômicos, sociais e culturais, cada um dos sistemas regionais analisados nesse trabalho também conta com um arcabouço legal embasado por uma instituição organizada de modo a garantir o cumprimento e o respeito aos tratados internacionais de direitos humanos firmados regionalmente.

À vista disso Henry Steiner, citado por Piovesan (2006), informa não haver

Grandes conflitos de interpretação entre os regimes regionais e o regime das Nações Unidas. Teoricamente, os conflitos devem ser evitados mediante a aplicação das seguintes regras: 1) os parâmetros da Declaração Universal e de qualquer outro tratado das Nações Unidas, acolhidos por um país devem ser respeitados; 2) os parâmetros de direitos humanos que integram os princípios gerais de Direito Internacional devem ser também observados; 3) quando os parâmetros conflitam, o que for mais favorável ao indivíduo deve prevalecer (STEINER, 2008, p. 930)

Ao final da Segunda Guerra Mundial os países europeus viram-se motivados a evitar que novos conflitos ocorressem e que jamais se repetissem as violações a direitos humanos na proporção e dimensão que aconteceram em especial sob o domínio do terceiro Reich.

O ambiente histórico era favorável ao mais amplo resgate da moralidade no agir dos Estados, tendo como parâmetro a mais ampla proteção aos direitos humanos.

Alguns acontecimentos estimularam a criação do Conselho da Europa, dentre eles: o Tribunal de Nuremberg, a institucionalização da Organização das Nações Unidas, a Carta da ONU, a necessidade de uma proteção efetiva aos direitos humanos e um inegável receio de que um novo conflito semelhante à Segunda Guerra Mundial surgisse. Munidos dessas premissas, em 1949, dez países se reuniram em

conferência com a finalidade de criação do Conselho: Bélgica, França, Luxemburgo, Holanda, Reino Unido, Irlanda, Itália, Dinamarca, Noruega e Suécia (CAMARILLO GOVEA, 2014).

Antes disso, porém, em maio de 1948, em Haia, esses mesmos países, influenciados pelo impacto da DUDH, demonstraram sua intenção de criação de um mecanismo realmente efetivo de proteção dos direitos humanos em âmbito europeu e de uma declaração de direitos humanos igualmente impactante, atribuindo conteúdo jurídico aos preceitos da DUDH, ao firmarem o que se denominou Convênio Europeu.

A partir daí criaram uma comissão jurídica encarregada de delinear os contornos da declaração europeia de direitos humanos e de uma futura corte europeia de direitos humanos. Posteriormente estes projetos foram submetidos a apreciação do Conselho da Europa, em 1949.

Desde esse primeiro projeto apresentado já constavam inovações significativas como a proposta de obrigatoriedade da jurisdição da corte, da possibilidade de que o indivíduo pudesse, por si só, pleitear a análise de violações aos seus direitos perante a corte e de que as sentenças por ela proferidas não apenas apontassem as violações cometidas como impusessem as devidas reparações (CAMARILLO GOVEA, 2014).

Como visto, o sistema europeu foi instituído dentro da estrutura do Conselho da Europa e tem como base a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, adotada em Roma, em 1950, seguida por outros protocolos adicionais. A Corte Europeia de Direitos Humanos, criada nessa ocasião, tem, assim como o Conselho, sede em Estrasburgo.

Dentre suas intenções, os países reunidos em Conferência declararam

Nós desejamos uma carta de direitos humanos que garanta a liberdade de pensamento, reunião e expressão, assim como o direito de opinião política distinta; desejamos uma Corte de Justiça com as desejadas sanções para implementação desta Carta (CONSELHO DA EUROPA, 1950).

O principal objetivo do Conselho da Europa era consolidar a paz no continente Europeu. Pacificação assentada sobre bases como o respeito irrestrito aos direitos humanos e a cooperação internacional, além da criação de uma corte de justiça que trouxesse efetividade ao rol de direitos humanos elencados na Declaração Europeia, respeito ao estado de direito e à democracia e, também, que fosse acessível ao indivíduo na busca da cessação de violações aos seus direitos.

Esse foi, sem dúvida, o aspecto mais inovador nesse ambiente de incipiente resgate da importância de proteção dos direitos humanos: a possibilidade de peticionamento direto e individual perante a Corte, pois tal fato rompia com a tradição do direito internacional até aquele momento, em que as relações eram travadas em âmbito interestatal e não se reconhecia um protagonismo humano nesse cenário.

Infelizmente, a proposta de peticionamento direto à Corte não foi levada adiante nesse primeiro momento porque entendeu-se que essa possibilidade, frente ao cenário político instável na Europa daquele período, poderia levar a uma utilização inadequada daquela prerrogativa, buscando fins políticos ou, ainda, inundando a Corte de casos sem fundamento. Deve-se recordar que a Europa no pós-guerra apresentava grande temor ao avanço do comunismo e isso justificava para os Estados as preocupações de uso político do direito de petição direta (CAMARILLO GOVEA, 2014).

Outra inovação que foi igualmente barrada nesse primeiro momento foi a da obrigatoriedade da jurisdição da Corte Europeia. Para avançarem nas discussões e na aprovação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, os países membro tiveram que ceder também nesse ponto: a jurisdição de tal corte seria, a princípio, facultativa.

Mas independente desse fato, a criação de uma Corte nesses moldes representou inegável avanço pois foi o primeiro órgão jurisdicional com competência especial para conhecer questões ligadas aos direitos humanos em âmbito europeu. A Corte europeia de direitos humanos, sem dúvida abriu as portas para a criação de outras cortes com objetivos semelhantes em âmbito regional, trazendo efetividade à Convenção europeia que representava um primeiro documento de caráter jurídico que se estabelecia em prol dos direitos humanos, e, de certa forma, atribuindo maior eficácia aos princípios contidos na DUDH, que foram repetidos nos artigos da convenção.

Além do Conselho da Europa, da Convenção Europeia de Direitos do Homem, da Corte Europeia de Direitos Humanos e do Comitê de Ministros, foi criada, ainda, a Comissão Europeia de Direitos Humanos, encarregada de receber e analisar as demandas relativas a direitos humanos apresentadas pelos cidadãos europeus e que, realizando um verdadeiro juízo de admissibilidade dos pedidos apresentados, encaminharia à Corte apenas aqueles que passassem por esse primeiro filtro. A

Comissão e os Estados membro, diferentemente, poderiam apresentar suas queixas diretamente à Corte.

Apesar de estar encarregada de fazer essa primeira filtragem acerca dos casos que seriam encaminhados à Corte Europeia, cumpre destacar que a Comissão não exercia, nesse ato, função jurisdicional, mas política.

Em resumo, a consolidação da criação do Conselho da Europa e da Corte Europeia de Direitos humanos só foi possível porque após a Segunda Guerra Mundial os Estados Europeus compreenderam que a ideia de soberania adotada até então tinha justificado atos atrozes praticados contra os seres humanos, sob a alegação de que eram não apenas atos soberanos como, também, de que se gozava de supremacia na tomada de decisão no âmbito interno de cada Estado. Isso foi usado como justificativa para os absurdos praticados por nazistas em detrimento de judeus, nos territórios dominados, por exemplo.

A soberania não pode ser percebida unicamente sob seu aspecto jurídico. Ela deve ser analisada sob uma multitude de lentes considerando, para além dos aspectos legais e políticos, os aspectos econômicos, sociais e humanitários.

Lewandowski entende que os Estados na Europa preferiram a partir de então, encarar uma nova forma de soberania onde se limitam “algumas prerrogativas estatais, mantendo-se fortes na unidade, do que permanecer isolados e fracos e com a soberania formalmente intacta” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 261).

Nesse aspecto os órgãos de decisão supranacionais, incluso o Conselho da Europa, contribuem para mudar a forma como se entende a soberania na Europa e esse é, sem dúvida, um diferencial em relação à maneira como ainda se vê a soberania nas Américas.

As mudanças na Europa não aconteceram de uma única vez. Como visto, em um primeiro momento, a despeito das propostas iniciais de acesso direto à Corte, tal possibilidade foi rechaçada porque ainda vigorava a ideia de que tais questões constituíam assunto interno dos Estados, fruto de uma visão ainda muito tradicionalista da soberania e que não deveriam ser solucionados por uma Corte internacional. Felizmente, a Europa amadureceu acerca de tal prerrogativa antes das Américas, ao passar a permitir o mecanismo da petição individual à Corte EDH, por meio do protocolo n. 11 de 1998. Tal mudança ainda não ocorreu em âmbito americano, aliás, ainda que se tenha cogitado essa mudança quando da criação do

Sistema Europeu, nem se cogitou essa possibilidade num primeiro momento de criação do Sistema interamericano.

Não se tem no continente americano a mesma maturidade, nem histórica, nem governamental, que faça com que a participação dos Estados na OEA seja igual à participação dos Estados no Conselho da Europa. Talvez por isso, ainda não se tenha efetivado a possibilidade de peticionamento direto do cidadão perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Talvez, a despeito de todos os esforços envidados por Cançado Trindade em seu período como magistrado na Corte IDH para evidenciar a importância do protagonismo humano e seu reconhecimento como sujeito de direito internacional, tais atos ainda não tenham sido suficientes para promover uma verdadeira evolução na forma de encarar a soberania estatal e da supremacia das questões que envolvem direitos humanos, uma vez que as ofensas aos direitos humanos nas Américas não podem continuar se repetindo na mesma intensidade e proporção como se repetem.

Além da diferença no grau de maturidade da Europa frente à América e em relação ao significado da soberania estatal, podem ser apontadas outras diferenças tais como o ineditismo da Convenção Europeia não apenas por ser o primeiro instrumento verdadeiramente jurídico de proteção dos direitos humanos - e que serviu de modelo para a criação do sistema interamericano – mas, também, porque seu conteúdo cobrava um maior rigor na observância de suas normas por parte dos Estados membro do Conselho da Europa.

Em 1948, ano de criação da Organização dos Estados Americanos, a realidade em que os Estados membro dessa organização estavam inseridos era muito diferente da realidade dos países da Europa. Esses últimos estavam arrasados pelos conflitos que haviam terminado há pouquíssimos anos e sentiam muito fortemente as consequências de uma guerra que deflagrou horrores sobre os direitos humanos.

Sem dúvida que havia, igualmente, resquícios da guerra para os países do continente americano, mas em uma proporção muito menor, porque sua participação nos conflitos europeus, salvo o papel desempenhado pelos Estados Unidos, não foi direta ou se houve envolvimento, ele ocorreu com menor relevância. Ademais, a população das Américas não tinha sido objeto direto da violência perpetrada pelas nações do eixo e não passavam por um processo de reconstrução econômica, social e estrutural semelhante.

Decerto que havia problemas de violações a direitos humanos nas Américas, mas suas origens não estavam em uma participação direta em um combate de proporções continentais. Os conflitos existiam, mas eram mais esparsos no tempo e em localização. Tinham como fonte, normalmente, problemas relativos, em especial à difícil consolidação da democracia nos países latino-americanos.

Piovesan (2019, p. 151) ao descrever a região diz que se trata de área com alto grau de “exclusão e desigualdade social” na qual se encontram democracias ainda em “fase de consolidação”. Diz ainda que a região convive com “um legado de regimes ditatoriais, com uma cultura de violência, de impunidade e (...) precária tradição de respeito aos direitos humanos em âmbito doméstico”.

Em verdade, a semente para criação da OEA havia sido lançada muitos anos antes, em 1889, por ocasião da primeira Conferência Interamericana, realizada por convocação dos Estados Unidos. Nessa ocasião os Países americanos decidiram “se reunir periodicamente e criar um sistema compartilhado de normas e instituições” (OEA, 2021).

Esse primeiro encontro, realizado em Washington, D.C. resultou em discussões para a busca de soluções arbitradas para eventuais controvérsias entre os países participantes e que tinham como pano de fundo, essencialmente, questões de comércio internacional.

Naquela ocasião, os dezoito países participantes, resolveram criar, com sede em Washington, a “União Internacional das Repúblicas Americanas para a pronta coleta e distribuição de informações comerciais,” que depois tornou-se a “União Pan-Americana” e, finalmente, com a expansão das suas funções, a Secretaria Geral da OEA (OEA, 2021).

Tal convenção ergueu os pilares sobre os quais se construiria a Organização dos Estados Americanos. Veja-se que, de maneira diversa do que ocorreu em âmbito Europeu, não houve, na origem do sistema interamericano, uma preocupação de igual porte com a proteção dos direitos humanos.

Com respeito a questões jurídicas, a conferência recomendou a adoção de disposições para governar a extradição; declarou que a conquista não cria direitos; e produziu orientações para a redação de um tratado sobre arbitragem que evitasse o recurso à guerra como meio de resolver controvérsias entre as nações americanas. (...) interesses comerciais dirigidos no sentido de obter maior integração; preocupações jurídicas com o fortalecimento dos vínculos entre o Estado e o setor privado num ambiente

pacífico de cooperação e segurança regional; e o estabelecimento de instituições especializadas em diferentes esferas (OEA, 2021).

Essas conferências ocorreram em intervalos irregulares e, a partir de 1970, foram substituídas pelas reuniões da Assembleia Geral da OEA, conforme determinado no Protocolo de reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos, firmado em Buenos Aires.

Além dessas conferências, havia também reuniões de Ministros das Relações Exteriores e reuniões especiais, como a Conferência Interamericana sobre Problemas da Guerra e da Paz, realizada em 1945 na Cidade do México, para discutir atividades conjuntas a serem realizadas pelos Estados americanos no âmbito da Organização das Nações Unidas, que estava sendo estabelecida, e a Conferência Interamericana para Manutenção da Paz e Segurança no Continente, realizada no Rio de Janeiro (Brasil), em 1947, que adotou o Tratado Interamericano de Assistência Recíproca, com o fim da Segunda Guerra Mundial e início da Guerra Fria, de modo a assegurar a autodefesa coletiva legítima no caso de um ataque de potência estrangeira de fora da região e decidir ações conjuntas no caso de um conflito entre dois Estados partes do tratado. Em todo esse período, foram adotados vários acordos que estabeleceram os princípios básicos do que depois se tornaria a Organização dos Estados Americanos (OEA, 2021).

Dentre os diversos tratados realizados por ocasião das conferências anteriores à criação da OEA, destaca-se a Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados, adotada em 1933, durante a Sétima Conferência Internacional Americana realizada em Montevideú, Uruguai. Essa convenção reafirmava um conceito muito tradicionalista de soberania estatal em âmbito americano: "os Estados são juridicamente iguais, desfrutam iguais direitos e possuem capacidade igual para exercê-los", desta forma restou reiterado e reforçado o princípio de que nenhum Estado tem o direito de intervir em assuntos internos ou externos de outro (OEA, 2021).

Inclusive o artigo 1º da Carta da Organização dos Estados Americanos prevê de maneira enfática que a participação dos países membro da OEA na consecução de suas finalidades, quais sejam, a paz e a justiça para a região, se realizarão por meio da promoção da solidariedade, mas sempre de forma que cada país membro possa defender "sua soberania, sua integridade territorial e sua independência". E continua nos seguintes termos: "A Organização dos Estados Americanos não tem mais faculdades que aquelas expressamente conferidas por esta Carta, nenhuma de

cujas disposições a autoriza a intervir em assuntos da jurisdição interna dos Estados membros (BRASIL, 1952).

Essa visão clássica de soberania, por vezes esbarra na efetiva proteção dos direitos humanos, como se verá, porque o argumento comumente usado pelos países violadores normalmente repete a retórica de que tratam-se de assuntos internos de cada Estado, quando, em verdade, por uma questão moral e pela prevalência da proteção dos direitos humanos, toda violação deve ser encarada como ato atentatório à dignidade da humanidade, assunto que pode sim levar à responsabilização estatal e à cobrança de outros Estados para que tais situações cessem e não se repitam.

Por certo as lições da Segunda Guerra só seriam aprendidas alguns anos depois de 1933. Porém, dentro de uma moral universal, defende-se que a soberania seja desde sempre encarada de modo mais relativizado quando o que estiver em jogo seja a incolumidade dos direitos de todos os seres humanos.

Desde 1923 já havia sido proposta a criação de uma Corte Interamericana de Justiça, mas tal ideia jamais se materializou, apesar de que durante o período compreendido entre 1907 e 1918 funcionou a Corte Centro-Americana de Justiça (OEA, 2021).

Como se vê, apesar desses antecedentes, não fez parte das origens mais remotas do sistema interamericano a preocupação com a criação de uma corte especializada na proteção dos direitos humanos, tal como ocorreu no sistema europeu, idealizado pelo Conselho da Europa.

Em 1948, por ocasião da Nona Conferência Internacional Americana, ocorrida na Colômbia, foi adotada a Carta da Organização dos Estados Americanos, pelos vinte e um países participantes. Nessa mesma ocasião foram adotados outros tratados internacionais além da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que, inclusive, antecedeu declaração congênere adotada em âmbito onusiano: a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A Declaração Americana destacava “o compromisso da região com a proteção internacional dos direitos humanos e preparou o caminho para a Convenção Americana de Direitos Humanos conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, adotada somente em 1969 e com entrada em vigor em 1978” (OEA, 1969).

Apesar de não ser um verdadeiro tratado internacional com força vinculante para os Estados parte, em atendimento ao princípio da *pacta sunt servanda*, a

Declaração Americana foi o ponto de partida para a criação do sistema interamericano de direitos humanos e o instrumento ao qual todos os tratados posteriores sobre o tema em âmbito regional, fazem referência.

Como se busca evidenciar, desde o seu nascedouro, o Conselho da Europa e o sistema por ele inaugurado tinham como preocupação a proteção dos direitos humanos de maneira efetiva, além da criação de uma corte de direitos humanos em âmbito regional, com jurisdição compulsória para os Estados Membro, que permitisse o acesso direto por meio de petição individual. E mesmo que alguns desses desejos não tenham se concretizado inicialmente, é impossível deixar de reconhecer que os horrores vivenciados na Europa haviam fortalecido a necessidade de resgate da moral e do respeito aos direitos do próximo e que esses valores deveriam ser considerados superiores às razões de Estado.

Nas Américas, como dito, os impactos da Segunda Guerra foram sentidos de maneira mais indireta, não tendo o continente americano sido palco dos grandes embates que se travaram naquela ocasião. Portanto, as preocupações com a manutenção da paz eram evidenciadas dentre os propósitos da Organização dos Estados Americanos, mas não havia em âmbito americano a mesma preocupação de resgate moral queurgia no continente europeu. Portanto, a soberania em âmbito americano continuou a ser encarada de modo tradicional, tendo as razões de Estado se firmado como superiores às razões humanitárias, o que resultou no perfil desenhado para o sistema interamericano de direitos humanos que ainda não alçou o ser humano ao seu patamar de verdadeiro e pleno protagonista, participante ativo e direto do sistema.

3.2 DOS ORGÃOS COMPONENTES DE CADA SISTEMA DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E SUAS COMPETÊNCIAS EM COMPARAÇÃO

3.2.1 O Conselho da Europa

O Conselho da Europa, fundado por meio do tratado de Londres assinado em cinco de maio de 1949, pelos representantes dos dez países membros originais, quais sejam: Bélgica, Dinamarca, França, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Suécia e Reino Unido, tem como objetivos institucionais a proteção dos

direitos humanos, a defesa da democracia e do estado de direito (CONSELHO DA EUROPA, 2021).

Conta atualmente com quarenta e sete países membros e uma organização composta pelos seguintes órgãos: secretaria geral, comitê de ministros, Assembleia Parlamentar, congresso de autoridades locais e regionais, Tribunal Europeu para os direitos humanos, Comissário para os direitos humanos e Conferência de Organizações Internacionais Não governamentais.

3.2.2 A Organização dos Estados Americanos

A Organização dos Estados Americanos teve seu tratado constitutivo, denominado Carta da OEA, assinado em Bogotá, Colômbia, em trinta de abril de 1948, entrando em vigor apenas em 1951, quando completaram-se as ratificações e depósitos exigidos para vigência, conforme seu artigo 140. Como exposto no tópico relativo ao contexto histórico de criação dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos, as origens de uma organização americana remontam a 1889, entretanto, somente a partir de 1948 pode-se entender, finalmente, constituída, essa organização. A carta da OEA foi assinada por 21 estados originariamente, dentre eles: Argentina, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Equador, Estados Unidos, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Paraguai, Panamá, Peru, Uruguai e Venezuela, sendo que, na atualidade, conta com 35 estados membro (OEA, 2021).

Dentre os objetivos institucionais indicados no artigo 1º da Carta da OEA figuram a promoção da paz e da justiça por meio da adoção de soluções pacíficas de controvérsias entre os Estados Membro, pela cooperação e pela observância da solidariedade entre seus membros. E ainda a defesa da soberania, da integridade territorial e da independência de seus membros.

No artigo 2º são elencados, de maneira direta, os seguintes propósitos essenciais:

- a) Garantir a paz e a segurança continentais;
- b) Promover e consolidar a democracia representativa, respeitado o princípio da não-intervenção;
- c) Prevenir as possíveis causas de dificuldades e assegurar a solução pacífica das controvérsias que surjam entre seus membros;
- d) Organizar a ação solidária destes em caso de agressão;

- e) Procurar a solução dos problemas políticos, jurídicos e econômicos que surgirem entre os Estados membros;
- f) Promover, por meio da ação cooperativa, seu desenvolvimento econômico, social e cultural;
- g) Erradicar a pobreza crítica, que constitui um obstáculo ao pleno desenvolvimento democrático dos povos do Hemisfério; e
- h) Alcançar uma efetiva limitação de armamentos convencionais que permita dedicar a maior soma de recursos ao desenvolvimento econômico-social dos Estados membro (BRASIL, 1952).

Vê-se, que diferentemente de sua congênere europeia, a Organização dos Estados Americanos não tinha como objetivos fundamentais a defesa dos direitos humanos de maneira direta e nem a criação de uma corte de defesa desses direitos. Apenas no artigo 3º, alínea I, tem-se uma menção mais específica aos direitos humanos: “Os Estados americanos proclamam os direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo”. Por óbvio, quando se defende a paz, a democracia, a solidariedade e a cooperação, está-se promovendo também e, indiretamente, os direitos humanos. Mas não há como deixar de notar essa sensível diferença de objetos em relação aos dois sistemas regionais comparados nessa tese.

O artigo 53 da Carta da OEA descreve os órgãos constitutivos dessa organização: a Assembleia Geral, a Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, os Conselhos, a Comissão Jurídica Interamericana, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Secretaria Geral, as Conferências Especializadas e os Organismos Especializados. Tal artigo se referia ainda a possibilidade de criação de outros órgãos, organismos e entidades que se fizessem necessárias (BRASIL, 1952).

E assim procederam quando em 22 de maio de 1979, criaram a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão autônomo judicial, criado para interpretar e aplicar a Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados de direitos humanos, incluindo-se dentro do sistema inaugurado pela OEA para a defesa regional dos direitos humanos.

Como se pode observar, há uma grande quantidade de órgãos que compõe os sistemas regionais europeu e americano. Porém a comparação que se quer realizar, focará exclusivamente sobre os órgãos que participam ativamente da

proteção dos direitos humanos em âmbito regional: as comissões/comissariados para direitos humanos e as cortes de direitos humanos.

3.2.3. A comissão europeia de direitos humanos, sua competência e sua extinção

O sistema europeu de direitos humanos, como visto anteriormente, foi pioneiro no tratamento judicial dos problemas relacionados à violação dos direitos humanos e, também, representou uma forma de garantir efetividade aos princípios elencados na Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), transformando seus preceitos em obrigações a serem observadas pelos países participantes da Convenção Europeia de Direitos Humanos, ainda que apenas em âmbito regional.

Uma análise comparativa entre o texto da DUDH e da Convenção Europeia de Direitos Humanos permite concluir que a Convenção Europeia estabelece uma proteção mais sólida dos direitos que consagra porque, se de um lado vincula os Estados membros do Conselho da Europa, de outro estabelece um “mecanismo de reação” para quando houver violação a tais direitos (PEREIRA, 1999, p. 80).

Conforme se pode verificar pela análise do preâmbulo da referida Convenção, os Países Membro do Conselho da Europa Convencionaram e consideraram os seguintes aspectos ao adotar o texto convencional e fizeram referência expressa à DUDH

(...)

Considerando a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, Considerando que esta Declaração se destina a assegurar o reconhecimento e aplicação universais e efetivos dos direitos nela enunciados,

Considerando que a finalidade do Conselho da Europa é realizar uma união mais estreita entre os seus Membros e que um dos meios de alcançar esta finalidade é a proteção e o desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais,

Reafirmando o seu profundo apego a estas liberdades fundamentais, que constituem as verdadeiras bases da justiça e da paz no mundo e cuja preservação repousa essencialmente, por um lado, num regime político verdadeiramente democrático e, por outro, numa concepção comum e no comum respeito dos direitos do homem,

Decididos, enquanto Governos de Estados Europeus animados no mesmo espírito, possuindo um patrimônio comum de ideais e tradições políticas, de respeito pela liberdade e pelo primado do direito, a **tomar as primeiras providências apropriadas para assegurar a garantia coletiva de certo número de direitos enunciados na Declaração Universal,**

Afirmando que as Altas Partes Contratantes, em conformidade com o princípio da subsidiariedade, têm a responsabilidade primária de assegurar os direitos e as liberdades definidos nesta Convenção e nos seus Protocolos e, ao fazê-lo, gozam de uma margem de apreciação, sujeita à supervisão do

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem estabelecido pela presente Convenção (CONVENÇÃO..., 1950) (grifos nossos).

O sistema idealizado inicialmente previa uma corte que teria jurisdição obrigatória e que conheceria diretamente das petições individuais dos cidadãos dos países membro do Conselho da Europa que tivessem seus direitos violados. Esse *modus operandi* da apresentação dos litígios à Corte e, igualmente, da força das sentenças por ela emitidas, garantiam, a um só tempo, a confirmação dos direitos e a implementação de mecanismos que permitissem o efetivo controle dos casos de violações a esses mesmos direitos.

Camarillo Govea comenta que “dar acesso direto aos indivíduos, constituía, de *per se*, uma mudança radical frente à tradição de que em âmbito internacional as relações geralmente eram interestatais, e este era um precedente de grande destaque em âmbito da ‘nova’ proteção internacional dos direitos humanos” (CAMARILLO GOVEA, 2014).

Entretanto, por questões práticas, inicialmente não foi possível permitir nem a obrigatoriedade de jurisdição da Corte e nem esse mecanismo de acesso direto à Corte Europeia. Os Estados entenderam que seria inoportuno oferecer tal protagonismo ao indivíduo em um momento em que o comunismo acenava no cenário internacional e que o mecanismo da petição individual poderia ser utilizado como meio para propaganda política. Não se desejava que o Tribunal fosse inundado por pedidos sem respaldo em violações de direitos humanos e que visassem, em verdade, finalidades políticas (CAMARILLO GOVEA, 2014).

Para sobrepor as barreiras colocadas por alguns dos países membro do Conselho, optou-se, num primeiro momento, por não permitir a petição direta e individual, e, em contrapartida, foi criada a Comissão Europeia de Direitos Humanos. Entre arriscar em manter as ideias originais de um tribunal com jurisdição obrigatória e direito de petição individual e direta, e com tal iniciativa, colocar em risco a criação do sistema europeu de direitos humanos, optou-se, afinal, por uma proposta mais amena, com a criação da referida Comissão.

Foi uma vitória momentânea dos classicistas e soberanistas do direito internacional que preferiam manter o protagonismo dos Estados no cenário internacional.

Segundo Sanches Legido a Convenção Europeia não resistiu, na sua integridade inicial, aos embates levantados pelos defensores da soberania clássica ou ainda às desconfianças em relação ao “novo” que se acenava com a criação da primeira corte de direitos humanos do mundo. Impunham oposição à obrigatoriedade de sua jurisdição e ainda resistiam à ideia de que algumas das questões que poderiam ser levadas ao conhecimento da Corte consistiriam, em verdade, em questões de jurisdição interna de cada um dos Estados membros (SANCHES LEGIDO, 1995).

O comitê responsável pela elaboração da Convenção Europeia de Direitos Humanos, por acordo, resolveu que, naquele momento, somente os direitos fundamentais e essenciais poderiam ser garantidos. Regulamentaram, conforme exposto alhures, os direitos que estavam contidos na Declaração Universal. O comitê encarregado da elaboração da Convenção listou doze direitos dentre os citados na Declaração Universal e atribuiu tanto aos Estados quanto aos indivíduos o direito de peticionar à Comissão. Já a Comissão e os Estados, estes sim, poderiam peticionar diretamente à Corte Europeia (CAMARILLO GOUVEA, 2014).

De fato, não havia razões jurídicas que impedissem o comitê de realizar o desejo inicial de reconhecer o homem como titular de direito de petição perante a corte que se ambicionava criar. Havia, como analisado, apenas empecilhos de ordem política e de ordem talvez cultural ou que esbarravam na tradição soberana clássica de apenas reconhecer os Estados como sujeitos de direito internacional.

Pode-se concluir, portanto, que a criação da Comissão Europeia de Direitos Humanos, teve sua justificativa em motivos de ordem política somente e não de ordem técnica ou jurídica. A instabilidade política de alguns Estados no período pós-Segunda Guerra Mundial, trouxe consigo a insegurança acerca do sistema de proteção de direitos humanos que se concebia. E, por mais que as intenções iniciais fossem muito nobres, e que depois elas viriam a vingar, nesse primeiro momento elas se dobraram à desconfiança política e ao medo de que o mecanismo pudesse vir a ser utilizado com finalidades políticas. No exercício dessa função política, a Comissão Europeia e sua congênere interamericana filtram as petições que são apresentadas às Cortes.

As Comissões, tanto a Europeia, já extinta, como a Interamericana, ainda em atividade, acabaram realizando ao longo de sua existência, não apenas atividades políticas, mas, até mesmo atividades com certo viés jurisdicional, funcionando como “representante” das vítimas, enquanto essas não tinham acesso direto à Corte, por

meio de suas petições individuais, como defendeu a Comissionária Flávia Piovesan, em entrevista concedida em fevereiro de 2021 (DEBATES VIRTUAIS SOBRE A CIDH, 2021).

Sua criação surgiu como uma alternativa à resistência inicial em se permitir ao indivíduo um protagonismo mais eficiente no cenário internacional. Essa terceira via apresentou-se como forma de contornar aqueles que ainda não viam com bons olhos a apresentação direta das petições individuais à Corte, criando então a possibilidade de que elas fossem apresentadas a uma Comissão e que, esta última é que poderia encaminhar a queixa acerca da violação à Corte. Portanto, inicialmente, as denúncias chegavam à Corte por meios indiretos. E por isso, foi criada a Comissão como órgão com certo caráter transitório, até que houvesse mais maturidade para aceitar o protagonismo humano e que suas petições pudessem ser apresentadas diretamente à Corte Europeia.

O artigo 19, seção II, do texto original da Convenção Europeia, assinado em 1950, estabelecia que, para atingimento das finalidades estabelecidas em sua seção antecedente, e para garantir a observância dos compromissos assumidos pelos Estados parte, que continha um extenso rol de direitos individuais e políticos, deveriam ser estabelecidos dois órgãos: A Comissão europeia de direitos humanos e a Corte europeia de direitos humanos.⁶

Na seção seguinte, de número III, o texto da convenção estabeleceu no artigo 20, que a Comissão contaria com um número de membros equivalente ao número de Estados parte e de que não poderia haver dois membros da comissão originários do mesmo Estado.

O artigo 21, por sua vez, estabelecia a forma de eleição dos membros da Comissão. Tal eleição era realizada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, por maioria absoluta dos votos de seus membros. A lista de candidatos era organizada pelo Assembleia Consultiva do referido Conselho, órgão encarregado dessas deliberações.

⁶ Todos os artigos da Convenção Europeia indicados e utilizados a partir deste ponto foram retirados do texto original da Convenção, de 1950, escritos originalmente em inglês e francês, com tradução da autora da presente tese. Disponível no site da Corte Europeia de Direitos Humanos: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c>.

Cada grupo representativo dos Estados-membro na composição da Assembleia Consultiva deveria indicar ao menos três nomes, dos quais pelo menos dois deveriam ser da nacionalidade do Estado que os indicava.

De acordo com o artigo 22, cada membro da Comissão tinha um mandato de seis anos de duração, podendo ser reeleitos. Entretanto, dentre os reeleitos, e, segundo estabelecia o artigo 23 em sua versão original, cada membro da Comissão trabalhava de forma independente, ainda que indicado por seu país de origem, não estava vinculado a defendê-lo, não sendo considerados representantes desses Estados.

Quanto às competências da Comissão, o artigo 24 indicava que ela ficava encarregada de conhecer de questões levantadas por qualquer Estado parte em razão de violações à Convenção Europeia cometidas por outros Estados parte. E o artigo 25 acrescentava o dever de processar as queixas submetidas por meio de petições inicialmente endereçadas ao Secretário Geral do Conselho da Europa e posteriormente encaminhadas à apreciação da Comissão para verificação dos requisitos e para verificação de admissibilidade. As petições poderiam ser originadas de indivíduos, grupos de indivíduos ou de organizações não governamentais que sofreram violações aos direitos estabelecidos na Convenção Europeia por quaisquer Estados parte, desde que esse Estado parte tivesse consentido em se submeter à competência da Comissão para receber tais petições. Importante destacar que a atuação da Comissão começou apenas a partir do momento em que pelo menos seis Estados membro do Conselho da Europa consentiram em reconhecer os poderes atribuídos à mesma.

O artigo 26, do texto original, expressava o princípio da necessidade de esgotamento das instâncias internas de cada Estado parte, antes da apresentação das petições à Comissão europeia e que fossem apresentadas dentro de um período de seis meses após a última decisão doméstica, buscando atribuir a necessária estabilidade à decisão. O não cumprimento de tal dispositivo era, inclusive, um motivo para não admissão da petição pela Comissão, conforme artigo 27.

Ainda de acordo com o artigo 27 as petições não poderiam ser anônimas, ou idênticas a outras questões já anteriormente submetidas à Comissão e que não contivessem outras ou novas informações de caráter relevante. Também não deveriam ser admitidas petições que abusassem do direito de petição estabelecido na

Convenção ou ainda que fossem mal embasadas nas disposições convencionais ou ainda incompatíveis com o disposto no texto da Convenção.

Uma vez admitida a petição, cabia à Comissão, na forma do artigo 28, proceder, se necessário, a uma análise prévia do seu conteúdo, em conjunto com representantes dos entes envolvidos na questão, buscando esclarecer os fatos descritos e, se necessário, promover investigações para com as quais os Estados envolvidos deveriam contribuir. E poderia ainda intentar a celebração de acordos ou soluções amistosas.

A Comissão poderia criar uma subcomissão para analisar os casos submetidos ao seu crivo. Essas subcomissões eram compostas de, pelo menos, sete membros da Comissão original. Cada uma das partes envolvidas poderia, igualmente, apontar membros para participarem dessa subcomissão. Então, após a indicação dos membros dos Estados parte envolvidos, os demais membros deveriam ser indicados de acordo com os regulamentos de funcionamento da Comissão, conforme artigo 29 da Convenção.

Cabia à Subcomissão, na eventualidade de ser alcançada uma solução amigável, elaborar um relatório contendo os principais aspectos da questão e da solução obtida. Tal relatório era enviado a cada uma das partes envolvidas, para o Comitê de Ministros e, também, para o Secretário Geral do Conselho da Europa para publicação, de acordo com o preconizado na Convenção em seu artigo 30.

Se, do contrário, não se obtivesse uma solução amigável para a queixa, em conformidade com o artigo 31 da Convenção Europeia, cabia à Comissão elaborar, igualmente, um relatório dos fatos mais relevantes e inserir, inclusive, a opinião da Comissão acerca da demanda. A opinião de cada membro da Comissão, individualmente considerado, poderia ser expressa nesse relatório, em atendimento ao que dispunha o artigo 23, retromencionado. Esse relatório poderia ser encaminhado aos Estados envolvidos na questão e, também, ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa.

Se não houvesse submissão direta à Corte Europeia de Direitos Humanos, na forma do artigo 48 da Convenção, dentro de um período de três meses após apresentação do relatório da Comissão ao Comitê de Ministros, poderia esse Comitê, por maioria de dois terços de seus membros, reconhecer a violação à Convenção. Se, de fato, reconhecida a violação, cabia ao Comitê de Ministros estabelecer um prazo

para que o Estado parte violador tomasse providências de forma a fazer cessar as violações, conforme requerido.

Se o Estado violador não tomasse, no prazo indicado, as medidas esperadas, o Comitê de ministros poderia, mais uma vez, por decisão da maioria de dois terços de seus membros, decidir qual efeito deveria ser dado à decisão e, também, poderia determinar a publicação do relatório como forma de tornar públicas as violações, causando certo embaraço internacional para o Estado.

O artigo 32 determinava que os Estados deveriam tomar essas decisões do Comitê de Ministros como vinculativas (*binding decisions*).

Os artigos 33, 34, 35 e 36 da Convenção referiam-se aos aspectos administrativos e funcionais da Comissão e da Subcomissão, determinando que suas decisões fossem sempre tomadas por maioria dos membros presentes e votantes no caso da Comissão e de maioria do número de membros no caso de deliberações da Subcomissão. Esses encontros poderiam acontecer sempre que fosse conveniente, organizados sob a forma de câmaras, com convocação realizada pelo Secretário Geral do Conselho da Europa.

Cabia ainda à própria Comissão, estabelecer regras acerca de seu funcionamento. E que o trabalho de assessoramento à Comissão seria realizado pela Secretaria geral do Conselho da Europa.

Como se vê, as funções políticas desempenhadas pela Comissão Europeia de direitos humanos, enquanto unidade membro do sistema europeu de proteção de direitos humanos, consistiam basicamente em analisar petições de Estados, indivíduos, grupos de indivíduos ou organizações não governamentais, verificando se estavam presentes os requisitos de admissibilidade e buscando soluções e acordos para as questões apresentadas. Cabendo ainda, a tarefa de elaborar relatórios acerca dos casos analisados e de, eventualmente, submetê-las à Corte Europeia, que em um momento inicial tinha jurisdição não obrigatória. Ou ainda de apresentá-las ao Comitê de Ministros, para que esse órgão promovesse as tarefas a ele atribuídas na busca de solução e pacificação para as contendas.

Os trabalhos eram feitos a portas fechadas e eram, a princípio, confidenciais. As línguas oficiais da Comissão eram o inglês e o francês e os trabalhos, salvo algumas situações excepcionais, eram conduzidos nesses idiomas.

A Comissão não era um órgão de funcionamento permanente dentro do Conselho da Europa. As sessões aconteciam durante um período de até 16 semanas por ano. Os trabalhos desempenhados pela Comissão não eram cobrados daqueles que apresentavam suas petições e, também, não havia necessidade de acompanhamento por advogado, ainda que tal assessoria jurídica fosse aconselhável. Era oferecido às partes que alegassem não possuir condições financeiras de acompanhar o caso apresentado, algo semelhante ao sistema da assistência judiciária. Tais despesas eram pagas pelos fundos colocados à disposição da Comissão pelo Conselho da Europa. Necessário salientar que os membros da Comissão recebiam remuneração que era paga pela dotação orçamentária do Conselho (A COMISSÃO EUROPEIA..., 1996).

O sistema de análise e admissibilidade desempenhado pela Comissão Europeia de Direitos Humanos era semelhante, tanto para as petições individuais apresentadas por indivíduos, grupos de indivíduos ou ONGs, como para as queixas exteriorizadas pelos Estados parte e consistia, em um primeiro momento, no recebimento das reclamações pela Secretaria Geral do Conselho da Europa que as encaminhava ao Presidente da Comissão.

Conforme artigo 41 das regras de procedimento da Comissão Europeia de Direitos Humanos as petições deveriam ser escritas e assinadas pelos seus autores ou seus representantes. Tais pedidos deveriam indicar o Estado em face do qual a reclamação era apresentada, o objeto da demanda e os fatos que a embasavam além, preferivelmente, da indicação dos dispositivos da Convenção Europeia que haviam sido violados. Deveriam também indicar os meios de prova e anexar os documentos necessários, com o intuito de facilitar a análise da questão. Além disso, em atendimento ao artigo 26 da Convenção original, os reclamantes deveriam comprovar que haviam exaurido todas as etapas prévias da jurisdição doméstica.

De posse da denúncia, o Estado parte em face de quem se reclamava a conduta violadora da Convenção era informado da mesma e era convidado a apresentar, por escrito, suas considerações acerca da admissibilidade do caso (artigo 44 do Regulamento da Comissão).

Em seguida, era nomeado um relator para o caso, que fazia uma análise preliminar da denúncia. Ato contínuo o caso era encaminhado para uma subcomissão ou câmara que analisaria se estavam presentes as condições de admissibilidade.

Naquele momento podiam ser requeridas mais informações às partes envolvidas na demanda, inclusive com realização de eventual audiência em que as partes poderiam apresentar seus argumentos. Entretanto, se a subcomissão ou câmara decidisse pela inadmissibilidade da queixa, não havia recurso que atacasse tal decisão e uma nova reclamação só poderia ser apresentada acerca das mesmas violações se fosse embasada em novos fatos.

Era possível ainda a retirada da queixa por quem a houvesse apresentado desde que procedesse antes que a Comissão se decidisse sobre sua admissibilidade, levando então ao seu arquivamento. Conforme estabelecido na Convenção, cada subcomissão ou câmara deveria ser composta de, pelo menos, sete membros.

Uma vez admitida a reclamação, ela tinha seu mérito analisado verificando a extensão da violação às disposições da Convenção. Podiam ser realizados atos semelhantes a um inquérito para aprofundamento das investigações acerca dos fatos, para com o qual os Estados deveriam contribuir, facilitando seu processamento.

Em um primeiro momento deveriam ser intentadas pela Subcomissão a obtenção de soluções amigáveis e, se isso fosse possível, deveria ser elaborado um relatório com o conjunto de medidas acordadas que seria posteriormente publicado.

Caso a solução conciliatória não fosse possível também deveria ser elaborado um relatório revelando os fatos que fundamentavam a queixa e contendo um parecer de caráter jurídico, porém não vinculativo, indicando possíveis soluções e propostas apresentadas pela Subcomissão. Se esses relatórios não fossem aprovados de maneira unânime, poderiam conter as opiniões dos membros divergentes.

Este relatório era enviado ao Comitê de Ministros que poderia tomar decisões vinculativas, publicar os relatórios ou o caso poderia ser submetido à jurisdição da Corte Europeia de Direitos Humanos.⁷

A Corte recebia inúmeras reclamações acerca das frequentes opiniões divergentes apresentadas pelos membros da Comissão Europeia em seus relatórios e dos fatos e alegações dos representantes das vítimas. E ainda que a princípio tais divergências tenham sido consideradas normais e inevitáveis, tais queixas

⁷ Todos os aspectos procedimentais revelados nos parágrafos anteriores foram retirados do regulamento da Comissão Europeia de Direitos Humanos. Rules of procedure of the European Commission of Human Rights adopted on 15 December 1956 texto original em inglês e francês traduzido pela autora da tese. Disponível em: https://www.cvce.eu/en/obj/rules_of_procedure_of_the_european_commission_of_human_rights_1956-en-3133e922-1f25-4a60-92c9-ed52c77f44a0.html

começaram a pavimentar o caminho que levaria às mudanças nos procedimentos da Corte e na reforma da própria Convenção Europeia (CANÇADO TRINDADE, 2011).

Assim se procedeu durante os muitos anos de funcionamento da Comissão Europeia até que em 1995, quando começou a vigência do protocolo de número 9 à Convenção, iniciaram-se as mudanças que seriam mais significativas para o sistema e para a atuação da Comissão.

Tal protocolo permitia que quem apresentasse queixas à Comissão pudesse requerer a intervenção da Corte Europeia de Direitos Humanos, independente do pedido de análise ter sido realizado por Estado parte ou pela própria Comissão, como estava estabelecido até então. Entretanto, tal análise estava sujeita a uma comissão prévia de admissibilidade, composta por três juízes da Corte Europeia. Era o início do fim da Comissão, que se completou alguns anos depois, com a entrada em vigor do protocolo n.11.

O protocolo n. 11, que entrou em vigor em 1 de novembro de 1998, alterou significativamente os mecanismos de conhecimento de violações à própria Convenção Europeia de Direitos Humanos. A mudança mais relevante para a presente tese é, sem dúvida, a extinção da Comissão Europeia, que funcionou entre novembro de 1953 até novembro de 1998. Foram 45 anos de atividade. Mas havia chegado a hora em que o Sistema Europeu de proteção dos direitos humanos encontrava-se amadurecido, afinal, para alcançar um dos seus objetivos iniciais: a jurisdição da Corte europeia se tornaria obrigatória para todos os membros e as petições dos indivíduos violados passariam a ser apresentadas diretamente à Corte.

Segundo Pereira (1999), as mudanças trazidas pelo Protocolo n. 11 foram motivadas por várias circunstâncias. Uma delas foi o fato de que só podiam peticionar diretamente à Corte Europeia de Direitos Humanos, a Comissão e os Estados parte da Convenção Europeia e estes últimos sempre foram muito “tímidos” na apresentação de queixas em face de outros Estados parte. Para se ter uma ideia é importante verificar que a primeira queixa, nesses moldes, foi apresentada à Comissão somente em 1956, seis anos após a instituição da Corte Europeia, em um caso em que a Grécia reclamava do Reino Unido em relação ao Chipre.

Até aproximadamente 1994, apenas 19 queixas tinham sido apresentadas por Estados em face da Comissão, enquanto, no mesmo período, aproximadamente 29.539 queixas individuais haviam sido submetidas à Comissão, das quais cerca de

2.835 haviam sido admitidas e apenas cerca de 619 casos haviam sido transmitidos à Corte Europeia (A COMISSÃO EUROPEIA..., 1996).

O número de petições apresentadas à Comissão, por indivíduos, ONGs ou grupos de indivíduos sempre foi muito superior ao de petições apresentadas pelos Estados em face de outros Estados parte.

Lembrando ainda que, quanto à submissão de casos à Comissão de Direitos Humanos, havia a necessidade de que os Estados em face de quem as queixas eram apresentadas, reconhecessem a competência da Comissão para que ela pudesse buscar soluções para a demanda. As competências não impositivas da Comissão e da Corte eram, sem dúvida, um óbice à efetividade da Convenção Europeia.

Desde sua origem, a Convenção Europeia para a proteção de Direitos Humanos e liberdades fundamentais estabelecia em seu artigo 25 que qualquer pessoa, organização não governamental (ONG) ou grupo de indivíduos que reclamarem em face de violações a seus direitos poderiam fazer uso do instrumento da petição individual para apresentarem sua reclamação perante a Comissão de Europeia de Direitos Humanos.

Entretanto, em documento de 1955, intitulado “*Towards the right to individual petition*” (CONSELHO DA EUROPA, 1955) já se estabelecia que para alcance de tal prerrogativa seria necessário que ao menos seis países membros do Conselho da Europa reconhecessem a competência da Comissão para receber essas petições individuais. E apenas isto não bastaria. Seria também necessário que para que tais petições fossem aceitas elas precisavam expor violações cometidas justamente por esses países que aceitavam a competência da Comissão.

Em qualquer outra situação, só países membros poderiam apresentar casos de violações à Comissão. Ou seja, nada de acesso direto por meio de petições individuais se o Estado violador não fosse ele mesmo reconhecedor da competência da Comissão para processar esses pedidos individuais.

Em 1955, quatro países reconheceram o direito à petição individual dirigida à Comissão. Com tal gesto, o Conselho da Europa esperava que, em breve, ou naquele mesmo ano, contariam com o número de adesões suficientes (CONSELHO DA EUROPA, 1955);

Outro fato que levava a críticas ao *modus operandi* do sistema europeu de proteção de direitos humanos era o de que, muitas vezes, as queixas não chegavam

a ser analisadas por órgão jurisdicional. Seja porque o Estado violador não havia aceitado a jurisdição da Corte ou ainda porque a Comissão havia decidido pela inadmissibilidade da queixa, o que, segundo Pereira, acontecia em cerca de 90% dos casos apresentados (PEREIRA, 1999).

Um elemento em especial contribuiu para a reforma implementada pelo protocolo n. 11: a demora da Comissão Europeia em analisar os casos que lhes eram apresentados.

Já com a finalidade de comparar os órgãos semelhantes pertencentes aos diferentes Sistemas de proteção de direitos humanos, sabe-se que uma das principais queixas em relação ao trabalho realizado pela Comissão Interamericana é justamente a mesma demora na análise das reclamações que lhe são apresentadas.

Tal questão esbarra no objeto específico da presente tese, qual seja, a efetividade dos sistemas regionais de direitos humanos. Sabe-se que justiça tardia não é garantidora da mesma satisfação que pode ser obtida com uma rápida solução das contendas. Ademais, em relação à Convenção Europeia, o próprio artigo 6º, 1, garante que a justiça deve ser implementada em prazo razoável e, esperar até 20 anos para uma solução ou relatório emitido por uma Comissão, não coaduna com esse direito e não é razoável.

Por certo que os atrasos ocorreram em razão de um somatório de fatores, como, por exemplo, a entrada dos países do leste europeu no Conselho da Europa; também pode ser indicado como fator que contribuiu para aumento dos casos apresentados perante a Comissão Europeia, o fato de que o mecanismo se tornou cada vez mais conhecido e difundido entre os operadores do direito, o que representou um sensível aumento no número de petições apresentadas.

Contribuíram igualmente para os referidos atrasos a demora dos Estados membro do Conselho da Europa em aceitarem a competência da Comissão e a jurisdição da Corte Europeia de Direitos Humanos. Tal fato demonstrou que havia necessidade de reforma e de imposição de uma cláusula que tornasse obrigatória, a todos os membros do Conselho, a jurisdição obrigatória da Corte, nos moldes do que foi realizado por meio do protocolo n. 11 de 1998 (PEREIRA, 1999).

Segundo Pereira (1999) o objetivo buscado pela adoção do referido protocolo era o de “assegurar o caráter independente e jurisdicional” do sistema europeu de direitos humanos e ao mesmo tempo garantir o acesso dos indivíduos diretamente à

Corte Europeia. Tal passo já havia sido antecedido pela adoção do protocolo n. 9, que entrou em vigor alguns anos antes, em 1994, pelo qual, em atendimento à necessidade de garantia do “princípio da igualdade de armas” era oferecido ao reclamante, diante do relatório final elaborado pela Comissão Europeia, o seu envio não apenas aos Estados-réus, mas também ao Comitê de Ministros e ao indivíduo queixoso que poderia resolver submeter o caso à jurisdição da Corte Europeia. Naquele momento, foram dados os primeiros passos concretos para o reconhecimento da capacidade postulatória dos indivíduos perante a Corte, nos moldes do que já eram as intenções esboçadas desde os trabalhos preliminares do Conselho da Europa e da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

A partir do protocolo n. 11 os processos passaram a tramitar unicamente perante a Corte e não mais previamente pela Comissão que restou extinta como órgão de análise das petições apresentadas pelos reclamantes. Importante ressaltar que para os casos já admitidos à época da reforma implementada pelo referido protocolo, foram mantidos os trabalhos temporários da Comissão, conforme artigo 5º, n. 3, do protocolo em comento, segundo o qual a Comissão permaneceria com suas funções durante o ano subsequente à entrada em vigor do protocolo exclusivamente para tratar dos casos que já haviam sido admitidos e, se depois desse prazo, não houvesse solução para as demandas, elas passariam à Corte como casos já admitidos e cujo processamento, daí em diante seria levado a cabo pelo órgão jurisdicional.⁸

A partir das alterações do protocolo n. 11, o Conselho ou Comitê de Ministros não mais participaria do processo de análise dos relatórios da Comissão, naqueles casos em que os Estados envolvidos ainda não tivessem aceitado a jurisdição da Corte. Em verdade, com a jurisdição obrigatória da Corte Europeia de Direitos Humanos, o Comitê de Ministros passaria apenas a fiscalizar ou controlar o cumprimento das decisões da Corte, por parte dos Estados sentenciados (PEREIRA, 1999).

Portanto, a entrada em vigor do protocolo n. 11 à Convenção Europeia de Direitos Humanos concluiu um longo caminho de pequenas reformas que permitiram ao cidadão europeu, que teve seus direitos violados, de poder exercer sua capacidade de ser sujeito ativo de direito internacional de direitos humanos e dirigir suas queixas, diretamente, a um órgão jurisdicional, que buscará não apenas indenizar mas eventual

⁸ Vide artigo 5º, 3 do protocolo n. 11 de 1994.

e efetivamente reparar as lesões aos direitos mais basilares do ser humano, como sempre se almejou no sistema europeu.

Importante ressaltar que após a entrada em vigor do protocolo n. 11 houve um incremento significativo no número de casos apresentados à Corte, o que culminou na necessidade de se criarem filtros mais efetivos para a recepção das representações individuais dirigidas aquele órgão judicial. Tais filtros foram adicionados pelo protocolo n. 14, que entrou em vigor em 2010, mas apesar de terem em mente a necessidade de manter as significativas conquistas para a efetividade dos direitos humanos e do acesso à justiça trazidas pelo protocolo n. 11, não foram recebidos sem críticas (CANÇADO TRINDADE, 2011).

O funcionamento da Corte explicado mais à frente na presente tese, já tem em consideração as mudanças implementadas pelo protocolo n. 14, no que tange ao recebimento das comunicações individuais.

3.2.4. A criação do comissariado de direitos humanos em âmbito europeu e suas competências

Após sua extinção e após o fim de sua atuação temporária durante um ano, depois da entrada em vigor do protocolo n. 11, a Comissão passou a ser denominada Comissariado de direitos humanos.

Não se pode deixar de reconhecer o importante papel desempenhado pela Comissão Europeia de Direitos Humanos durante o período de sua atuação, como filtro para a admissibilidade das petições submetidas por indivíduos ao Sistema Europeu de proteção de direitos humanos. Sua atuação se estendeu de 1953 a 1998.

A partir de 1999, as funções do Comissariado se mostraram, obviamente, diversas, pois já não cabe mais a esse órgão do Conselho da Europa a análise de petições e verificação de admissibilidade de casos de violações de direitos humanos apresentados ao Sistema Europeu de proteção desses direitos.

Agora, as atribuições do Comissariado consistem em promover o respeito aos direitos humanos nos 47 países membros, através do diálogo, da contribuição com a conscientização social acerca da temática, de visitas *in loco*, da elaboração de relatórios e de recomendações dirigidas aos Estados pertencentes ao Sistema.

A tarefa é atribuída a um Comissário, *expert* em direitos humanos, que, de forma independente em relação a sua nacionalidade e com a imparcialidade necessária, deve promover conscientização acerca da temática da proteção dos direitos humanos e oferecer suporte aos Estados parte para que sejam implementadas políticas de proteção desses direitos (CONSELHO DA EUROPA, 2021).

Através do reconhecimento de brechas ou falhas nessa proteção, o Comissário deve facilitar as atividades dos atores internos de cada Estado na busca de implementação de políticas de direitos humanos além de providenciar, aconselhar e informar os Estados acerca da situação dos direitos humanos em âmbito regional/europeu.

Como dito, não cabe ao Comissariado analisar petições individuais, uma vez que não se trata de um órgão de feição jurisdicional. Pode até tomar conhecimento de violações específicas, mas não pode tomar decisões concernentes a elas.

Acerca da escolha do Comissário, sua eleição cabe ao Parlamento do Conselho da Europa que escolhe dentre uma lista de três candidatos. Tal lista é preparada pelo Comitê de Ministros e deve conter nomes cujo conhecimento em matéria de direitos humanos seja notório. Uma vez eleito, o Comissário atua durante um mandato de 6 anos, não podendo ser reconduzido.

Na página do Conselho da Europa⁹, a atual Comissária, Dunja Mijatovic, a primeira mulher a ocupar tal posto, afirma que seu trabalho também deve buscar efetivar a proteção dos direitos humanos em âmbito Europeu, trabalhando para que os Estados parte se mantenham firmes em seus propósitos e no cumprimento das obrigações advindas dos tratados europeus e das decisões da Corte Europeia de direitos humanos.

Ela diz ter consciência, entretanto, das dificuldades estruturais e principalmente políticas, marcadas pela falta de um maior comprometimento dos atores do sistema com a proteção integral dos direitos humanos em âmbito europeu, ao mesmo tempo em que também reconhece o quanto esse sistema se destaca em relação a outros sistemas regionais de proteção de direitos humanos.

Ela se propõe a trabalhar juntamente com governos, autoridades nacionais, defensores dos direitos humanos, jornalistas, organizações não governamentais e

⁹ <https://www.coe.int/en/web/commissioner/the-commissioner>

educadores buscando encontrar soluções para eventuais obstáculos à mais ampla realização dos direitos humanos e, para tanto defende o papel de todos os membros da sociedade em implementar os direitos humanos em suas vidas cotidianas.

Ela afirma ainda que os Estados devem salvaguardar as liberdades, garantir dignidade, justiça e inclusão para todos e que em seu mandato ela espera contribuir com os Estados para que eles alcancem tais intentos (CONSELHO DA EUROPA, 2021).

As principais funções do Comissário para Direitos Humanos estão previstas na resolução (99)50 do Conselho da Europa. Durante seu mandato, deve o Comissário, além das atribuições já mencionadas: identificar problemas na lei e nas práticas relativas aos direitos humanos nos Estados membro, facilitar as atividades de instituições que funcionam como *ombudsman* em matéria de direitos humanos, aconselhar e informar acerca dos direitos humanos na região. Ainda que não possa decidir sobre casos específicos de indivíduos que sofreram violações a direitos humanos, pode auxiliar na tomada de conclusões e garantir informação segura e de qualidade acerca dessas violações.

Sem dúvida, o Comissariado é mais um dentre outros vários órgãos nacionais, regionais e internacionais que se dedicam ao monitoramento dos mecanismos de proteção de direitos humanos.

As atividades desempenhadas pelo Comissariado incluem, como já indicado, visitas aos Países membro do Conselho da Europa com a finalidade de monitorar e avaliar a situação da proteção dos direitos humanos. Para cumprir tal mister a Comissária pode se encontrar com representantes do governo, da sociedade civil, membros do poder legislativo, judiciário. Também pode visitar locais de relevância para a temática incluindo prisões, hospitais psiquiátricos, escolas, orfanatos e abrigos e locais de assentamento de populações em estado de vulnerabilidade. Após tais visitas, ela pode enviar cartas ou relatórios às autoridades locais contendo recomendações de como contornar os problemas ali verificados (CONSELHO DA EUROPA, 2021b).

O comissário pode realizar trabalhos como aconselhamento, oferecer informações e ainda emitir opiniões, artigos, pareceres e relatórios. Pode ainda organizar seminários e eventos relativos aos mais variados temas acerca dos Direitos Humanos, gerando, assim, maior conscientização acerca do problema.

Interessante salientar que o Comissário tem ainda o direito de intervir, como terceiro “interessado”, nos procedimentos da Corte Europeia de Direitos Humanos, tanto para submeter informações de que tenha conhecimento, relativas a algum caso em curso como participando das audiências.

3.2.5. A comissão interamericana de direitos humanos e suas atribuições

Diferentemente de sua congênere europeia, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos continua exercendo suas atividades, apesar de algumas sensíveis alterações no papel desempenhado pelo órgão ao longo dos anos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante, indicada pela sigla CIDH, foi criada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1959, sendo considerada órgão autônomo dentro do sistema desta Organização Internacional de caráter regional. É um dos principais órgãos atuantes nesse sistema de proteção dos direitos humanos.

É composta por sete membros que são denominados comissários. Esses membros são indicados e escolhidos dentre os Estados Membro da OEA, mas desempenham suas atividades com a necessária independência e com a autonomia que tal cargo requer, portanto não estão vinculados, em suas atribuições, aos países de sua nacionalidade.

A sede da CIDH está localizada em Washington, D.C, Estados Unidos e está encarregada da promoção e proteção dos direitos humanos em âmbito americano. Além disso, deve promover o respeito à Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948). A Carta da OEA, adotada por ocasião da nona conferência internacional americana, mesma data da aprovação da Declaração Americana e estabeleceu a Comissão como órgão principal da OEA que tem como função promover a observância e a defesa dos direitos humanos e ainda servir como órgão consultivo da OEA nesta matéria (artigo 53, e, c/c artigo 106, da Carta da OEA).

Apesar de já estar prevista desde 1948, a Comissão, como indicado alhures, foi criada apenas em 1959 sendo que sua primeira reunião aconteceu somente em 1960. A partir de 1961 a CIDH começou a realizar visitas *in loco*, mas essas visitas não constituem sua única forma de atuação (OEA, 2021).

A CIDH possui três âmbitos de atuação concomitantes: recepção das petições individuais que relatam violações aos direitos humanos, monitoramento da situação dos direitos humanos nos Estados membros e atenção a temáticas prioritárias, além de uma atenção especial a populações e grupos historicamente submetidos à discriminação.

Os trabalhos da Comissão podem ser realizados apenas pelos membros desse órgão ou em iniciativas de cooperação com outros organismos internacionais como o Alto Comissariado das Nações Unidas para os direitos Humanos, reforçando os propósitos da OEA, destacados em sua Carta de criação, como no trecho do preâmbulo, onde se lê que os Estados membros dessa organização de caráter regional estão “Resolvidos a perseverar na nobre empresa que a Humanidade confiou às Nações Unidas, cujos princípios e propósitos reafirmam solenemente” ou ainda, quando no artigo 1º da Carta, afirma-se que a OEA faz parte do sistema onusiano como organismo regional (BRASIL, 1952).

Sempre tendo em vista a luta pelos direitos humanos, tais iniciativas fortalecem a cooperação entre os sistemas regional e universal, oportunizando ações conjuntas, troca de informações e expertises e colaboração para a criação e desenvolvimento de mecanismos e políticas de defesa desses direitos (ONU, 2014)

Quanto ao monitoramento da situação dos direitos humanos nos Estados Membro, essa foi a principal forma de atuação da CIDH em seus primeiros anos de funcionamento. Tal monitoramento se fazia e se faz por meio de visitas aos Estados, elaboração de relatórios e publicação de informes especiais. Ao longo dos anos de atuação, a Comissão já realizou cerca de noventa e duas visitas a vinte e três países e já publicou aproximadamente 60 informes (OEA, 2021).

A partir de 1965 “a CIDH foi autorizada expressamente a receber e processar denúncias ou petições sobre casos individuais” contendo alegações de violações a direitos humanos. Nos dados contidos no site da OEA, até 2011, dezenas de milhares de petições haviam sido recebidas e cerca de dezenove mil e quatrocentos casos já haviam sido processados ou estavam em processamento. Acerca de cada caso recebido e processado pela Comissão, emite-se um informe final.

Quando a Convenção Americana de Direitos Humanos foi aprovada, em 1969 determinou-se que ela só entraria em vigor após ser ratificada por, no mínimo onze estados membro, o que só veio a ocorrer em 1978. Apesar de aberta à ratificação por

todos os Estados Membro, nem todos os países membro da OEA efetivamente ratificaram tal tratado. Até janeiro de 2012, 24 países já haviam realizado o processo de ratificação (OEA, 2021).

Além de representar um avanço significativo em matéria de direitos humanos no âmbito americano, ao estabelecer direitos e deveres para os Estados que ratificaram a Convenção, tal tratado merece ainda maior destaque por ter criado a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Tanto a CIDH como a Corte IDH são competentes, na forma do artigo 33 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, para conhecer de assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados aderentes, e contidos no referido tratado.

Infelizmente, como a adesão à Corte é voluntária, a CIDH continua responsável por conhecer, processar e resolver acerca de violações de direitos humanos que tenham sido cometidas por Estados que não ratificaram a Convenção, uma vez que não se submetem à jurisdição da Corte IDH.

Dentre as disposições da Convenção Americana sobre direitos humanos, os artigos 34 a 51 tratam da composição da Comissão, escolha de seus membros, suas funções, competência e como são processados os casos recebidos pela CIDH.

Além disso, a Comissão conta com um Regulamento onde são pormenorizadas regras sobre a composição e funcionamento da CIDH, e, igualmente normas de caráter procedimental. O regulamento que é atualmente aplicado foi elaborado e aprovado pela própria Comissão em 2009. Entretanto, sofreu sensíveis alterações nos anos de 2011 e 2013.

Ao analisarmos a organização, composição, funções, competências, funcionamento e procedimentos da CIDH, verificamos, conforme já apontado, que ela é composta por sete membros “que deverão ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos” (CONVENÇÃO, 1969, ARTIGO 34).

A eleição dos comissionários é realizada pela Assembleia Geral da OEA, a partir de lista tríplice proposta pelos governos dos Estados Membro. Necessário atentar-se para o fato de que, dentre os sete membros, não poderá haver dois membros da mesma nacionalidade exercendo seu mandato ao mesmo tempo. Os escolhidos exercem um mandato com duração de 4 anos, só podendo ser reeleitos uma única vez (CONVENÇÃO, 1969, ARTIGOS 36 E 37).

O artigo 4, I, do Regulamento da Comissão, acerca da incompatibilidade das atividades dos comissionários, estabelece que:

A condição de membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é incompatível com o exercício de atividades que possam afetar sua independência e sua imparcialidade, ou a dignidade e o prestígio do seu cargo na Comissão. No momento de assumir suas funções os membros se comprometerão a não representar a vítima ou seus familiares, nem Estados em medidas cautelares, petições e casos individuais perante a CIDH, por um prazo de dois anos, contados a partir da expiração de seu mandato como membros da Comissão (OEA, 2009).

Há, conforme o Regulamento (2009), a eleição de uma diretoria da Comissão, formada pelo presidente e por dois vice-presidentes com mandatos de 1 ano (artigos 6,7 e 8 do Regulamento).

A Comissão conta com uma secretaria para auxiliá-la na execução de suas atividades (CONVENÇÃO, 1969, ARTIGO 40). Conforme artigo 11 do Regulamento, a Secretaria Executiva da Comissão será composta por um Secretário Executivo, pessoa com independência e alta autoridade moral, com experiência e trajetória reconhecida na área de direitos humanos. A secretaria será ainda formada pelo menos um Secretário Executivo Adjunto; e pelo pessoal profissional, técnico e administrativo necessário para o desempenho de suas atividades (OEA, 2009)

O regulamento pormenoriza a forma de atuação da Comissão estabelecendo que ela funcionará, pelo menos em duas sessões ordinárias anuais, podendo ter tantas sessões extraordinárias quanto necessário, todas sendo realizadas, preferencialmente, na sede da Comissão. Entretanto, a Comissão, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, poderá decidir reunir-se em outro lugar, com a anuência ou a convite do respectivo Estado (artigo 14, 2, do Regulamento).

As sessões são privadas e realizadas nas línguas oficiais da Comissão, quais sejam, espanhol, francês, inglês e português. O quórum necessário para realização das sessões será o da maioria absoluta de seus membros, sendo esse, igualmente, o quórum necessário para deliberações, conforme os artigos 16 e 18 do Regulamento da Comissão, aprovado em 2009. Ainda quanto às decisões, o artigo 19 estabelece que, independentemente “se os membros, estejam ou não de acordo com as decisões da maioria, terão direito a apresentar seu voto fundamentado por escrito, o qual deverá ser incluído em seguida à decisão de que se tratar” (OEA, 2013).

Dentre suas funções figuram: conscientização acerca da importância dos direitos humanos em âmbito americano; mediante análise de conveniência, recomendar aos governos dos Estados a tomada de medidas e a adoção de legislação que promova o respeito aos direitos humanos; elaborar relatórios acerca dos resultados de sua atuação, incluindo relatório anual a ser apresentado à Assembleia geral da OEA; pode ainda solicitar informações aos Estados parte da Convenção sobre o estado da proteção dos direitos humanos em âmbito interno; atender às consultas dirigidas à Comissão pelos Estados e prestar os esclarecimentos necessários e possíveis que tenham sido requeridos pelos países participantes do sistema de direitos humanos, desde que estejam dentro de suas atribuições e, talvez a mais relevante das funções, qual seja, a de receber as petições que lhe são dirigidas, agindo conforme disposições dos artigos 44 a 51 da Convenção (CONVENÇÃO, 1969, ARTIGO 41).

Relativamente à competência de conhecer e verificar a admissibilidade dos casos apresentados à Comissão, o artigo 44 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece que qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou ainda entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado parte.

Para “processar” uma queixa relativa à violação cometida por um Estado parte, é importante ressaltar que este país precisa ter reconhecido a competência da Comissão para tal mister, na forma do artigo 45 da Convenção.

O Regulamento da Comissão indica que uma primeira análise das petições apresentadas é feita pela Secretaria Executiva. É ela que verifica se estão presentes os requisitos do artigo 28. Se a petição não apresenta os elementos requeridos, pode a Secretaria executiva pedir ao peticionante que a complete.

São nove os requisitos do artigo 28 do Regulamento: nome dos denunciante e se forem representados por Organizações não governamentais é importante que seja indicado o Estado membro onde essa ONG é reconhecida; os meios de acessar o peticionante, seu endereço, telefone, endereço eletrônico; um relato das situações de violação, incluindo local e data de sua ocorrência; a indicação do nome da vítima e do órgão governamental ou autoridade pública que tenha tomado conhecimento da violação; a indicação do Estado responsável.

E ainda, dentre os requisitos necessários para que a petição apresentada seja admitida pela CIDH estão: o esgotamento de todos os recursos de jurisdição interna; que a petição seja apresentada à Comissão dentro do prazo de seis meses a contar da data da decisão interna em caráter definitivo; que não haja litispendência internacional, ou seja, que o mesmo pedido não tenha sido apresentado a outro órgão internacional de proteção de direitos humanos ou corte internacional, a indicação, na petição inicial, de todos os dados do reclamante, incluindo-se seu nome, nacionalidade, profissão, domicílio, assinatura do peticionante ou de quem o esteja representando (CONVENÇÃO, 1969, ARTIGO 46, INCISO 1, ALÍNEAS a, b, c e d).

Tais requisitos podem ser relevados se comprovarem as situações previstas no inciso 2 do mesmo artigo, que aponta para a falta do devido processo legal em âmbito interno ou do fato de que o reclamante tenha sido impedido de esgotar todos os recursos internos ou ainda de que estes recursos não estejam à sua disposição ou ainda, se houver demora injustificada no processamento dos recursos.

Dentre as circunstâncias que ensejam a inadmissibilidade das petições apresentadas à Comissão, figuram a falta dos requisitos apresentados no artigo 46, quando os fatos não caracterizarem violação aos direitos previstos na Convenção Americana ou quando o pedido for infundado ou improcedente, ou mesmo quando o pedido apresentado já tenha sido decidido pela Comissão ou analisado por outro organismo internacional (CONVENÇÃO, 1969, ARTIGO 47).

Uma primeira análise da petição, como visto, é feita pela Secretaria Executiva. Os pedidos serão registrados e analisados segundo a ordem de apresentação. Alguns fatos, porém, podem ensejar a apreciação antecipada da denúncia pela Comissão, ao teor do artigo 29 do Regulamento (2009). Tais situações podem ocorrer quando a vítima é idosa, criança, está acometido de doença terminal ou pode ser objeto de pena de morte. Pode ainda ser antecipada quando o pedido tem conexão com medida cautelar já sob análise da Comissão (artigo 25 do Regulamento), quando as vítimas estão privadas de sua liberdade, quando o Estado manifestar seu desejo de buscar uma solução amistosa para o caso ou quando a antecipação da decisão puder remediar situação estrutural grave ou promover mudanças legislativas que evitem o recebimento de múltiplas petições sobre o mesmo assunto.

Ao receber a petição a Comissão poderá adotar um dos seguintes caminhos: ao admitir o pedido, requerer ao Estado que apresente informações acerca da

situação relatada. Esse requerimento de informações ao Estado denunciado não tem o viés de prejudicar a admissibilidade do pedido. Se as informações não forem entregues à comissão ou, ainda, após análise delas, poderá a CIDH optar por conhecer do caso ou mandar arquivar o expediente.

Conforme artigo 36 do Regulamento da Comissão (2009) que trata da decisão sobre admissibilidade: “Uma vez consideradas as posições das partes, a Comissão pronunciar-se-á sobre a admissibilidade do assunto e os relatórios de admissibilidade e inadmissibilidade serão públicos, tanto que a Comissão os incluirá no seu Relatório Anual à Assembleia Geral da OEA”.

Tendo sido admitido o caso, a Comissão examinará o mérito. Nesse momento ela poderá proceder a uma investigação e para com essa fase deverão contribuir os Estados, não criando embaraços. Poderá ainda requerer mais esclarecimentos acerca do mérito por parte dos Estados ou das partes interessadas, que deverão ser apresentados num prazo de quatro meses.

Aplicam-se, a essa fase, os artigos 38 e 39 do Regulamento que tratam da presunção de veracidade dos fatos relativos ao mérito alegados na petição inicial e não rechaçados por ocasião da apresentação das informações pelos Estados. Além disso, se considerar necessário e conveniente, a Comissão poderá realizar uma investigação *in loco*.

Nas decisões quanto ao mérito, as deliberações da Comissão serão privadas, e todos os aspectos do debate serão confidenciais, ao teor do artigo 43, 2, do Regulamento da Comissão.

Em um primeiro momento, a Comissão deve visar o alcance de uma solução amistosa para o caso em análise. Se essa solução for alcançada, a Comissão deverá elaborar um relatório que precisará ser encaminhado ao reclamante e ao Estado reclamado e posteriormente, transmitido para publicação, ao Secretário Geral da OEA. Tal relatório deve conter uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada na forma dos artigos 48 e 49 da Convenção.

Se, por outro lado, a solução acordada não for possível, igualmente a Comissão deve elaborar um relatório contendo a exposição dos fatos e as conclusões da Comissão. Havendo conclusões divergentes por parte dos Comissionários, o relatório final deverá conter essas conclusões, como votos em separado. Esse relatório será encaminhado aos Estados parte envolvidos na questão podendo

igualmente conter as recomendações e proposições da Comissão acerca da celeuma. Nesse primeiro momento, o relatório não é publicado.

Da remessa desse relatório aos Estados esperam-se cerca de três meses para a adoção de soluções. Outra medida que pode ser tomada pela Comissão é resolver submeter o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde que o Estado reclamado tenha previamente aceitado a competência da Corte.

A Comissão pode ainda fixar prazo para que os Estados cumpram com as recomendações feitas anteriormente. Se o prazo dado pela CIDH transcorre sem a adoção das medidas indicadas, a Comissão decidirá pelo voto da maioria absoluta de seus membros se publica ou não o relatório enviado anteriormente (CONVENÇÃO, 1969, ARTIGOS 50 E 51).

A publicação de relatórios como medida adotada pela Comissão em caso de não cumprimento de suas recomendações pelos Estados reclamados implica em uma forma de impor uma situação vexatória ao Estado e como uma pressão política para que as violações aos direitos humanos cessem e sejam reparadas.

Flávia Piovesan, em entrevista disponibilizada no *youtube* (DEBATES VIRTUAIS..., 2021) exalta a importância da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Na condição de Comissionária e de grande conhecedora do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a entrevistada destaca o proceder da Comissão, a preocupação constante da Comissão com a centralidade da vítima, a busca da proteção de seus direitos, mas, também, de que o trabalho da Comissão busca transformar realidades.

Menciona ainda o respeito da Comissão aos “standards interamericanos” construídos ao lado dos “*guidelines*” globais acerca da proteção dos direitos humanos, indicando que o sistema regional em apreço não se afasta dos princípios gerais internacionais.

Ressalta ainda, na referida entrevista, que a Comissão trabalha na promoção da justiça, ao levar conhecimento sobre as formas de acesso ao Sistema Interamericano e, ao mesmo tempo, trabalhando por uma maior conscientização sobre os direitos mais basilares do ser humano e defende que esse conhecimento acaba revelando, também, uma função preventiva.

Revela que a Comissão auxilia na criação de parâmetros interamericanos para a solução de violações a direitos humanos, que, como se sabe, podem ser muito

diferentes dos parâmetros usados pelos sistemas de proteção de direitos humanos congêneres de outras regiões do globo, uma vez que o âmbito de atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é hemisférico, complexo e multicultural.

Dentre os diversos papéis desempenhados pela Comissão, estão a promoção de direitos humanos, a adoção de medidas cautelares e, inclusive uma certa atuação contenciosa, que Flávia Piovesan chamou de “quase judicial”.

No que tange a esse papel jurídico, a entrevistada defende que as soluções conciliatórias buscadas pela Comissão são dotadas de desejado impacto humanizador e transformador.

Como órgão garantidor dos Direitos Humanos, a Comissão tem papel de promover soluções, tem função análoga à judicatória ao analisar a pertinência da apresentação de um caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, verificando a admissibilidade do caso e a impossibilidade de soluções não judiciais, além de funcionar como um órgão semelhante ao *parquet*, posicionando-se ao lado das vítimas nos casos submetidos à Corte.

A despeito de todas as inúmeras vantagens que aponta para a manutenção da atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Flávia Piovesan (DEBATES VIRTUAIS..., 2021) reconhece a necessidade de maior transparência nas práticas da Comissão e ainda reconhece a premente necessidade de acesso cada vez mais democrático à Corte e à Comissão.

Verifica, ainda, a dificuldade de cumprimento das decisões, o que requer um “comportamento” ativo e persistente da Comissão na busca de maior efetividade das decisões e conciliações promovidas por esse órgão do sistema Interamericano de direitos Humanos. Defende a necessidade de avanço nas políticas de transparência no que tange às etapas sigilosas do procedimento da Comissão e na demora desses mesmos procedimentos, mas reflete que a Comissão é órgão muito democrático ao admitir que qualquer pessoa ou grupo de pessoas possa apresentar denúncia à mesma, o que já não é uma realidade em se tratando da Corte Interamericana.

Cançado Trindade (2011) já entende, por sua vez, que a Comissão deve ter um papel mais limitado, como guardião da Convenção Interamericana e assistente da Corte, mas jamais pode ser considerada como parte ou se confundir com o próprio reclamante ou aquele que reclama perante a corte apesar de que, de fato, é isso que

ainda acontece. E que diante do que o autor vê como um inevitável processo de judicialização do sistema interamericano, ao seguir o modelo europeu, esse papel deve ficar ainda mais limitado.

Caso haja uma alteração no modo de proceder da Corte, ao aceitar o peticionamento direto, é possível que a Comissão possa ser extinta, como aconteceu com a Comissão Europeia, ou ao perder seu papel de intermediária entre a vítima e a Corte, passe a ter um papel ainda mais restrito dentro do sistema, mas não menos importante, o de ser a guardiã da correta e justa aplicação do Pacto de São José da Costa Rica, quiçá com função fiscalizatória do cumprimento das decisões da Corte.

É ainda possível que com o reconhecimento da capacidade postulatória direta dos indivíduos perante a Corte, passe a Comissão a representar aqueles que não tiverem condições de serem assistidos fazendo as vezes de um órgão semelhante ao ministério público ou a defensoria pública.

O artigo 45 do Regulamento, que trata da hipótese de submissão do caso à Corte, estabelece, conforme indicado anteriormente, que, se o Estado houver aceito a jurisdição da Corte Interamericana em conformidade com o artigo 62 da Convenção Americana, e se a Comissão considerar que este não deu cumprimento às recomendações contidas no relatório aprovado de acordo com o artigo 50 do citado instrumento, a Comissão submeterá o caso à Corte, salvo por decisão fundamentada da maioria absoluta dos seus membros (OEA, 2009).

Acerca do processamento dos casos/denúncias apresentados pela Comissão Interamericana à Corte IDH, se verá, a seguir, quando forem comparados a estrutura e o funcionamento das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos.

3.3. A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS¹⁰

O texto original da Convenção Europeia de Direitos Humanos estabelecia em seu artigo 20, que tanto a Comissão Europeia quanto a Corte Europeia de Direitos Humanos deveriam garantir o cumprimento das disposições e dos compromissos constantes da Convenção pelos Estados parte (CONSELHO DA EUROPA, 1950).

¹⁰ Todo os artigos a que se refere esse tópico foram retirados dos textos originais da Convenção, de 1950 e de sua mais atualizada versão.

Hoje, como já analisado, a Comissão encontra-se extinta. Mas a corte continua a exercer suas atividades, quiçá com muito mais eficiência do que antes, desde que protocolos alteraram o texto original da Convenção Europeia para permitir que as petições dos indivíduos sejam direcionadas e recebidas pela Corte, que procede a uma análise jurisdicional do caso. Em conformidade com o artigo 44 do texto original da Convenção Europeia, os casos somente poderiam ser apresentados à Corte pela Comissão ou pelos Estados parte.

Originalmente, a Comissão Europeia de Direitos Humanos, tinha um modo de funcionamento muito semelhante ao modo de agir da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A jurisdição da Corte se estendia aos casos que requeriam a interpretação e aplicação das disposições da Convenção Europeia e, obviamente, aos casos concretos de violação apresentados pelos Estados e pela Comissão. A aceitação da competência consultiva da Corte Europeia estava aberta à adesão pelos Estados parte. Já a aceitação de sua competência para conhecer das violações, demorou um pouco mais para ser aceita pelos membros do Conselho da Europa.

Somente quando a Comissão falhasse em apresentar uma solução amigável para o caso concreto é que se admitia, dentro de um prazo de três meses contados da constatação dessa falha, a análise, pela Corte, que atuava em caráter supletivo.

Com sede em Estrasburgo, França, inicialmente a Corte Europeia não funcionava de modo permanente. Somente a partir de 1980 o Tribunal Europeu passou a ter atuação permanente. Essa alteração é muito significativa porque o funcionamento permanente da Corte revela “o seu fortalecimento como órgão jurisdicional”, e, em detrimento da Corte Interamericana, que não tem o mesmo modo de funcionar, demonstra como esta última pode ser vista como mais vulnerável (CAMARILLO GOVEA, 2014)

Quanto à sua composição, as regras de eleição de juízes membros da Corte não mudou ao longo dos anos e das inúmeras reformas. O número de juízes sempre deve corresponder ao número de Estados membros do Conselho da Europa, sendo que não podem atuar, ao mesmo tempo, dois juízes de uma mesma nacionalidade. Essa disposição constava do artigo 38 do texto original da Convenção e corresponde ao artigo 20 do texto atualizado.

A Convenção atual prevê que os juízes têm que ter menos de 65 anos na data em que são indicados para uma vaga e esclarece que sua atividade judicante é exercida a título individual, sem qualquer vinculação com o Estado de sua nacionalidade. Durante o período de seu mandato, o juiz eleito não poderá praticar outras atividades que sejam incompatíveis com o exercício da magistratura, garantindo sua atuação independente e imparcial.

Os juízes devem ser pessoas de ilibada conduta e notório saber em matéria de direitos humanos. O texto original se mantém inalterado quanto ao período do mandato de um juiz, qual seja, nove anos. Antes, porém, podiam ser reeleitos, conforme se lia no artigo 40 da convenção original. Porém já não podem mais se reeleger, conforme se denota do artigo 23 do texto atual.

Em sua estrutura administrativa, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos conta com uma secretaria para auxiliar nos processos de tramitação dos feitos e organização da Corte.

Quanto à sua forma de funcionamento atual, a Corte pode realizar atividades por meio de juízes singulares, em comitês compostos por três juízes, em seções compostas por sete juízes (câmaras) e em tribunal pleno, composto por 17 juízes.

São competências dos juízes singulares, na forma do artigo 27 da Convenção atualizada: declarar a inadmissibilidade ou mandar arquivar casos que lhe tenham sido submetidos. Essa decisão é definitiva. Verifica-se, então, que a etapa previa de admissibilidade é feita pelos juízes singulares, que, depois de terem decidido pelo recebimento da denúncia a encaminharão para um comitê ou uma seção, onde se procederá à análise do mérito.

Já os Comitês ao conhecerem inicialmente de uma petição poderão decidir pela sua admissibilidade, e, em alguns casos poderão, ao mesmo tempo, proferir uma sentença de mérito quando a questão for semelhante a outras já apresentadas à Corte e já exista jurisprudência consolidada no Tribunal acerca das questões de fundo analisadas. Ou, poderá ainda, decretar a inadmissibilidade da petição e seu arquivamento. Todas essas decisões devem ser tomadas por unanimidade e são irrecorríveis.

Por seu turno, as Seções/câmaras de sete juízes só atuarão caso os juízes singulares ou mesmo os comitês não tenham decidido acerca da questão anteriormente, nos termos dos artigos 27, 28 e 29 da Convenção.

Nas seções, as decisões de admissibilidade e de análise de mérito podem ser tomadas de maneira conjunta ou em separado. Elas podem conhecer petições individuais e denúncias apresentadas por Estados parte da Convenção Europeia.

Segundo o artigo 30 da Convenção, se um assunto pendente numa seção levantar uma questão grave quanto à interpretação da Convenção ou dos seus protocolos, ou se a solução de um litígio puder conduzir a uma contradição com uma sentença já proferida pelo Tribunal, a seção pode, antes de proferir a sua sentença, devolver a decisão do litígio ao tribunal pleno.

São atribuições do pleno, conforme artigo 31: Pronunciar-se sobre as petições formuladas pelos Estados ou por indivíduos, se a seção tiver cessado de conhecer de um assunto, ou ainda pronunciar-se sobre as questões submetidas ao Tribunal pelo Comitê de Ministros nos termos do artigo 46, nº 4. Além disso, deverá apreciar os pedidos de parecer consultivo.

Como se pode verificar, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem, além da competência para conhecer de violações à Convenção Europeia, apresentadas através de denúncias apresentadas na forma de petições individuais diretas à Corte, também competência consultiva com relação à eventuais dúvidas apresentadas pelos Estados parte acerca da aplicação e da interpretação da Convenção. Pode ainda decidir sobre quaisquer contestações feitas a respeito de sua própria competência.

As petições individuais podem ser apresentadas por quaisquer cidadãos europeus de países membros do Conselho da Europa como também por organizações não governamentais ou grupos de particulares.

No caso específico das petições individuais, o sistema europeu de proteção dos direitos humanos garante um *jus standi* da vítima, tornando o indivíduo que sofre violações aos direitos consagrados na Convenção Europeia verdadeiro sujeito ativo de direito internacional que goza do direito de postular uma tutela jurisdicional que, infelizmente, outros sistemas regionais de proteção de direitos humanos não garantem (CAMARILLO GOVEA, 2014).

Anteriormente a jurisdição da Corte não era compulsória. Hoje ela é de aceitação obrigatória para todos os membros do Conselho da Europa. Como já explanado, as vítimas de violações a direitos humanos perpetradas por Estados membros do Conselho da Europa podem, desde 1998, por determinação do protocolo

n. 11, instituído naquele ano, e que extinguiu a Comissão Europeia de Direitos Humanos, ser apresentadas direta e individualmente à Corte, por cidadãos europeus.

Essa é a característica mais marcante da Corte Europeia: a possibilidade de petição individual dirigida diretamente ao Tribunal. Esse aspecto demonstra o comprometimento dos Países-membro do Conselho da Europa com a efetividade da justiça em relação às violações aos direitos humanos e o reconhecimento do protagonismo humano no cenário internacional, como sujeito ativo que requer a proteção e respeito aos seus direitos mais importantes.

A partir de então, oitocentos milhões de pessoas passaram a ter acesso direto ao Tribunal. O número de jurisdicionados não significou uma avalanche de processos submetidos à Corte Europeia, uma vez que os critérios de admissibilidade se tornaram mais rigorosos. Ainda assim, cerca de oitenta mil casos são apresentados anualmente. Porém, aproximadamente noventa por cento das queixas acaba não admitidas (NUSSBERGER, 2016).

O atual artigo 35 da Convenção Europeia traz os requisitos de admissibilidade de uma petição direcionada à Corte Europeia de Direitos Humanos. O primeiro e, talvez, o mais importante dos requisitos é o da comprovação do esgotamento dos recursos internos. Dessa forma, a Corte se resguarda como um tribunal de jurisdição complementar à jurisdição interna de cada Estado parte, porém, de maneira independente, obviamente, em relação às decisões internas, até porque seu objetivo é permitir que o cidadão europeu recorra à Corte como mais uma instância para conhecer das questões relativas a violações dos direitos consagrados na Convenção e que ainda não tenham sido solucionadas. Depois da última decisão interna de caráter definitivo, tem o indivíduo um prazo de quatro meses para apresentar sua petição à Corte.

Os demais requisitos são a necessidade de identificação do peticionante, sendo vedado peticionamento anônimo; não ter sido o caso conhecido anteriormente pela própria Corte Europeia ou outro tribunal internacional, evitando-se, assim a possibilidade de que ocorram decisões contraditórias sobre a mesma questão. O caso só poderá ser reapresentado à Corte se novos fatos tenham ocorrido; exige-se ainda a necessidade de compatibilização dos pedidos contidos na petição com as previsões de direitos contidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ela poderá ser rejeitada se for mal fundamentada ou contiver caráter abusivo. É preciso que haja, de

fato, uma violação à disposição da Convenção que tenha causado prejuízo efetivo à vítima.

Um outro elemento que contribui para a efetividade do trabalho desempenhado pela Corte é a possibilidade de que as demandas sejam resolvidas por acordos amigáveis, nos termos do artigo 39 da Convenção.

Conforme referido artigo:

- 1.O Tribunal poderá, em qualquer momento do processo, colocar-se à disposição dos interessados com o objetivo de se alcançar uma resolução amigável do assunto, inspirada no respeito pelos direitos do homem como tais reconhecidos pela Convenção e pelos seus Protocolos.
2. O processo descrito no nº 1 do presente artigo é confidencial.
3. Em caso de resolução amigável, o Tribunal arquivará o assunto, proferindo, para o efeito, uma decisão que conterá uma breve exposição dos fatos e da solução adotada.
4. Tal decisão será transmitida ao Comité de Ministros, o qual velará pela execução dos termos da resolução amigável tais como constam da decisão (CONSELHO DA EUROPA, 2021).

Como visto, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH) é organizada em câmaras. Há quarenta e sete juízes representando cada país membro e esses juízes estão divididos em cinco câmaras. Há uma composição mista dos juízes nas câmaras, mas o juiz do país de onde a demanda se origina está sempre presente nos casos que envolvem seu próprio país. A justificativa para sua presença em tais julgamentos é justamente para esclarecer as especificidades dos sistemas judiciais de cada país para que os outros juízes da Corte possam entender melhor seu funcionamento (NUSSBERGER, 2016).

A Convenção Europeia de Direitos Humanos é um texto pequeno, com quase 60 artigos e alguns protocolos. Em razão de sua redação mais abstrata, torna-se tão importante a interpretação realizada pela CtEDH, o que, por sua vez justificaria a competência consultiva da Corte. Entende-se que a Convenção é um instrumento vivo e que deve ser analisada como tal, na busca da efetivação e modernização do texto original (NUSSBERGER, 2016).

Assim como a Corte Europeia de Direitos Humanos está em constante processo de interpretação do texto da Convenção Europeia de Direitos Humanos, verifica-se, por conseguinte, um aprimoramento constante da atuação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Tal fato merece reconhecimento e, quiçá, influência

sobre os demais tribunais que tem competência semelhante em âmbito regional e, em especial, no Sistema Interamericano e na Corte Interamericana de Direitos Humanos, que ainda mantém a necessidade de que o pedido de apreciação de uma violação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos seja previamente conhecido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos para somente depois ser apresentado à Corte por esse mesmo órgão.

Dada a forma indissociável de retratar democracia e proteção de direitos humanos fundamentais, o instrumento da petição individual representa um meio democrático, relativamente de fácil acesso, e eficaz, na promoção e proteção dos direitos humanos violados no âmbito da Europa (ECONOMIDES, 1987).

3.3.1. Protocolos 9, 11 e outras modificações informais ao procedimento da Corte Europeia de Direitos Humanos

O documento/relatório elaborado pelo Conselho da Europa acerca das razões que levaram à adoção do protocolo 11, que alterou a Convenção para a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, evidencia o fato de que mesmo com as discussões preliminares sobre a reforma começando nos anos 1980, somente se consolidaram a partir da década de 1990, como se verifica no trecho abaixo colacionado

The idea of an European Convention on Human Rights to be implemented by a Court to which individuals would have access can be traced back to the Congress of Europe, convened by the International Committee of Movements for European Unity and held at The Hague from 8 to 10 May 1948. In their "Message to Europeans" adopted at the final plenary session, the Congress delegates pledged inter alia: "2. We desire a Charter of Human Rights guaranteeing liberty of thought, assembly and expression as well as the right to form a political opposition; 3. We desire a Court of Justice with adequate sanctions for the implementation of this Charter;"

(...)

The Resolution adopted by the Congress on the proposal of its Political Committee should also be noted: "The Congress –6. Is convinced that in the interest of human values and human liberty, the [proposed] Assembly should make proposals for the establishment of a Court of Justice with adequate sanctions for the implementation of this Charter [of Human Rights], and to this end any citizen of the associated countries shall have redress before the Court, at any time and with the least possible delay, of any violation of his rights as formulated in the Charter. " 7. The idea of a Human Rights Charter and a Court of Justice was subsequently examined in depth by the European Movement, which on 12 July 1949 submitted the text of a draft European Convention on Human Rights to the Committee of Ministers. This text notably

made provision not only for a Court but also for a Human Rights Commission, to which litigants would first have to submit their case. It was foreseen that this body would be empowered to reject without investigation petitions from individuals who had failed to exhaust domestic remedies and that, moreover, its authorisation would be required for an individual to initiate proceedings before the Court. (COE, 1994)

O referido relatório destaca alguns elementos que contribuíram para a reforma da Corte Europeia. Dentre eles: O crescente número de ações/petições dirigidas à Corte Europeia; O crescente número de novos Estados que aderiram à Convenção Europeia, principalmente após queda do muro de Berlim, o que também contribuiu para o aumento de casos submetidos à Corte Europeia; Os cidadãos dos novos países membros certamente precisavam do sistema criado pela Corte para garantirem que o Estado democrático de Direito fosse respeitado em suas nações, porque ainda muito fragilizados pelo processo de redemocratização tão recente à época (COE, 1994).

Além disso, com o passar do tempo, o sistema Europeu, colocado à disposição, teve seu mecanismo mais bem conhecido pelo cidadão europeu o que tornou o acesso à corte mais comum ou popularizado.

Um fato decorrente da adesão de mais Estados ao Conselho da Europa e à Corte foi o aumento do número de juízes, que, como já evidenciado, corresponde ao número de países membro da corte. E, se há mais juízes, aumenta-se a capacidade humana de lidar com um número maior de processos porque há mais “material humano” capaz de verificar a presença das condições de admissibilidade.

A reforma implementada pelo protocolo 11 buscava viabilizar uma única corte no sistema europeu, com funcionamento permanente, ao invés do sistema binário formado pela Comissão e pela Corte. E, para além que reestruturar as bases do Sistema Europeu de proteção de direitos humanos, visava também acelerar e simplificar o processo existente na Corte de Estrasburgo, reduzindo seu procedimento.

The reform proposed is thus principally aimed at restructuring the system, so as to shorten the length of Strasbourg proceedings. There is need for a supervising machinery that can work efficiently and at acceptable costs even with forty member States and which can maintain the authority and quality of the case-law in the future.” E ainda:

We are of the opinion that it has become urgently necessary to adapt the present control mechanism to this development in order to be able to maintain in the future effective international protection for human rights. The purpose of this reform is to enhance the efficiency of the means of protection, to shorten procedures and to maintain the present high quality of human rights protection.”

(...)

Finally, this Protocol aims at strengthening the judicial elements of the system.
(COE, 1994)

Importante salientar que não apenas o protocolo 11, mas também os protocolos 9 e 14 tiveram fundamental importância em relação às mudanças ocorridas no Sistema Europeu, e, em especial, quanto ao fortalecimento do *jus standi*.¹¹

Interessante notar que no sistema Europeu de proteção de direitos humanos o indivíduo tem *jus standi* e *locus standi*. Ao passo que, diante do impedimento que se mantém, de acesso direto à Corte Interamericana de Direitos Humanos, o indivíduo é dotado apenas do *locus standi*, a partir do momento em que seu caso tenha sido submetido à Corte pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Voltando aos protocolos que permitem esse maior protagonismo do ser humano no Sistema Europeu, há que se evidenciar ainda que certos autores reconhecem que os protocolos, em verdade, seriam o resultado de processos e mutações convencionais realizadas gradativamente pela Comissão e pela Corte e que não são apenas instrumentos prontos, frios, e unicamente responsáveis pelas significativas mudanças ocorridas no sistema europeu. Sanchez Legido (1995) e Camarillo Govea (2014) afirmaram que as medidas mais importantes foram sendo paulatinamente introduzidas através de práticas, atitudes e regulamentações internas da Comissão e da Corte o que, por sua vez, demonstra que a Convenção Europeia é um instrumento vivo que está em constante evolução e buscando sempre a sua maior eficiência.

Um dos instrumentos que influiu nas mudanças à Convenção foi o Regulamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos de 24 de novembro de 1982. Tal regulamento permitia que o indivíduo apresentasse à Comissão suas considerações por escrito a respeito de sua queixa e que essas considerações poderiam ser apresentadas pela Comissão ao próprio Tribunal Europeu.

Ainda de acordo com o artigo 33.3 do Regulamento da Corte, reformado em 1983, ao comunicar o recebimento do caso pela Corte, a Secretaria da mesma poderia convidar o reclamante seja ele um indivíduo, grupo de indivíduos ou organização não governamental que apresentou seu caso à Comissão para, no prazo de duas

¹¹ *Jus standi* significa capacidade de comunicar diretamente a violação de Direitos Humanos para um órgão internacional. Já a expressão *locus standi* significa que o indivíduo tem condição de ser parte em processo perante Corte Internacional.

semanas, informar se gostaria de participar dos procedimentos e, se ele aceitasse participar, deveria indicar quem o representaria perante a Corte (EUROPEAN COURT..., 1983).

Como se vê, ainda que não tivesse naquele momento o desejado acesso direto, poderia o cidadão europeu apresentar suas observações sobre o caso e participar dos procedimentos relativos ao mesmo. Inegável que a partir de tal reforma o cidadão europeu tinha seu *locus standi* garantido reconhecendo-se, por conseguinte, seu status de parte no processo internacional.

As alterações do referido regulamento incluíam ainda a possibilidade de o peticionante indicar à Corte as medidas provisionais que entendesse pertinentes (artigo 36), poderia apresentar, como dito, seus memoriais, e receber cópias dos memoriais entregues pelas outras partes envolvidas no processo (artigo 37), poderia ser consultado quando à marcação das datas das audiências (artigo 38) e poderia indicar peritos ou testemunhas, rechaçá-los ou mesmo interrogá-los (artigos 41, 44 e 45.2).

O *locus standi* até então alcançado pelo indivíduo perante a Corte havia evoluído de maneira informal, sem alterações sensíveis ao texto da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. O protocolo n. 9, veio alterar esse cenário, trazendo profundas mudanças às normas da Convenção, em especial às normas de viés procedimental. Tal protocolo representou mais um passo em direção à evolução e lapidação do sistema europeu de direitos humanos, mas ainda não teve o condão de equipar os indivíduos com “as mesmas armas dos Estados” em matéria de acesso direto à Corte Europeia. Mas, sem dúvida, representou o primeiro passo mais concreto em direção ao alcance do *jus standi* para o indivíduo no referido sistema (CAMARILLO GOVEA, 2014).

Essa violação ao princípio da igualdade de armas motivou as alterações trazidas pelo protocolo n. 9, em especial quando determinou-se que o relatório final elaborado pela Comissão passasse a ser enviado não apenas aos Estados em causa e ao Comitê de Ministros, mas, também ao indivíduo que tivesse feito sua queixa perante o Sistema. A partir da análise do relatório ele poderia decidir então se submeteria seu caso à Corte.

Os artigos mais importantes do referido protocolo são os de número 3, que alterou o artigo 44 da Convenção e o artigo 5 que, por sua vez, alterou o artigo 48 da

Convenção. Como analisado, a partir das mudanças trazidas por esse protocolo, o indivíduo poderia apresentar diretamente seu caso ao Tribunal, porém o processo de admissão de sua petição dependeria da análise realizada por um painel composto por três juízes da Corte. Além disso, a submissão do caso à Corte dependeria da aceitação da competência da mesma pelos Estados eventualmente referidos na denúncia. A jurisdição da Corte ainda não era compulsória.

Necessário salientar que o caso só poderia ser apresentado à Corte após sua análise e emissão de relatório pela Comissão Europeia de Direitos Humanos e que o painel de análise da admissibilidade do caso apresentado, composto por três juízes, nesses casos, não era necessário se a demanda fosse apresentada à Corte pela própria Comissão ou por um Estado parte da Convenção.

Finalmente um paradoxo começava a se desvelar. A convenção garantia direitos ao cidadão europeu, mas lhe negava, inicialmente, a prerrogativa de demandar acerca desses direitos, quando violados, perante a Corte criada pelo mesmo sistema e convenção. A contradição existia em, por um lado, reconhecer e garantir direitos, mas, por outro lado, negar ao indivíduo a busca direta dos mecanismos de implementação e controle do exercício, gozo e respeito efetivo a esses direitos.

O sistema europeu de direitos humanos resgata sua ideia original de acesso direto dos indivíduos à Corte, num momento em que os Estados parte do Conselho da Europa já estão mais amadurecidos quanto ao avanço representado por tal medida. O ambiente cultural e histórico já se mostra mais favorável, igualmente, ao fim da guerra fria e dos conflitos mais intensos em território europeu. Sem dúvida, por ocasião do protocolo n. 9, em 1990, os ânimos já se encontravam bem menos acirrados.

Não foi, como visto, a primeira vez que se aventou resgatar o protagonismo humano perante a Corte Europeia. Tal ideia já constava dos rascunhos da Convenção europeia de Direitos Humanos desde 1949. Tanto era assim que o assunto vez ou outra voltava a ser discutido pelos órgãos do Conselho da Europa, como ocorreu em 1974, 1977 e 1981 (CAMARILLO GOVEA, 2014).

O Protocolo n. 11 entrou em vigor em 1º de novembro de 1998 e teve aplicabilidade imposta a todos os membros do Conselho da Europa porque não aventou a possibilidade de que os Estados apresentassem reservas às mudanças

trazidas por tal instrumento ao sistema europeu de proteção de direitos humanos. Segundo explicação de Pereira (1999) o relatório explicativo afirmava que “Este protocolo não contém qualquer disposição sobre reservas. Por sua própria natureza, este protocolo exclui a formulação de reservas”.

Dentre as razões já indicadas para as significativas mudanças ao sistema europeu trazidas pelo protocolo n. 11 figuram: a inexistência de um duplo grau de jurisdição, ainda que houvesse mais de um órgão que analisava as queixas – Comissão e Corte – apenas essa última era órgão jurisdicional; também o fato de que esse processo em duas etapas era muito demorado e violava o direito à prestação jurisdicional em prazo razoável (artigo 6º da Convenção Europeia), já que muitos casos submetidos à Comissão e depois à Corte tramitavam por mais de dez anos; ainda, se o Estado em face de quem houvesse uma queixa não tivesse aceitado a competência da Corte, a decisão era submetida ao Comitê de Ministros, o que redundava em um processo inteiramente político e não judicial, como se desejava; a demora dos Estados parte em aceitar a jurisdição da Corte ou a própria competência da Comissão acabaram por resultar na imposição da jurisdição da primeira e na supressão do segundo órgão.

O novo procedimento instaurado a partir das modificações do Protocolo n.11, resultaram em um processo mais célere, perante apenas um órgão de perfil jurisdicional, de atuação permanente, sendo deixada apenas uma atividade residual ao Comitê de Ministros, qual seja, a fiscalização do cumprimento das decisões da Corte por parte dos Estados.

3.3.2 O procedimento perante a Corte europeia de Direitos Humanos após alterações implementadas pelo protocolo n. 11

Os procedimentos adotados pela Corte são revisados periodicamente. O mais recente deles, que embasa a presente tese foi expedido em dezoito de outubro de 2021. Os artigos 2 a 30 tratam da organização e dos trabalhos realizados pela Corte, incluindo os processos de investidura dos juízes e da forma como os órgãos judicantes se compõe. Os artigos 31 a 110 tratam de procedimentos.¹²

¹² Documento Rules of Court está disponível em:
https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf

Os idiomas adotados pela Corte são o inglês e o francês (artigo 34). Acerca dos procedimentos, descreve-se em linhas abaixo, os movimentos processuais mais relevantes atinentes ao processo iniciado por petição individual, fazendo-se um recorte metodológico, uma vez que para a comprovação da hipótese de maior efetividade dos sistemas regionais de direitos humanos, indica-se o acesso direto do indivíduo à Corte de Direitos Humanos como meio desse alcance.

Após o protocolo da queixa individual de violação a direitos humanos junto à Corte, o processo é analisado, inicialmente acerca de sua admissibilidade. Tal petição poderá ser direcionada a um juiz singular, a um comitê composto por três juízes ou ainda para uma câmara composta por sete juízes.

Tal tarefa era antes atribuída à extinta Comissão Europeia de Direitos Humanos. A Corte, dando continuidade à função antes realizada pela Comissão, não desprezou os vários anos de trabalho desta última e continuou a utilizar os standards que a CEDH firmou acerca da análise de admissibilidade das causas apresentadas ao sistema.

Os requisitos para admissibilidade das causas submetidas à apreciação da Corte estão na Convenção Europeia atualizada não apenas pelo protocolo n. 11, mas todos os outros protocolos que lhe seguiram e são apresentadas no artigo 35.

Tais requisitos já foram analisados no item 3.3, mas, em linhas gerais, exigem o esgotamento dos recursos internos antes da apresentação da questão à Corte Europeia, o respeito a um prazo de apresentação da questão após estabilização da decisão interna e a comprovação de *non bis in idem*, no sentido de que se trata de causa nunca resolvida por outra Corte Internacional para evitar que sejam proferidas decisões contraditórias acerca do mesmo caso.

Os pedidos de apreciação de casos pela Corte Europeia podem ser feitos, nos termos do artigo 34 da Convenção, por qualquer pessoa, ONG ou grupo de particulares que considere terem sido violados, por qualquer Estado parte, os direitos que o tratado e seus protocolos adicionais reconhecem.

Quanto aos aspectos formais da petição, exige-se que ela traga a identidade do autor da queixa e/ou de quem o representa; que haja uma exposição não apenas dos fatos que embasam a causa, mas que sejam claramente apontados os dispositivos da Convenção Europeia que tenham sido violados. Petições mal fundamentadas ou que sejam consideradas abusivas também não são aceitas.

Uma vez analisados os requisitos de admissibilidade, estando os mesmos presentes, os juízes devem decidir, pelo recebimento da queixa. Por outro lado, não sendo admitida perante a Corte a questão, por decisão unânime, no caso dos comitês e câmaras, não cabe recurso dessa decisão de inadmissibilidade e o processo nem chega a ser verdadeiramente iniciado.

Importante evidenciar que o papel dos juízes singulares se limita à análise da admissibilidade dos casos apresentados à Corte, ao teor do artigo 27 da Convenção. E, que, após sua admissão e vão ter seus méritos analisados ou pelos comitês ou pelas câmaras.

Admitido o caso perante a corte poderão ser requisitadas às partes que apresentem provas ou observações por escrito, em conformidade com o artigo 59 do Regulamento. Ainda de acordo com esse artigo, pode-se decidir pela realização de audiências para análise do mérito.

Independentemente do caso concreto, pode ser intentada uma solução amigável, a partir do momento em que a causa é admitida pela Corte (artigo 62.1 do Regulamento).

Ressalte-se que não é qualquer acordo que pode for fim ao processo. No dizer de Pereira (1999) o acordo há de ser “inspirado no respeito pelos direitos do homem tais como reconhecidos pela Convenção e seus protocolos”.

Atingindo-se a desejada solução amigável, o processo chega ao seu fim, devendo a Corte arquivá-lo através de uma pronúncia que conterá os principais fatos e os contornos do acordo alcançado, na forma do artigo 39 da Convenção Europeia. Importante evidenciar que o processo que alcança um acordo amigável é realizado por meio de um procedimento confidencial.

O Comitê de Ministros do Conselho da Europa fica então encarregado de fiscalizar o cumprimento dos acordos alcançados, nos exatos termos do artigo 39, 4 da Convenção.

Qualquer dos órgãos julgadores (Comitê de três juízes ou Câmara de sete juízes), se não atingida uma solução amigável deverá dar prosseguimento ao feito, realizando audiências e requerendo a apresentação de alegações para, ao final, produzir uma decisão contendo os aspectos analisados acerca da admissibilidade e do mérito.

As alegações escritas apresentadas pelo reclamante deverão incluir um pedido de satisfação equitativa que entenda que deva ser determinado pelo Tribunal em face do Estado violador. O artigo 41 da Convenção estabelece que

Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário (CONSELHO DA EUROPA, 2021).

Essas alegações escritas podem, inclusive, ser apresentadas pelo Estado da nacionalidade do peticionante, como terceiro interveniente, conforme se verifica no artigo 36 da Convenção Europeia. Interessante notar a forma como tal possibilidade é tratada no Regulamento da Corte que permite inclusive que o Comissário para Direitos Humanos do Conselho da Europa também possa fazer sua intervenção por escrito, conforme artigo 44, 2 do Regulamento.

Tal participação pode ter um impacto positivo no resultado do processo e na eventual eficácia da decisão, demonstrando, talvez, uma atenção especial do Comissário com a questão, o que, diga-se, poderia ser muito útil se utilizado no Sistema Interamericano caso houvesse adesão ao modelo de reforma implementado pela Corte Europeia. Isso se deve ao fato de que os Estados-membro da OEA não apresentam a mesma disposição para cumprimento das decisões da Corte Interamericana, o que difere do comportamento de seus pares Europeus.

A demonstração de interesse e a efetiva participação, pode colocar o órgão do Comissariado como um fiscal do processo e do cumprimento das decisões da Corte, o que seria muito bem-vindo em âmbito americano em caso de adoção do modelo europeu e da supressão da Comissão Interamericana ao permitir-se que o cidadão dos Estados Membros da OEA pudesse peticionar diretamente à Corte Interamericana.

Deve ser salientado que, oficialmente, o papel de fiscal do cumprimento das decisões definitivas da Corte cabe ao Comitê de Ministros, ao teor do que dispõe o artigo 46, 2 da Convenção.

As hipóteses de intervenção de terceiros abarcam também a possibilidade de atuação das ONGs em questões que sejam atinentes a suas áreas de atuação e a atuação de Estados que não sejam parte, revelando, conforme Sanchez Legido (1995) que os efeitos de uma eventual sentença, ainda que teoricamente limitado às partes

do processo, pode ser sentido sobre sistemas jurídicos de outros Estados, mesmo quando não envolvidos diretamente no feito.

O artigo 30 da Convenção Europeia de Direitos Humanos prevê ainda, em relação aos procedimentos adotados pela Corte, a possibilidade de devolução da decisão a favor do tribunal pleno, “quando o assunto pendente numa seção levantar uma questão grave quanto à interpretação da Convenção ou dos seus protocolos, ou se a solução de um litígio puder conduzir a uma contradição com uma sentença já proferida pelo Tribunal” (CONSELHO DA EUROPA, 2021).

As atribuições do pleno são descritas no artigo 31 da Convenção e incluem a possibilidade descrita no artigo antecedente, além de pronunciar-se sobre questões apresentadas pelo Comitê de Ministros ou ainda apreciar pedidos de parecer sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e dos seus protocolos, realizados ao teor do artigo 47.

Disso, se conclui que as decisões sobre os casos apresentados à Corte podem ser ofertadas não apenas pelas Seções ou Câmaras, mas também pelo Tribunal Pleno, nas hipóteses em que lhe couber atuar. As decisões de mérito proferidas pelas seções podem ser questionadas perante o Tribunal Pleno. Já as decisões de mérito tomadas pelo pleno são irrecorríveis ao teor do artigo 44 da Convenção.

A possibilidade de recorrer das decisões exaradas pelas Câmaras para o Tribunal Pleno evidencia a existência do princípio da dupla instância ou do duplo grau de jurisdição também no Sistema Europeu de proteção de direitos humanos.

Eventuais recursos apresentados ao Pleno, serão analisados por um painel composto por cinco juízes, tal como descreve o artigo 24.5 do Regulamento da Corte. O artigo 73 do mesmo regramento estabelece os procedimentos para conhecimento dos recursos.

Esse painel examinará o pedido de recurso podendo rejeitá-lo se entender que não há justificativa para alteração da decisão o que torna definitiva a decisão da Câmara ou Seção. Caso contrário, caberá ao Pleno proferir um novo acórdão que é definitivo, mas nessa análise o Pleno poderá revolver todo o mérito anteriormente decidido e, inclusive, revolver as questões relativas à admissibilidade, como um verdadeiro efeito devolutivo dos recursos.

Diante do exposto no artigo 44.2 da Convenção pode-se concluir que uma sentença exarada pela Seção ou Câmara se tornará definitiva em três hipóteses: se as partes declararem que não desejam recorrer ao pleno, se, mesmo desejando recorrer, não o fizerem dentro do prazo de três meses contados da decisão porque esse é o prazo requerido para que a decisão proferida “se estabilize”, fazendo-se, coisa julgada, ou numa terceira circunstância, quando o recurso é manejado atempadamente mas o Pleno, por meio do painel formado por cinco dos seus membros, o rejeita.

De acordo com o artigo 74 do Regulamento da Corte, uma decisão do Tribunal deve conter: os nomes dos juízes que compõe o órgão julgador, a data da decisão, a qualificação das partes do processo, incluindo os nomes de seus respectivos advogados ou representantes, um resumo dos procedimentos observados, o rol dos fatos analisados, um relatório contendo as manifestações ou argumentos trazidos pelas partes, os dispositivos legais infringidos ou analisados em razão do caso, a decisão, incluindo os valores devidos em razão dela, os nomes dos magistrados que formaram a maioria no julgamento a favor daquela decisão, e, eventualmente, votos divergentes de magistrados que participaram do julgamento mas que tenham entendimentos diferentes acerca do *decisum*.

A decisão pode conter ainda menção à reparação equitativa requerida pelo peticionante ou determinada de ofício pela Corte. O Tribunal pode, inclusive, estipular que se o pagamento de tal reparação não ocorrer dentro do prazo estipulado, caberá correção do valor devido, indicando o índice aplicável para atualização.

Além de se comprometerem a cumprir as decisões da Corte, as partes deverão envidar todos os esforços para cumpri-las, garantindo verdadeira efetividade às sentenças e tomando todas as medidas necessárias para fazer cessar violações no caso delas se prolongarem no tempo. Devem ainda, na medida do possível, retornar ao *status quo* anterior à violação, sendo necessário, em alguns casos, determinar a nulidade de ato administrativo ou a revogação de lei ou norma violadora (PEREIRA, 1999).

O Comitê de Ministros poderá, ao exercer sua função fiscalizadora, requerer aos Estados a comprovação da prática dos atos que garantam o cumprimento das sentenças por meio da apresentação de relatórios e informações.

Esse poder fiscalizador do Comitê de Ministros representa um ponto importante a ser adotado também pelo Sistema Interamericano, caso haja alteração no seu procedimento para permitir o acesso direto de indivíduos à Corte Interamericana, não se fazendo apenas a justaposição do modelo europeu nas américas, mas efetivamente buscando adaptar aquilo que funcionou no sistema europeu e reforçando a fase da execução das sentenças assim como da fiscalização de tal cumprimento, vez que a tradição americana não se assemelha à europeia no que tange ao voluntário cumprimento das decisões das Cortes de direitos humanos.

Pereira (1999, p. 100) indica que tal sucesso é fruto da congregação de Estados em marcos civilizatórios muito próximos e nos quais “a dignidade do homem e o respeito pelos seus direitos é um pilar fundamental”. Esses Estados valorizam sua imagem e posição na sociedade internacional como cumpridores das determinações judiciais e, quando ocorrem violações, buscam repará-las prontamente.

Em resumo, o fluxograma dos procedimentos da Corte Europeia em caso de petição individual é o de apresentação do pedido, análise de admissibilidade, uma vez admitido o caso, análise do mérito pelas Câmaras, se necessário ou cabível, reanálise pelo Pleno e, se não for conseguido em nenhum momento uma decisão amigável, acórdão e fiscalização do cumprimento do acórdão pelo Comitê de Ministros.

Trata-se de sistema procedimental relativamente simples, privilegiando o acesso direto do indivíduo a uma corte internacional, redundando em certa celeridade no conhecimento da queixa e processamento da denúncia e, ao final, permitindo o alcance de uma decisão que, é efetivada, trazendo facilitação tanto no acesso à justiça como na consecução de reparação em razão das violações aos direitos humanos.

O acesso direto à Corte Europeia de Direitos Humanos por meio do mecanismo da petição individual não foi a única mudança e evolução ocorrida, mas, sem dúvida, representa a mais importante das alterações trazidas pelos protocolos que sucederam a Convenção Europeia. O protocolo n. 11 tornou-se o motivo pelo qual, hoje, o Tribunal Europeu é referência para outros sistemas regionais, no alcance da efetividade desejada à proteção dos direitos mais caros ao homem e, também, favoreceu o protagonismo humano no campo do direito internacional, revelando a possibilidade de exercício do *jus standi*, além da própria judicialização do sistema, deixando de lado seu caráter, até então, marcadamente político.

3.4 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A ideia de estabelecer uma corte de direitos humanos nas Américas surgiu, pela primeira vez, na Nona Conferência Internacional Americana ocorrida em Bogotá em 1948. Nela se adotou a Resolução XXXI que considerou que a proteção dos direitos humanos deveria ser garantida por um órgão jurídico vez que de nada adiantaria um rol de direitos sem amparo de um tribunal competente para conhecer de eventuais violações desses direitos. Nessa ocasião, foi encomendado ao Comitê Jurídico Interamericano a elaboração de um projeto de Estatuto visando a criação de uma Corte Interamericana com essa finalidade.

Só que, até então, ainda não havia um rol de direitos a ser protegido. Portanto, o referido Comitê informou o Conselho Interamericano de Jurisconsultos, em 1949, que a falta de uma convenção material sobre o tema dificultava a elaboração de um estatuto para uma corte e que seria necessário elaborar uma Convenção que precedesse a elaboração de um estatuto de órgão jurisdicional. Então, por ocasião da Décima Conferência Internacional Interamericana ocorrida em Caracas, Venezuela, em 1954, ficou resolvido que a tomada das providências atinentes à elaboração de uma convenção de direitos humanos e de uma corte destinada a proteger tais direitos seria realizada na Décima primeira Conferência, entretanto essa Conferência nunca chegou a ser realizada (SECRETARIA DA CORTE..., 2018).

Somente em 22 de novembro de 1969, na conferência especializada reunida em São José da Costa Rica é que se adotou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e através dela foi criada a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em 1969, a Convenção Americana sobre a Proteção dos Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, apesar das inúmeras dificuldades a vencer, tais como a existência de regimes de exceção em Estados americanos de então, logrou êxito em disseminar a ideia de criação de uma Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH), cuja jurisdição é, contudo, de aceitação voluntária.

Tal Convenção entrou em vigor em dezoito de julho de 1978 quando ocorreu o depósito do décimo primeiro instrumento de ratificação por um Estado membro da OEA, em conformidade com seu artigo 74.2. O Brasil, no entanto, reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos apenas em 1998. Até hoje,

vinte e cinco países membro ratificaram a Convenção e vinte e dois deles reconheceram a jurisdição contenciosa da Corte. A Venezuela e Trinidad y Tobago, infelizmente acabaram denunciando ao Tratado e, ainda que inicialmente o fizessem, não mais reconhecem a jurisdição da CtIDH (CORTE INTERAMERICANA, 2021).

O artigo 78 da Convenção Americana prevê a possibilidade de denúncia ao Tratado e “retirada” como membro depois de um ano da comunicação ao Secretário da OEA. Entretanto, o país denunciante continua vinculado pelas violações ocorridas antes da efetivação da denúncia (OEA, 1969).

Infelizmente, dos atuais trinta e cinco membros da OEA, muitos não ratificaram a Convenção e não aceitam, por conseguinte, a jurisdição da Corte. Dentre as faltas mais sentidas figuram os Estados Unidos e o Canadá, países da América do Norte, que, ao não consentirem com a competência da Corte, fazem com que a atuação da CtIDH se limite às violações de Direitos Humanos ocorridas na América do Sul, América Central e Caribe.

Em maio de 1979 os primeiros juízes da Corte foram escolhidos pela Assembleia Geral da OEA e a primeira reunião da Corte ocorreu em junho do mesmo ano, ainda na sede da Organização em Washington, D.C. Ao aceitar a oferta do governo da Costa Rica para que a sede da Corte se situasse naquele País, ocorreu, em 3 de setembro de 1979, a instalação da Corte em São José. Em seguida, no ano de 1980 o Estatuto da Corte foi aprovado e, ato contínuo, a Corte aprovou o regulamento que inclui suas normas procedimentais. Tal regulamento já foi reformado em 2009 e vem sofrendo mutações formais e informais para melhor atender as peculiaridades da proteção dos direitos humanos em âmbito americano (CORTE INTERAMERICANA, 2021a).

A Convenção estabelece que dois órgãos são encarregados de fazer cumprir os compromissos assumidos pelos Estados membro na asseguaração dos direitos e liberdades fundamentais estabelecidos no texto do tratado: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Passa-se a analisar a atuação específica da Corte por meio de seu Estatuto e de seu regulamento.

A CtIDH é composta por sete juízes escolhidos dentre nacionais dos Estados membro da OEA para um mandato exercido com autonomia, liberdade e isenção e sem qualquer vinculação com a nacionalidade do mandatário. O único compromisso

dos membros da Corte é com o cumprimento do Pacto de San José da Costa Rica e com o combate às violações de direitos individuais e garantia de liberdades consagradas naquele instrumento.

A escolha dos juízes se dá por ocasião da Assembleia Geral da OEA anterior ao período que marca o término do mandato dos juízes. Os Estados membros da Organização dos Estados Americanos podem apresentar até três candidatos de nacionalidade do Estado indicador ou de outros Estados membro que serão escolhidos por voto secreto de acordo com o desejo da maioria absoluta dos membros da Assembleia, para um mandato de seis anos, podendo ser reeleitos.

Em princípio, os Juízes de uma certa nacionalidade não podem atuar nos casos em que os Estados de sua nacionalidade estejam sendo julgados.

O regulamento da Corte estabelece em seu artigo 22 que são idiomas oficiais do órgão: espanhol, francês, inglês e português.

Acerca das reformas implementadas no Regulamento da Corte e que impactam a participação do ser humano no procedimento adotado pela CtIDH, temos que

La Corte Interamericana aprobó su primer Reglamento en julio de 1980. Esta norma se encontraba basada en el Reglamento entonces vigente para la Corte Europea de Derechos Humanos, inspirado en el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Ante la necesidad de agilizar su procedimiento, la Corte aprobó un segundo Reglamento el cual entró en vigor el 1º de enero de 1997. La principal modificación se encuentra plasmada en el entonces artículo 23 el cual otorgó a los representantes de las víctimas o de sus familiares la facultad de presentar, en forma autónoma, sus propios argumentos y pruebas en la etapa de reparaciones del proceso. El 24 de noviembre de 2000 la Corte Interamericana reformó por cuarta vez su Reglamento. Dicha reforma, que entró en vigencia el 1º de junio de 2001, introduce una serie de medidas destinadas a otorgar a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, la participación directa (locus standi in judicio) en todas las etapas del proceso iniciado mediante la presentación de una demanda ante el Tribunal. En su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009 la Corte aprobó su Nuevo Reglamento. Las principales reformas que este introduce las encontramos en el papel de la Comisión en el procedimiento ante la Corte, la inclusión de una disposición en la que se establece que los jueces no podrán participar en el conocimiento y deliberación de una petición individual cuando sean nacionales del Estado demandado y la recopilación de diversas prácticas procesales de la Corte (SECRETARIA DA CORTE..., 2018, p. 25-28).

Como se verifica nos artigos 1º e 2º do seu Estatuto, a Corte apresenta competências contenciosa e consultiva, como as da Corte Europeia de Direitos

Humanos. Mas foram reconhecidas também a possibilidade de a CtIDH tomar medidas chamadas de provisionais e de fiscalizar o cumprimento de suas próprias decisões (SECRETARIA DA CORTE..., 2018).

No exercício de sua função contenciosa, a Corte conhecerá dos casos de supostas violações à direitos e liberdades consagrados na Convenção Americana e poderá determinar a responsabilização do Estado violador, cabendo nesses casos, à Corte, a função de fiscalizar o cumprimento de suas sentenças.

Em sua função consultiva a Corte apresentará opiniões para as dúvidas trazidas pelos Estados membro da OEA e seus órgãos constitutivos, podendo interpretar as disposições da Convenção e de todos os tratados concernentes à proteção dos direitos Humanos nos Estados membros da OEA e verificar sua compatibilidade com o ordenamento jurídico interno desses Países.

Em relação à função de tomar as chamadas medidas provisionais, tal prerrogativa consiste em determinar que sejam tomadas providências em casos que chegam ao conhecimento da Corte, de situações extremamente graves, emergenciais ou urgentes, acerca de violações à Convenção, visando fazer cessar essas situações para evitar danos irreparáveis às vítimas.

Conforme Legale (2019, p. 17) A medidas provisionais “destinam-se às situações de graves violações aos direitos fundamentais, cuja urgência e risco de danos irreparáveis justifiquem uma atuação mais rápida da Corte Interamericana, nos termos do artigo 62.3 da Convenção e do artigo 27 do Regulamento da Corte”.

Nas audiências que analisam essas situações emergenciais e que podem ser públicas ou privadas, a Corte pode adotar várias medidas, dentre elas, a indicação de formas alternativas de solução do conflito ou ainda estabelecer cronogramas de cumprimento de medidas assecuratórias de respeito aos direitos humanos. Não há um rol limitando as medidas cabíveis. Elas deverão se encaixar às peculiaridades do caso e podem ser requeridas por atuação da Comissão naqueles casos que ainda não chegaram ao conhecimento da Corte ou até mesmo por pedido direto das vítimas, seus representantes ou familiares, nos casos em que a atuação da Corte já se iniciou. (artigo 27 do Regulamento)¹³.

¹³ Regulamento disponível na obra Documentos básicos em matéria de Direitos Humanos no Sistema Interamericano. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/documentos_basicos/documentosbasicos2018.pdf

Inclusive, muitas das alterações regimentais do processo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, são fruto de um trabalho incessante de seus membros, em especial do ex-juiz Cançado Trindade, em buscar trazer maior efetividade à proteção de direitos ofertada pela Corte, quando se via diante de situações emergenciais que chegavam ao seu conhecimento.

Enquanto a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) não é alterada para permitir o acesso direto à Corte Interamericana de Direitos Humanos por meio da petição individual, alguns casos evidenciam métodos informais de aceitação de denúncias diretamente pela Corte, sem a prévia análise realizada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o que demonstra que membros do Tribunal já vem, há bastante tempo, flertando com a possibilidade de recepção direta das denúncias.

Foi o que ocorreu no caso Tribunal Constitucional vs. Peru (2001), onde o então presidente da Corte declarou ter conhecido de ofício o pedido dos magistrados da Corte Constitucional peruana que haviam sido destituídos de seus cargos, sem o devido processo legal, por Alberto Fujimori, e denunciavam, por conseguinte, a violação da CADH.

Por entender que os fatos trazidos ao seu conhecimento pelos magistrados eram muito graves, utilizou de sua prerrogativa como presidente da Corte para receber o caso diretamente.

Para Val e Legale, trata-se de um exemplo do que denominaram mutação convencional, ou seja, um processo informal de mudança e interpretação da CADH para permitir, nesse caso, o acesso direto à Corte, “por meio de exceções, pelo regimento e pela jurisprudência” (LEGALE, 2020).

Importante para a finalidade comparativa da presente tese evidenciar que a função de tomar medidas provisionais não encontra eco nem na Convenção Europeia e nem na Corte Europeia de Direitos Humanos.

Outra função da Corte, já mencionada, é a de fazer cumprir suas decisões:

Quando a Corte IDH emite uma sentença na qual declara a responsabilidade internacional de um Estado por violação de um ou vários direitos da Convenção Americana, o Tribunal ordena que se cumpram uma série de medidas de reparação tendo por objetivo, tanto a necessidade de reparação das vítimas do caso como também os aspectos estruturais ou normativos que

provocaram a violação e requerem ser modificados pelo Estado para evitar a repetição do mesmo tipo de violação. A Corte determina que a supervisão do cumprimento de sentenças é um dos elementos que compõe sua função jurisdicional. Entende a Corte que o cumprimento das reparações ordenadas pelo Tribunal em suas decisões é a materialização da justiça para o caso concreto e da efetividade da jurisdição. Portanto, a efetividade das sentenças depende de sua execução e, por isso, a própria Corte supervisiona diariamente se os Estados estão cumprindo com as reparações ordenadas em suas sentenças através de diversas formas, tais como: processo escrito, audiências, visitas e notas da secretaria do Tribunal. O processo de supervisão deve tender à materialização da proteção do direito reconhecido na sentença mediante aplicação idônea daquele pronunciamento judicial (CORTE INTERAMERICANA, 2021b).

Acredita-se que tal função, a de fiscalizar o cumprimento de suas próprias decisões, apesar de não ser considerada uma função comum de órgão jurisdicional, seja uma função específica da Corte Interamericana diante da falta de uma cultura regional de respeito e cumprimento espontâneo e voluntário dos deveres elencados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e aos comandos da Corte Interamericana. Infelizmente, ainda não há uma maior conscientização acerca da importância dos direitos humanos, numa nova visão que não se sobrepõe à soberania estatal sem, no entanto, negar esse atributo Estatal e, também é entendida como fruto de uma cultura de impunidade que impera na região.

Caso tal cultura não fosse tão disseminada no cenário regional americano, tal função seria dispensável, pois as decisões da Corte, por sua natureza, têm força vinculante e são dotadas de obrigatoriedade, cabendo aos Estados que reconhecem sua jurisdição, imediatamente cumpri-las, conforme estabelecem os artigos 66 a 69 da Convenção.

Em matéria consultiva, como evidenciado, qualquer órgão da OEA ou Estado membro da Organização pode solicitar parecer à Corte, no que tange à interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos aplicáveis ao sistema regional em comento. Flavia Piovesan revela que a interpretação feita pela CtIDH se assemelha àquela feita por sua congênere europeia, porque não se trata de interpretação estática dos enunciados das Convenções, mas interpretação dinâmica e evolutiva, considerando o contexto temporal e as transformações sociais, o que permite a expansão de direitos” (PIOVESAN, 2019, p. 166).

Pode ainda a Corte, no cumprimento de sua função consultiva, exercer o que se denomina de Controle de Convencionalidade, ao verificar a compatibilidade das leis internas dos Estados em face dos tratados de direitos humanos.

Já em matéria contenciosa, a competência da Corte está vinculada, ao reconhecimento, pelos Estados parte, de sua jurisdição, conforme artigo 62 da Convenção:

1. Todo Estado parte pode, no momento do depósito de seu instrumento de ratificação ou adesão desta Convenção, o em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte sobre todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.
2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por um prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário Geral da Organização, que transmitirá cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte.
3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, sempre que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam tal competência, ora por declaração especial, como se indica nos incisos anteriores, ora por convenção especial (OEA, 1969).

Uma das propostas que se faz na presente tese é justamente a alteração de tal dispositivo no sentido de que a jurisdição, tanto contenciosa como consultiva da Corte se torne obrigatória para todos os Estados parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Como se verifica, a CtIDH não pode receber petições diretamente das vítimas. Estas precisam apresentar suas queixas à Comissão Interamericana para somente depois de serem verificadas as condições de admissibilidade, da análise do mérito e da tentativa de soluções por parte da CIDH é que este órgão pode optar por remeter o caso à Corte.

Não sendo apresentadas pela Comissão, as queixas direcionadas à Corte precisam ser feitas pelos Estados parte da Convenção. É o que estabelece o artigo 61 da Convenção Americana quando trata das funções e competências da Corte:

1. Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte.
2. Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos artigos 48 a 50 (OEA, 1969).

Como se comprova, há a necessidade de observância dos procedimentos previstos (artigos 48 a 50 da Convenção) para ocorrerem perante a Comissão

Interamericana de Direitos Humanos, antes da apresentação de um caso contencioso à Corte.

Conforme lição de Flávia Piovesan, em 2001, a Corte revisou seus procedimentos para

de forma mais efetiva, assegurar a representação das vítimas perante a Corte. Ainda que indivíduos e ONGS não tenham acesso direto à Corte, se a Comissão Interamericana submeter um caso à esta, as vítimas, seus parentes ou representantes, podem submeter de forma autônoma seus argumentos, arrazoados e provas perante a Corte (PIOVESAN, 2019, p. 170).

Tal modo de proceder se assemelha muito ao que foi feito na corte Europeia, por ocasião da reforma efetivada pelo protocolo n. 9, que atribuiu paridade de armas ao indivíduo e ao Estado. Não se trata da mesma ideia, mas de algo de abre as portas para uma futura mudança mais substancial do protagonismo do ser humano dentro do sistema regional interamericano de proteção de direitos humanos.

Em defesa dessa paridade de armas perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, já se pronunciou Cançado Trindade nos seguintes termos:

(. . .) Without the locus standi in judicio of both parties any system of protection finds itself irremediably mitigated, as it is not reasonable to conceive rights without the procedural capacity to vindicate them directly. In the universe of the international law of human rights, it is the individual who alleges violations of his human rights, who alleges having suffered damages, who has to comply with the requirement of prior exhaustion of domestic remedies, who actively participates in an eventual friendly settlement, and who is the beneficiary (he or his relatives) of eventual reparations and indemnities. (. . .) In the inter-American system of protection, de lege ferenda one gradually ought to overcome the paternalistic and anachronistic conception of the total intermediation of the Commission between the individual (the true complaining party) and the Court, according to clear and precise criteria and rules, previously and carefully defined. In the present domain of protection, every international jurist, faithful to the historical origins of his discipline, will know to contribute to the rescue of the position of the human being as a subject of international law (droit des gens), endowed with international legal personality and full capacity (CANÇADO TRINDADE, 2011, p. 39).

Acerca das etapas do procedimento contencioso, faz-se, igualmente, um recorte, com finalidade metodológica, para que se analisem apenas as disposições relativas aos processos apresentados pela CIDH. De acordo com Regulamento da Corte, em seu artigo 34, o início de uma causa se dá perante a Secretaria da CtIDH e o pedido deve ser apresentado em algum dos idiomas de trabalho do Tribunal.

Nos casos em que a questão controvertida é apresentada pela Comissão ela se fará de acordo com o artigo 50 da Convenção, por um relatório que contenha um

resumo dos fatos e dos dispositivos violados além da identificação das vítimas e dos motivos que levaram a Comissão optar pela apresentação do caso à Corte. Devem ser encaminhados à Corte o inteiro teor dos processos realizados pela Comissão e as provas juntadas a esses autos. É importante ainda que se indiquem as pretensões das vítimas e as reparações requeridas (artigo 35).

De acordo com o artigo 38, a presidência da Corte fará uma avaliação da presença dos requisitos essenciais para recebimento do caso e, em notando a falta de algum desses, poderá determinar que dentro de um prazo de 20 dias a Comissão supra essa lacuna.

Recebida a demanda a secretaria notificará, na forma do artigo 39 do Regulamento da Corte, a presidência e os juízes, o Estado demandado, a comissão, a vítima e seus representantes.

Uma vez realizada a notificação à vítima, ela terá um prazo de dois meses para apresentar suas solicitações, argumentos e provas. Em seguida, o Estado demandado poderá apresentar, por escrito, dentro igualmente de um prazo de dois meses, suas impressões sobre o caso, podendo aceitar ou contraditar os fatos alegados pela vítima, oferecer outras provas e quais são os fundamentos legais de suas alegações (artigos 40 e 41).

Após a conclusão dos atos praticados por escrito, a Corte poderá instaurar as audiências onde se realizarão os procedimentos orais fixando, desde já, as datas de realização de quantas audiências se façam necessárias. (artigos 43 3 45).

Nessas audiências serão ouvidas vítimas ou seus representantes, testemunhas e peritos, cujos nomes deverão constar de lista a ser devidamente publicizada e conhecida pelas partes do processo.

O procedimento da audiência começa pela manifestação da CIDH que faz a leitura do seu relatório. Depois passa-se a ouvir as pessoas constantes da lista descrita acima. E, em seguida, dos representantes do Estado demandado.

Após as manifestações das vítimas, testemunhas e peritos e dos Estados, a Comissão toma a palavra novamente para apresentação de seus argumentos finais (artigo 51).

Em seguida, manifestam-se os juízes para que formulem questionamentos à Comissão, às vítimas ou seus representantes e aos representantes do Estado demandado.

Nos casos submetidos pela Comissão, os trabalhos da Corte são organizados e dirigidos pela presidência da CtIDH.

Encerrados os trabalhos desenvolvidos em audiências, a Corte abre prazo para apresentação de considerações finais por parte das vítimas, seus representantes, Estado demandado e, excepcionalmente, a Comissão.

De acordo com o capítulo VI do Estatuto, uma vez iniciado o procedimento perante a Corte é possível que este se encerre por desistência, pelo reconhecimento dos fatos e alinhamento do demandado com as pretensões das vítimas ou seus representantes e pelo atingimento de solução amistosa. Mas, mesmo diante de tais circunstâncias, a Corte, na forma do artigo 64 de seu regulamento poderá dar prosseguimento ao feito, se esse for seu entendimento, sempre tendo em vista as responsabilidades que lhe cabem como órgão de defesa dos direitos humanos.

Conforme artigo 65 do Regulamento da CtIDH, Ao final do procedimento, deverá ser exarada uma sentença contendo: o nome do presidente da Corte e dos demais juízes que participaram do julgamento; a identificação dos intervenientes no processo e seus representantes; a relação de atos praticados em cumprimento ao procedimento; a indicação dos acontecimentos; as conclusões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, das vítimas, seus representantes e do Estado demandado; os fundamentos de direito; a decisão sobre o caso; o pronunciamento sobre as reparações e custas, se procedente; o resultado da votação e a língua que contém a versão autêntica da sentença. Além disso, todo juiz que tenha participado do julgamento poderá juntar seu voto em separado, se divergente e as razões que o embasam. Os textos componentes da sentença deverão ser mantidos em sigilo até que sejam aprovados e que ela seja comunicada, por meio da Secretaria da Corte, às partes do processo.

Em seguida, a Corte passa a cumprir sua função de fiscalizar o cumprimento de suas próprias decisões, conforme artigo 69 do regulamento.

Como se pode verificar, os procedimentos adotados pela CtEDH e pela CtIDH não se diferem muito, a não ser quanto ao acesso direto que é permitido aos indivíduos em relação à jurisdição da primeira. O que se deseja é que o mesmo acesso seja garantido perante a Corte Interamericana e que, com isso, seja alcançada uma maior efetividade na proteção dos direitos humanos em âmbito americano.

Afinal, segundo Cançado Trindade, sob as cláusulas da petição individual e direta e da jurisdição obrigatória “se ergue todo o mecanismo de salvaguarda internacional do ser humano”, razão pela qual o ex-juiz da CtIDH, as considera verdadeiras cláusulas pétreas da proteção internacional dos direitos humanos (CANÇADO TRINDADE, 2003).

3.5 OS PONTOS FORTES E OS DESAFIOS DE CADA SISTEMA REGIONAL

Ao expor os pontos mais consistentes de cada sistema regional de proteção de direitos humanos, busca-se demonstrar, mais uma vez por comparação, as peculiaridades de cada um.

Enquanto o sistema europeu se consolidou e amadureceu de forma rápida em razão do ambiente favorável à integração entre os Estados parte, que em sua maioria eram estados democráticos de direito e que compartilhavam valores tais como a dignidade do ser humano e a prevalência de seus direitos, verificou-se estarem presentes todos os ingredientes necessários à construção de um sistema respeitado e dotado de credibilidade e que gerasse respeito aos direitos humanos tanto em âmbito doméstico como em âmbito internacional (PIOVESAN, 2019).

Já o sistema interamericano foi erigido sob diferente contexto histórico e peculiaridades da região americana. Conforme Piovesan (2019, p. 275) “Trata-se de uma região marcada por elevado grau de exclusão e desigualdade social”. Sabe-se que quando da implementação do Sistema Interamericano havia muitos países sob regimes ditatoriais, onde a cultura da violência e da impunidade se faziam presentes e onde havia, infelizmente, grande desrespeito aos direitos humanos, com execuções sumárias que não respeitavam o direito de defesa, o devido processo legal, além da triste situação do desaparecimento de pessoas. Situação muito diferente de sua congênere europeia.

Mas apesar de todas as características apontadas, o sistema interamericano se firmou e nunca deixou de contribuir para o resgate à dignidade humana em âmbito regional.

Em razão da união de propósitos apresentada pelos Estados parte do Conselho da Europa, nota-se verdadeiro pendor político para o respeito aos direitos humanos e exigência de que esses direitos sejam respeitados internamente para que

os membros possam efetivamente participar da comunidade de Estados. Portanto há alto grau de voluntariedade na aceitação das normas da Declaração Europeia de Direitos Humanos e grande respeito ao seu conteúdo.

Já com relação ao sistema interamericano, Flávia Piovesan (2019, p. 275) destaca que se trata de um conjunto de países “que apresentam fragilidades na proteção dos direitos humanos em âmbito doméstico”. Parece não haver nas Américas a mesma preocupação política e jurídica com os compromissos aceitos através da adesão ao Pacto de São José da Costa Rica. Talvez essa dificuldade em garantir da mais ampla defesa dos direitos humanos em âmbito doméstico coincida com a visão mais tradicionalista que esses Estados tem acerca do princípio da soberania Estatal, o que leva a não aceitar tão facilmente um possível questionamento internacional acerca de circunstâncias que estejam ocorrendo no âmbito interno desses Estados. Tal cenário, sem dúvida, já mudou muito em âmbito americano mas, ainda há situações complexas como a que acabou por levar à saída da Venezuela da OEA e do Pacto de São José da Costa Rica, por exemplo.

Outro ponto a se analisar consiste na imensa gama de questões analisadas tanto pela extinta Comissão Europeia como pela Corte Europeia de Direitos Humanos acerca de violações de direitos humanos, não apenas de direitos civis e políticos, mas também de direitos sociais, econômicos e culturais.

Por outro lado, durante muito tempo, a atuação da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana se limitaram a questões de direitos civis e políticos, em especial ao devido processo legal, acesso à justiça e questões relativas ao desaparecimento de pessoas, tortura e prisões ilegais. Não se pode deixar de destacar que, mais recentemente, também vem a Corte Interamericana conhecendo de questões relativas aos direitos humanos de segunda geração, mas se comparadas, às questões relativas ao direito à vida e à liberdade, ainda não se mostram tão recorrentes.

Hoje, verifica-se que há um acesso mais democrático à Corte Europeia de Direitos Humanos pois que pela adoção da “paridade de armas”, tanto Estados, como grupos de indivíduos, como Ongs e pessoas individualmente consideradas podem apresentar suas queixas diretamente à Corte, através do mecanismo da petição direta, garantindo *jus standi* a todos, sem distinção.

Já no sistema interamericano, por não haver o sistema de petições individuais dirigidas diretamente à Corte, os casos são apresentados pela Comissão Interamericana, e, normalmente encaminhadas as denúncias através de petições realizadas principalmente por ONGS (PIOVESAN, 2019).

Há, como já mencionado, grande impacto e respeito às decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos. Tanto que foi possível extinguir a Comissão de Direitos humanos em âmbito europeu, cabendo ao Comitê de ministros do Conselho da Europa a fiscalização quanto ao cumprimento, pelos Estados parte, das sentenças a eles dirigidas. Mas como visto, o compromisso político dos Estados Europeus com o cumprimento das decisões e, de maneira geral, com o respeito aos direitos humanos é muito forte, portanto, essa fiscalização política é suficiente.

Já em âmbito americano, historicamente e culturalmente marcado por circunstâncias diversas, muito já se evoluiu e muito ainda há que se evoluir, principalmente no que tange ao compromisso dos Estados parte de cumprir as decisões da Corte Interamericana. Mais recentemente, com as reformas dos Estatutos e regulamentos, passou a ser possível à própria Corte Interamericana, fiscalizar o cumprimento de suas decisões por parte dos Estados parte.

Verifica-se que a grande contribuição do Sistema Europeu tem sido fornecer um modelo respeitado e consolidado de proteção regional dos direitos humanos, tendo evoluído no tempo para garantir mais efetividade a essa proteção, contribuindo e retroalimentando uma maior conscientização acerca da importância dos direitos humanos.

O Sistema Interamericano pode também espelhar-se no modelo que deu certo na Europa e, ressalvadas suas peculiaridades, buscar adaptar aquilo que permitir a evolução deste sistema regional de forma a torná-lo mais democrático ao garantir o acesso direto dos indivíduos à Corte, tornando permanente e obrigatória a jurisdição desta última e reforçando a fiscalização das decisões exaradas de forma a garantir de maneira mais consistente o comprometimento dos Estados e o fortalecimento do sistema.

3.6 UMA POSSÍVEL ADAPTAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO AO SISTEMA EUROPEU DE ACESSO À CORTE DE DIREITOS HUMANOS

A despeito das diferenças apontadas ao longo de toda a tese, questiona-se, se alterar o sistema interamericano poderia trazer maior efetividade ao objetivo de acesso à justiça.

Em um mundo globalizado e multicultural pode-se questionar a adequação e pertinência de adotar, no sistema interamericano, o modelo que deu certo na realidade Europeia. A adaptação do sistema interamericano ao modelo de acesso direto à Corte por meio de petição individual que se propõe, como já mencionado, não seria uma mera justaposição. É necessário adaptar às peculiaridades americanas o modelo europeu, repetindo os aspectos positivos das alterações ocorridas na Europa.

Ao se referir ao direito comparado e aos seus impactos nos direitos humanos, Kaufmann (2011, p. 235) diz que a análise trazida pela comparação “se mostra como um rico caminho para o amadurecimento de experiência de concretização de direitos humanos, enquanto não afasta a centralidade da perspectiva reflexiva e contingente de experiências próprias de contextos culturais diversos.”

O preâmbulo da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos reconhece que os direitos essenciais do ser humano não decorrem apenas da nacionalidade e da ligação do indivíduo com um Estado, “mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, complementar (...)” (OEA, 1969).

À medida em que se fortalece a conscientização política nos países, a soberania é substituída pela responsabilização de cada país. Kant (1988), em sua moral metafísica revela que não existe direito sem dever. Portanto, não há relação de Direito Internacional, mesmo que nela figurem apenas Estados, em que não exista o dever da proteção dos direitos humanos. Se os Estados são detentores da soberania, não existe soberania sem respeito aos direitos humanos dentro dos Estados e, também, internacionalmente.

Ao mesmo tempo em que o Estado soberano deve cuidar e proteger os direitos humanos em suas relações internacionais, deve, igualmente, proteger os chamados direitos fundamentais de seus cidadãos nos limites de seu território. Em uma escala internacional, o Estado o faz participando como membro de organizações internacionais intergovernamentais e participando da criação de Cortes internacionais de Direitos humano, não apenas permitindo que seus nacionais possam a elas

recorrer, mas, também, cumprindo as determinações firmadas por essas cortes em caso de condenação por violações.

Como dito, é nesse ponto que se encaixa a nova perspectiva da soberania em termos de direito internacional dos direitos humanos. Uma maior eficácia na proteção de direitos humanos reside na ética social.

Conscientização e ética andam de mãos dadas nesse movimento de expressão jurídica que visa uma moral universalista. É preciso analisar se a diversidade cultural e a ética universal se completam ou se excluem.

Segundo Norberto Bobbio (1992) o direito internacional se expande em várias direções: tanto se universalizando como multiplicando os assuntos de seu campo de atuação.

Pelo processo de universalização o direito internacional se expande para incluir o direito internacional dos direitos humanos que passa a ser um direito dos indivíduos e estes, como visto, podem questionar seu próprio Estado tanto interna como internacionalmente. Em verdade, os cidadãos de um Estado aos poucos, foram se tornando cidadãos do mundo.

A multiplicação se deu não apenas em relação ao aumento dos “bens” objeto de tutela dos direitos humanos, mas, também porque foram reconhecidos outros sujeitos merecedores e titulares dessa tutela, para além do próprio homem.

O próprio ser humano passou a ser analisado e tornar-se merecedor de uma proteção ampla e ao mesmo tempo específica, de acordo com suas diversas variabilidades baseadas em idade, gênero, necessidades, tais como os tratados internacionais de direitos humanos que tratam de assuntos como crianças, adolescentes, mulheres, idosos, portadores de necessidades especiais. Resumindo: a multiplicação se deu para abarcar “mais bens, mais sujeitos e mais status do indivíduo” (TEIXEIRA, 2009, p.73).

Aponta-se a universalização como tendência da sociedade globalizada, buscando a concretização da “sociedade aberta do futuro”,

para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. A sociedade globalizada amplia horizontes materiais e intelectuais, mas também expõe o indivíduo à dominação por outros povos. É necessário que a ordem jurídica internacional o proteja porque até mesmo a soberania dos Estados sofre abalos por sua inserção no mundo globalizado (TEIXEIRA, 2009, P.79).

Internacionalistas europeus acreditam que as vitórias alcançadas sobre antigos e ultrapassados meios de controle soberano absoluto, em especial face ao sucesso obtido com a institucionalização do Conselho da Europa, tem que ser imitado, ampliado e aprofundado se não globalmente, pelo menos em nível regional (ALVAREZ, 2012).

As bases da Corte europeia de direitos humanos foram lançadas no período posterior à Segunda Guerra Mundial. As razões para sua criação fazem parte de um plano regional de proteção de direitos humanos como resposta à reiterada e odiosa violação desses direitos durante a referida guerra.

A razão pela qual o Brasil participa da Corte Interamericana de Direitos humanos pode ser factualmente diferente porque não se deu num contexto de um pós-guerra com consequências diretas para o País, mas ainda assim, fazem parte de um plano maior que sempre esteve presente na agenda internacional do Brasil no século XX e que continua no século XXI.

Dentre as bases de criação da Organização dos Estados Americanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, figuram dentre outros objetivos: a defesa do Estado democrático de direito e a proteção dos direitos humanos pelos Estados Membros da OEA, numa perspectiva mais política do que social.

Piovesan, ao descrever a relação entre democracia, direitos humanos e desenvolvimento, revelou haver “uma relação indissociável” entre esses elementos. E acresceu que “ao processo de universalização dos direitos políticos, em decorrência da instalação de regimes democráticos, deve ser conjugado o processo de universalização dos direitos civis, sociais, econômicos, culturais e ambientais” (PIOVESAN, 2019, p. 153).

Nas américas, a perspectiva ainda era muito focada na conquista das liberdades individuais perante o Estado, como na primeira fase da luta por direitos humanos. Além disso, o grau de união e integração buscado pela OEA era muito diferente do grau de união e integração buscado pelo Conselho da Europa.

Os desafios da América Latina podem ser resumidos na necessidade de se romper com um legado da “cultura autoritária ditatorial”, de violência e impunidade e, por outro lado, consolidar a democracia e o pleno respeito aos direitos humanos em todas as suas dimensões (PIOVESAN, 2019).

Não houve grandes mudanças entre os membros iniciais da OEA e os membros que são reconhecidos hoje. Os Estados Unidos e o Canadá não quiseram integrar a Convenção Americana e muito menos aceitar a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Talvez porque suas realidades se distanciam dos problemas enfrentados pelos demais membros.

Portanto não teve a Organização Americana nem o aporte de países e, conseqüentemente, de pessoas, que teve a estrutura correlata europeia ao longo do século XX, nem adesão, apoio e reconhecimento dos Estados, como seria desejado à Corte para que ela alcançasse uma relevância maior no contexto americano, pela não participação dos países norte-americanos.

É evidente a importância da atuação dos sistemas regionais de direitos humanos para uma eficaz promoção e garantia de respeito aos direitos do homem. Mas, muito ainda pode ser feito para aprimorar, em especial o sistema americano, que vem se consolidando.

É preciso estender a competência da Corte Interamericana a mais Estados parte que a reconheçam, fazendo com que o número de países que aceitam a jurisdição da Corte corresponda ao número de países membro da Organização dos Estados Americanos. Ou, melhor ainda seria a adoção de um protocolo que tornasse a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos obrigatória para todos os países membro da OEA.

Para garantir ainda mais eficácia à proteção dos direitos humanos internacionalmente, além de reconhecer o protagonismo humano, garantindo ao indivíduo o direito à petição direta é preciso garantir que a jurisdição das Cortes Regionais de Direitos humanos se aplique impositivamente a todos os países membro de tais sistemas e, por fim, criar mecanismos igualmente efetivos que garantirão que as decisões de tais Cortes sejam implementadas e cumpridas. Deixar de cumprir uma decisão representa uma afronta ao princípio da boa-fé aplicável a ordem internacional.

Dentro do sistema interamericano, é a própria corte que vem realizando esse papel fiscalizatório de suas decisões. No sistema europeu, tal fiscalização é realizada pelo Comitê de ministros ou ainda pelo Comissariado de direitos humanos.

Flávia Piovesan (2019) apresenta algumas propostas para o fortalecimento do sistema interamericano: A primeira reside na expansão do número de Estados parte na Convenção Americana de Direitos Humanos. A segunda é ampliar o

reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte. A terceira é buscar a maior efetividade às decisões da Corte através de um trabalho de fiscalização da implementação das sentenças e acordos, não apenas no que tange à compensação patrimonial às vítimas e suas famílias, mas também em medidas tais como modificação da legislação interna. A quarta proposta consiste em determinar-se sanções a Estados parte que sejam reiteradamente violadores da Convenção Americana e que se furtarem ao cumprimento integral das decisões. A quinta proposta consiste em garantir o acesso direto dos indivíduos à Corte, por meio de petições individuais. A sexta proposta reside no funcionamento permanente da Corte e da Comissão.

Na busca por um acesso mais democrático à Corte Interamericana de Direitos Humanos, propõe-se, ainda, modificação convencional que aproxime o sistema interamericano do europeu, nos mesmos moldes do Protocolo n. 11 da Convenção Europeia.

Para esse mister seria necessário também, pelo possível incremento no número de petições apresentadas à Corte, a transformação dessa casa de justiça em órgão permanente, além de dotar o Sistema Interamericano de orçamento suficiente para arcar com esse aumento da demanda.

Seria também interessante converter a Comissão Interamericana em um Comissariado, aos moldes do Comissariado Europeu, atribuindo a esse órgão, a tarefa de fiscal do cumprimento das decisões da Corte. Ou atribuir a outro órgão, semelhante ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa, essa função fiscalizatória. Dessa forma a função fiscalizatória ficaria com outros órgãos que não a Corte e esta última poderia dedicar-se exclusivamente às suas funções judiciais, que certamente sofreriam um incremento.

Tendo como premissa o *standard* da prevalência dos direitos humanos interna e internacionalmente, luta-se pela evolução dos meios de defesa e de sua proteção, na busca de melhorias graduais, responsáveis pelo aprimoramento desses direitos basilares e das formas de alcance de sua execução e efetividade.

Apontam-se as razões pelas quais se acredita que o sistema interamericano deva ser reformado:

Em primeiro lugar porque reconhece o indivíduo como sujeito de direito internacional – e o indivíduo é sujeito de direito internacional de duas maneiras:

Quando os Estados são responsabilizados pelas violações cometidas contra os indivíduos com base numa convenção escrita que estabelece condutas e violações passíveis de análise judicial, o que por si só já é algo inovador para os Estados tão acostumados a ter apenas nos costumes internacionais as bases das violações, porém de maneira mais generalizada. E ainda quando os Estados são processados por indivíduos, nacionais ou não e não somente por outros Estados, o que, em verdade, quase nunca acontece devido à alta carga política que uma ação com tais contornos poderia apresentar.

É preciso garantir a mais ampla proteção em razão da pessoa (*ratione personae*). Segundo Economides (1987) *“The more people human rights protection machinery is available to, the better protected human rights are and the better served the democratic interest”*.

A Convenção Europeia protege, igualmente, nacionais dos Estados parte, estrangeiros que estejam em território de Estados parte e apátridas em face de qualquer Estado parte.

Sua abrangência, inclusive, vai mais além do território físico dos Estados parte para oferecer proteção também para cidadãos que estejam em territórios onde a jurisdição dos Estados parte esteja incidindo, até mesmo fora de seu território.

The High Contracting Parties are bound to secure the said rights and freedoms to all persons under their actual authority and responsibility, not only when that authority is exercised within their own territory but also when it is exercised abroad. (ECONOMIDES, 1987).

O amplo entendimento da Comissão Europeia de Direitos Humanos sobre quem seriam as vítimas que poderiam requerer a proteção da Convenção Europeia permite, igualmente, a mais ampla proteção. Deve-se adotar esse entendimento.

Vejamos: *“The Commission's broad interpretation of the term "victim" allows more people to make applications and thus benefits both human rights and democracy”* (ECONOMIDES, 1987).

Diante da evolução do sistema europeu de proteção de direitos humanos verifica-se a necessidade de aprimoramento do sistema interamericano. Para tanto, é necessário permitir o acesso direto do indivíduo à CtIDH mas, também, são necessárias outras medidas como a ampliação dos recursos financeiros, técnicos e de pessoal, porque eles poderiam permitir uma ação incessante da Corte que passaria a ter jurisdição obrigatória a todos os membros da OEA, o que, muito provavelmente

significaria um maior número de processos submetidos aos seu conhecimento, tal como ocorreu no sistema europeu em razão do reconhecimento do protagonismo humano em defesa de seus direitos também na seara internacional.

CONCLUSÃO

Se a liberdade de agir provem da razão e da moral, a defesa do acesso direto à justiça de direitos humanos nos leva a pensar que basta acessar a justiça para efetivar a proteção desses direitos. Infelizmente há muito se sabe que por mais que o acesso à justiça seja um meio de exercício de liberdade, autonomia e dignidade humanas, ainda há muito a se fazer para alcançar a efetividade da proteção dos direitos humanos.

Mas ao se conceder o acesso direto às cortes de direitos humanos por meio do mecanismo da petição individual, dá-se um passo firme na direção dessa efetividade. Entretanto, a mera constatação dessa necessidade não significa sua realização. Depois de demonstrar como a Corte Europeia de direitos humanos avançou em matéria de democratização do acesso à sua jurisdição, faz-se a proposta de que a mesma possibilidade seja ofertada aos cidadãos do continente americano.

A justificar a análise feita, de que os direitos humanos são naturais, históricos e desejáveis chega-se à constatação de que apesar dessa pretensão em seu reconhecimento, os direitos humanos ainda foram não efetivados. Diante da convicção da necessária alteração da Carta dos Estados Americanos e do Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos para incluir a possibilidade do peticionamento direto à Corte, por parte do indivíduo que teve seus direitos violados, fundamenta-se a proposta apresentada na presente tese como sendo uma alteração decorrente não apenas do *jus cogens* internacional, da prevalência dos direitos humanos, mas sobretudo pela observação de que essa possibilidade reflete maior eficácia à proteção dos direitos humanos e um acesso mais amplo e irrestrito à justiça internacional dos direitos humanos.

E como a alteração foi salutar na Europa, ela também pode ser salutar nas Américas, baseada naquilo que já pode ser reconhecido como um costume europeu e, por que não, num costume internacional, fundamentado na convicção de que assim se deve permitir, por ser correto. Um *verdadeiro jus cogens pro homine* ou *jus cogens pro persona* como preferem os espanhóis. A ideia de direito cogente vem acompanhada da ideia de um dever, uma obrigação. Trata-se de uma obrigação da sociedade internacional reconhecer e garantir o protagonismo humano, a atuação democrática das cortes de direitos humanos e a efetividade de suas decisões.

Garantir aos indivíduos acesso direto às cortes de defesa de direitos humanos, por meio de petições individuais é vislumbrar o passado, herdar o que ele concede, aprender as lições e afiançar um futuro em que a liberdade se estende ao reconhecimento da personalidade internacional de cada indivíduo e a um moderno entendimento de soberania estatal. Lembrando-se que esse futuro não pode ser apenas um destino ou ponto de chegada, mas a construção de um caminho que permita o acesso à Justiça de Direitos Humanos por meios cada vez mais diretos e desburocratizados.

Passado e presente são os antagonistas, e o homem se torna o juiz do tempo, dono de sua liberdade e senhor de suas decisões acerca da proteção de seus direitos. Garantir o acesso direto, por meio de petição individual à Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos moldes do que já ocorre na congênere Corte Europeia de Direitos Humanos, é reconhecer o protagonismo do ser humano no cenário internacional, como o maior interessado e sem dúvida, o mais capacitado para defender seus próprios interesses. Como se viu uma nova visão acerca da soberania estatal contribui para essa necessária evolução.

Em relação ao tema abordado na presente tese, deve-se entender por paz, o respeito aos direitos humanos, tanto nas relações cidadão/cidadão, como nas relações Estado/cidadão. Qualquer violação pode representar um estado de “beligerância”, que precisa ser contornado pela restauração da harmonia. Por vezes, essa harmonia se alcança pelo exercício do direito de acesso à Justiça internacional de direitos humanos. E nesse exercício deve-se enaltecer a liberdade do cidadão de defender seus próprios direitos violados, exigindo a cessão da violência ou a reparação devida quando os danos já se efetivaram.

Para tanto, efetivamente, a soberania do Estado deve flexionar-se, ao respeitar a anterioridade do direito do cidadão, que, por meio de pacto, oferta a manutenção da paz e sua representatividade, ao Estado Soberano. Ao reconhecer-se a anterioridade do direito do homem e que é dele o poder transferido ao Estado, reforça-se a liberdade que este cidadão deve ter, não apenas por decidir-se pelo pacto e pela paz, mas por transferir por meio do pacto os poderes que inicialmente lhe pertencem.

O que se quer dizer é que o Estado não abdica de sua soberania ao reconhecer que o cidadão deve ter a liberdade de defender, diretamente, seus direitos

humanos e de poder acessar diretamente as Cortes Internacionais de Direitos Humanos. Pelo contrário, essa posição de reconhecimento do ser humano como sujeito de direito internacional e como ente dotado de capacidade postulatória direta perante as cortes internacionais de direitos humanos, reconhece igualmente que seus poderes provêm do cidadão e que nele tem seu exercente/titular mais legitimado.

Reconhecer o ser humano como sujeito de direito internacional é essencial. Reformar as estruturas da Corte Interamericana de Direitos Humanos é a modernização que se espera para alcance de uma maior efetividade de sua atuação, transformando a aceitação de sua jurisdição em obrigatória para todos os membros da OEA. Além disso, extinguir a Comissão Interamericana de Direitos Humanos também é passo a ser tomado nesse processo de reforma, nos moldes do que foi realizado no Sistema Europeu.

O homem já é sujeito passivo da proteção estatal, mas pode, também, ativamente, reclamar a falta dela quando se vê subjugado em seus direitos fundamentais. Permitir o mecanismo da petição individual a todos os órgãos e cortes internacionais com competência para conhecer de violações a direitos humanos, é condição essencial na busca da efetividade desses direitos e da realização da justiça.

A ideia defendida nessa tese e embasada pelos pensamentos dos filósofos analisados, leva à constatação de que para a defesa da liberdade e da supremacia dos direitos humanos, não se deve delegar ao Estado poderes que podem ser exercidos diretamente pelo cidadão. Por isso, a petição direta deve ser daquele que teve violados seus direitos, sem a necessidade de representação pelo Estado ou ainda por organizações não governamentais.

O Estado pode e tem, reiteradamente, agido em papel dúplice: ao mesmo tempo em que pode ser o violador, também deve ser o protetor dos direitos humanos de seus jurisdicionados, garantindo que recebam amparo em suas necessidades, que faça cessar as violações e que permita por meio do poder judiciário, o acesso à justiça e eventual reparação.

Mas o Estado não consegue garantir o acesso e a solução justa dentro de um tempo razoável e, por isso é importante que o próprio Estado respalde um sistema, como o interamericano de direitos humanos, para que, naqueles casos em que o cidadão verificar essa falha, ele possa acessar uma justiça internacional especializada nas demandas relativas à proteção do ser humano.

A universalidade da moral e da forma de agir pautada na razão pura que Kant defende pode ser transposta para a questão do acesso direto às Cortes de Direitos Humanos. Se a mudança ocorrida deu certo na Europa e atingiu seus objetivos, muito provavelmente uma mudança nesse modelo pode levar à uma maior democratização e facilitação do processo de acesso à Justiça de Direitos Humanos no Sistema Interamericano. Porque o que é correto e moral, é uma realidade universal.

A mesma lógica da moral e da defesa da dignidade humana se aplicam às Cortes de defesa de direitos humanos, onde quer que estejam localizadas. Qualquer que seja a realidade em que estejam inseridas, pois a moral kantiana traz esse viés de universalidade.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, que sempre exerceu protagonismo e inovação no seu agir e em suas decisões tem, assim, o dever de propor a alteração de sua convenção, por meio de um protocolo e diligenciar para viabilizar a possibilidade de peticionamento à Corte, de maneira direta e individual, segundo modelo da Corte Europeia de Direitos Humanos porque o seu dever revela a necessidade de agir por respeito à lei moral. E a moral está intrinsecamente ligada ao respeito à dignidade humana, a autonomia e à liberdade de agir.

Dentro da ideia de moral universal defendida por Kant, encontra-se, também, o significado de justiça. Justo é permitir que o próprio violado possa, por meios jurídicos simples e democratizados, requerer a análise de seu caso concreto de violação de direitos humanos a qualquer corte de Justiça internacional de direitos humanos. O senso comum “concorda” que o que é moral é válido universalmente, é evidente. Assim também deveria ser a questão relativa ao acesso direto às cortes internacionais de direitos humanos: um direito óbvio e evidente.

Conclui-se, propondo uma reforma ao funcionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos para que as petições de indivíduos que tenham seus direitos violados possam ser submetidas diretamente ao conhecimento da corte, após análise detida de sua admissibilidade e que, ao lado dessa possibilidade, torne-se obrigatória a jurisdição da Corte a todos os membros da Organização dos Estados Americanos. E que tal conjunto de medidas, sejam reconhecidas como normas inafastáveis do sistema interamericano de proteção de direitos humanos e como um verdadeiro dever da sociedade internacional.

REFERÊNCIAS

- A COMISSÃO EUROPEIA dos Direitos do Homem: organização, processo e atividades. Nota de informação do Secretário da Comissão europeia dos direitos do homem, janeiro de 1996. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/cedhopa.htm>, acesso em 09/09/2021.
- ALVAREZ, José E. ***State Sovereignty is Not Withering Away: A Few Lessons for the Future***. In: *Realizing Utopia*. Antonio Cassese. Oxford University Press, 2012. p. 26 a 37.
- _____. **Between Past and future**. Six exercises on political thought. New York: Viking Press, 1961. Disponível em: <https://pensarelespaciopublico.files.wordpress.com/2014/02/hannah-arendt-between-past-and-future.pdf>, acesso em 04/01/2021.
- _____. **A condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo. Posfácio de Celso Lafer. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- _____. **Origens do totalitarismo**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdharendtorigens-totalitarismo.pdf>, acesso em 28/01/2022.
- BARRETO, Vicente Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2ª. Ed.rev.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. **Introdução à Paz Perpétua de Immanuel Kant**. In: *Brazilian Journal of International Relations*. Edição n. 01, volume 06, 2017. Disponível em: <https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/bjir/article/view/6940>, Acesso em 01/03/2021.
- BOVERO, Michelangelo. **Bobbio e o jusnaturalismo: entre teoria e ideologia** – Revista Em tempo. - Marília - v. 18 – 2019, p. 393 – 407.
- BUERGENTHAL, Thomas. **A Brief History of International Human Rights Law Video** (7/7/2009, 33 minutes) Disponível em: https://legal.un.org/avl/ls/Buergenthal_HR_video_1.html acesso em 08/07/2021
- BHUTA, Nehal. **The Role International Actors Other Than States can Play in the New World Order**. In: *In Realizing Utopia*. Antonio Cassese. Oxford University Press, 2012. p. 61 a 75.
- BRIERLY, James Leslie. **Brierly's Law of Nations**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5523853/mod_resource/content/1/BRIERLY%2C%20J.%20L.%3B%20CLAPHAM%2C%20Andrew.%20Brierly%E2%80%99s%20Law%20of%20nations%20an%20introduction%20to%20the%20role%20of%20international%20law%20in%20international%20relations.%207.%C2%A0ed.%20Oxford%20Oxford%20University%20Press%2C%202012..pdf, acesso em: 01/07/2021
- BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm, acesso em 02/02/2021.
- BRASIL. **Decreto nº 30.544, de 14 de fevereiro de 1952**. Promulga a Carta da Organização dos Estados Americanos, firmada em Bogotá, a 30 de abril de 1948.

Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30544-14-fevereiro-1952-340000-publicacaooriginal-1-pe.html>, acesso em 02/02/2021

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Com modificações da Emenda constitucional n. 45 de 2004. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em 10/06/2019.

BRASIL. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm, acesso em 14/01/2022.

BRASIL. **Decreto n. 4388 de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm#:~:text=%C3%89%20criado%2C%20pelo%20presente%20instrumento,complementar%20%C3%A0s%20jurisdi%C3%A7%C3%B5es%20penais%20nacionais. Acesso em novembro de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm, Acesso em 02/02/2021.

CAMARILLO GOVEA, Laura Alice. **Acceso directo del individuo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Tesis doctoral. Espanha, 2014. Disponível em:

<https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/5331/TESIS%20Camarillo%20Govea.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 12/08/2021

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, 2003. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/futuro-corteidh.pdf>, acesso em 20/06/2019.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos e no início do século XXI**. 2006 Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/viewFile/3259/2849> Acesso em: 29/06/2019

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **The access of individuals to international justice**. Oxford University Press, 2011.

_____. **El ejercicio de la funcion judicial internacional**. Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

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

_____. **A humanização do direito internacional**. 2ª. Ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CAPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. **O estado no direito constitucional internacional**. In: Revista de História das ideias, Volume 26, 2005. Disponível em: [https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/41679/1/O Estado no Direito Constitucional.pdf](https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/41679/1/O%20Estado%20no%20Direito%20Constitucional.pdf), acesso em 21/07/2021.

CARNEIRO, Henrique. **A guerra dos trinta anos**. In: História das guerras Demétrio Magnoli, organizador. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2006. p. 163 a 188.

- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. **Soberania dos Estados e direitos humanos no direito internacional contemporâneo**. Editorial Tecnos, Madrid, 1995.
- CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **A carta de direitos fundamentais no espaço euro comunitário**. 1ª. Ed. Goiânia: Gráfica e Editora América, 2013.
- CASSESE, Antônio. ***The Human Dimension of International Law. Selected Papers (2008)***.
- CASSESE, Antonio. **I diritti umani nel mondo contemporaneo**. Editori Laterza, 1999.
- CONDORELLI, Luigi. CASSESE, Antonio. ***Is Leviathan Still Holding Sway over International Dealings? In Realizing Utopia***. Antonio Cassese. Oxford University Press, 2012. p. 14 a 25.
- CLAPHAM, Andrew. ***The role of the individual in the international law***. The European Journal of International Law, vol. 21, n. 1., 2010. Disponível em: <https://academic.oup.com/ejil/article/21/1/25/363273>, Acesso em 18 April 2021
- COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL (CDI). ***Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001*** Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/56/10). Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf acesso em 01 de julho de 2021.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CONSELHO DA EUROPA. **Quem somos**. Disponível em: <https://www.coe.int/pt/web/about-us>, Acesso em: setembro de 2021.
- CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950**. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf, acesso em fevereiro de 2021.
- CONSELHO DA EUROPA (COE). **Explanatory report on protocol 11**, Strasburgo, 1994, disponível em: <https://rm.coe.int/> acesso em 15/03/2020
- FERRAJOLI, Luigi. ***Diritti Fondamentali***. Roma: Laterza, 2002.
- CONSELHO DA EUROPA. **Towards the right to individual petition**. 1955. Disponível em: <https://rm.coe.int/090000168092c65b>, acesso em 09/03/2020
- CONSELHO DA EUROPA. **Welcome**. Texto escrito pela Comissária para Direitos Humanos do Conselho da Europa, Dunja Mijatovic. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/commissioner/the-commissioner>, acesso em 05/10/2021.
- CONSELHO DA EUROPA. **Comissariado para direitos humanos do conselho da Europa**. Resumo acerca das atribuições do Comissariado, disponível no site International Justice Resource Center disponível em: <https://ijrcenter.org/council-of-europe-commissioner-for-human-rights/> acesso em 05/10/2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **História**. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/historia.cfm>, acesso em outubro de 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **O que é a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm, acesso em novembro 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CtIDH) **Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde x Brasil**. Sentença de 20 de outubro de 2016. Disponível em

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf, acesso em 27/02/2021.

_____. **Castillo Petruzzi e outros vs. Peru**. Julgamento em 04 de setembro de 1998. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm, acesso em 26/10/2021.

_____. **Caso Cinco Pensionistas vs. Peru**. Julgamento em 28 de fevereiro de 2003. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm, acesso em 26/10/2021.

_____. **Caso Goiburú vs. Paraguai**. Voto apresentado pelo Juiz Cançado Trindade em 2006. Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/document/vws8kdbof5qoxbt9?page=1>, acesso em 01/02/2022.

DEBATES VIRTUAIS SOBRE A CIDH. Entrevista com Flávia Piovesan. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pJ5i5Ru1opM&t=3s> acesso em 18/02/2021.

ECONOMIDES, **Democracia e Direitos Humanos**. Apresentação escrita sobre O direito à petição individual como meio de fortalecimento da democracia. Reunião do Conselho da Europa, Grécia, 1987, disponível em <https://rm.coe.int/09000016809c5c10>, acesso em 09/03/2020

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Revised rules of court**. Strasbourg, 1983. Disponível em:

https://www.echr.coe.int/Documents/Library_1982_RoC_Revised_Nouveau_BIL.PDF, acesso em 13/10/2021

FERRAJOLI, Luigi. **Direitos Fundamentais**. Laterza, 2002.

GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. **Tribunais Multiportas**. Curitiba: Juruá, 2014.

GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direito Internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

HERRERA FLORES, Joaquin. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HOBBS, Thomas. **O leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: LTR, 2000.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Disponível em:

https://www.avbbrasil.org.br/diretorios/biblioteca/livros/a_luta_pelo_direito.pdf, acesso em 12/11/2021.

INTERNATIONAL LAW INSTITUTE. **Fifth Comission - Obligations and rights erga omnes in international law**. Krakow Session, 2005. Disponível em:

https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_01_en.pdf, acesso em janeiro de 2020.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1988. 120p.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua**. Um projeto filosófico. Tradução de Artur Morão. Coviã: Lusofia press, 2008.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neo Pragmatismo**. São Paulo: Almedina, 2011.

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

em: <https://mpassosbr.files.wordpress.com/2013/03/a-reconstruc3a7c3a3o-dos-direitos-humanos-celso-lafer.pdf>, acesso em 14/10/2020.

_____. **Direitos Humanos**: um percurso no direito no século XXI. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Prefácio**. In: Direitos Humanos e Justiça Internacional. 9ª ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LEGALE, Siddarta; VAL, Eduardo Manuel. **As mutações convencionais: do acesso à justiça internacional e a corte interamericana de direitos humanos**. In: Eduardo Manuel Val; Haideer Miranda Bonilla (org) Direitos humanos, direito internacional e direito constitucional: judicialização, processo e sistemas de proteção I. 1 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 83 – 108. Disponível em:

<https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/06/3.-Eduardo-Val-e-Siddharta-Legale-acesso-%C3%A0-justi%C3%A7a.pdf>, acesso em 15 de setembro de 2021.

LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, Luis Claudio Martins de. **Direitos Humanos na prática interamericana**: O Brasil nos casos da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

LEGISLAÇÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. Disponível em:

https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5505854/mod_resource/content/1/ER_Lewandowski_Globalizacao_Regionalizacao_Soberania.pdf acesso em: 15/05/2021.

MAZZUOLI, Valério Oliveira. **Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno**: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes. Tese. UFRGS. 2008 Disponível em:

<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/132783/000680945.pdf?sequence>

MAZZUOLI, Valério Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

MARQUES, Miguel Ângelo. **Jus cogens pro homine**. Artigo publicado na revista Direito Internacional e Globalização Econômica. Volume 03, n. 03. 2018. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/DIGE/article/view/38685>, acesso em: 20/03/2021.

MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público**: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NUSSBERGER, Angelika. **O tribunal europeu de direitos humanos**. Palestra oferecida pela Juíza Angelika Nussberger em evento promovido pela EMAGIR/TRF4, em 28 de março de 2016. Disponível em:

<https://youtu.be/w1AqweJOrxc>, acesso em: outubro de 2019.

OEA. PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Concluída e assinada em São José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969. Disponível em

https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm, acesso em 28/06/2019.

OEA. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Regulamento aprovado pela Comissão em seu 137º período ordinário de sessões, realizado de 28 de outubro a 13 de novembro de 2009**; e modificado em 02 de setembro de 2011 e em seu 147º período de sessões, celebrado de 08 a 22 de março de 2013 para sua entrada em vigor em 01 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/RegulamentoCIDH2013.pdf>, acesso em: 11/10/2021

OEA. **Quem somos**. Disponível em:

https://www.oas.org/pt/sobre/nossa_estrutura.asp, Acesso em: setembro de 2021.

OEA. **Nossa história**. Disponível em:

http://www.oas.org/pt/sobre/nossa_historia.asp, acesso em 19/08/2019

ONU. **Carta de Londres**. Acordo para processamento e punição dos crimes de guerra, assinada em Londres em 08 de agosto de 1945. Disponível em:

https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf, acesso em 15/06/2021

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração universal dos direitos humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em

<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> acesso em 20/04/2021

ONU. Organização das Nações Unidas. **Comissão da OEA e escritório de direitos humanos da ONU anunciam aliança**. Notícia de 21 de novembro de 2014.

Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/55306-comissao-da-oea-e-escriptorio-de-direitos-humanos-da-onu-anunciam-alianca>, acesso em 05/10/2021

PAZ DE VESTFÁLIA, disponível em

https://pt.wikipedia.org/wiki/Paz_de_Vestf%C3%A1lia, acesso em 08/10/2020.

PEREIRA, Bruno Yepes. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PEREIRA, Maria de Assunção do Vale. **O protocolo n. 11 adicional a Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. In Revista Jurídica da Universidade

Portugalense Infante D. Henrique. 1999. Disponível em:

<http://hdl.handle.net/1822/41506>, acesso em 08/09/2021

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE (PCIJ). **Case of the S.S.**

"Wimbledon", United Kingdom, France, Italy & Japan v. Germany, Judgment, 17 August 1923, disponível em: <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/1923.htm>, acesso em: 05/07/2021

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 7ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 9ª ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Temas de direitos humanos**. 10. Ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

PORTUGAL. Decreto do Presidente da República n. 20/97. **Internalização do Protocolo 11, de maio de 1997, da Convenção Europeia de Direitos do Homem**. Disponível em

https://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoesinternacionais/copy_of_anexos/protocolo-n-11-,a/downloadFile/file/STE_155.pdf?nocache=1200588832.93. Acesso em 01/07/2019

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/39519/6936-Andr-de-Carvalho-Ramos-Teoria-Geral-dos-Direitos-Humanos-na-Ordem-Internacional.pdf>, acesso em 15 de dezembro de 2021.

- RESENDE, Ranieri Lima. **O regime jurídico da responsabilidade das organizações internacionais** A concepção do ato internacionalmente ilícito. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 43, n. 170, abr./jun. 2006. p.191 a 207. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/170/ril_v43_n170_p191.pdf, acesso em 04/07/2021
- REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL COMPARADO. Volume 01. N. 01 de 2017. **Entrevista para o canal debates virtuais**. A corte interamericana de direitos Humanos. Antônio Augusto Cançado Trindade. Disponível em: <https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/02/Revista-de-Direito-Constitucional-Internacional-e-Comparado-V.1-n%C2%BA1-2017.pdf>, acesso em 20 de setembro de 2021.
- REZEK, J. F. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ROUSSEAU, Jean Jaques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. 5ª reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2011.
- SALCEDO, Juan Antonio Carillo. **Soberanía de los Estados y Derechos humanos em derecho internacional contemporáneo**. 2ª ed. Madrid Tecnos, 2001.
- SANCHES LEGIDO, Angel. **La reforma del mecanismo de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Editora Colex, 1995.
- SANTA SÉ. **Carta encíclica Quadragésimo Anno**. Publicada no ano de 1931 por Pio XI. Disponível em: http://www.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html acesso em: 15/05/2021
- SECRETARIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Documentos Básicos em matéria de Direitos Humanos no Sistema Interamericano**. México: Comissão Nacional dos Direitos Humanos, 2018.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SOLANA, Javier. **Securing peace in europe**, Discurso realizado em 1998. Disponível em: <https://www.nato.int/docu/speech/1998/s981112a.htm>, acesso em 08/10/2020
- SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2003.
- SOUZA, Letícia Schirmer de. **Tutela Judicial efetiva**: à luz da jurisprudência das cortes interamericana e europeia de direitos humanos. Curitiba: CRV, 2020.
- STEINER, Henry J., ALSTON, Philip, GOODMAN, Ryan. **International Human Rights in Context: Law, politics, morals**. 3rd edition. Oxford University Press, 2008.
- TEIXEIRA, Carla Noura. **Direito Internacional**: público, privado e dos direitos humanos. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- YALE LAW SCHOOL. Lillian Goldmann Law Library. **The Avalon Project: documents in law, history and diplomacy**. Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/imt/judfunk.asp>, acesso em 10/11/2021.
- ZACHER, MARK W. **Os pilares em ruína do templo de Vestfália**: implicações para a governança e a ordem internacional. In: ROSENAU e CZEMPIEL (Org.) Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.
- ZAPPALÀ, Salvatore. **Can Legality Trump Effectiveness in Today's International Law?** In Realizing Utopia. Antonio Cassese. Oxford University Press, 2012.