

RUBENS CURADO SILVEIRA

**A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DOS
ORGANISMOS INTERNACIONAIS: Uma análise
teórica e jurisprudencial sob o prisma dos Direitos
Humanos**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração “Direito, Estado e Constituição”, pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, sob a orientação da Professora Doutora Loussia P. Musse Félix.

**BRASÍLIA
2005**

*Ao meu filho,
Pedro Henrique,
pela revelação de um
amor incondicional,
ilimitado, eterno.*

*Esta pesquisa é fruto de um paradoxo:
trabalho solitário e imensamente coletivo.
Agradeço aos meus pais, pelas primeiras
e sólidas lições de vida e de Direito.
À minha esposa, pelo amor
compartilhado e por suportar o meu
isolamento, mesmo quando presente.
Aos professores Loussia P. Musse Félix e
George Rodrigo Bandeira Galindo, pelo
apoio, generosidade, pelas precisas
orientações e, principalmente, por terem
acreditado neste projeto.
Aos professores da pós-graduação. Este
trabalho reflete um pouco de cada
ensinamento.
Aos funcionários da coordenação, pelo
essencial suporte, em especial à
competente Lia.*

RESUMO

A era dos direitos humanos lança um novo desafio à sociedade contemporânea: transformar em realidade as solenes promessas dos instrumentos internacionais e domésticos de proteção dos direitos do homem. O sistema judicial doméstico é uma das principais armas do Estado na vanguarda do combate às violações de direitos humanos. Os direitos devem ser protegidos independentemente do agente violador ou de quem figure no pólo passivo dos processos judiciais. Por operar com o Direito, o sistema judicial tem o dever de incorporar as evoluções dessa ciência viva, a fim de expressar os anseios do seu tempo. No Estado Democrático a lei é apenas a “porta de entrada” do Direito, cuja aplicação depende da harmonia com as demais normas do mesmo ordenamento jurídico, composto de regras e princípios.

Nesse contexto, procurou-se pesquisar o entendimento contemporâneo dos tribunais internacionais e estrangeiros sobre a imunidade de jurisdição dos organismos internacionais. A “visão tradicional” da imunidade absoluta, resultante da aplicação automática e literal de normas internacionais, parece em franco declínio. Em seu lugar emerge uma imunidade relativa, muito mais adequada ao Estado Democrático e à era dos direitos humanos, delineada pelas tendências normativas e judiciais. A tendência normativa está refletida em tratados internacionais mais precisos e adequados. As principais tendências construídas pela prática judicial estão centradas na necessidade funcional da imunidade, na analogia com os Estados e na colisão desse privilégio com o direito universal à jurisdição e com as normas imperativas do Direito Internacional.

Os tribunais nacionais permanecem fechados às experiências das Cortes internacionais e estrangeiras. A imunidade absoluta dos organismos internacionais parece

ainda imperar no Brasil, permeada por decisões que rejeitam o privilégio sob argumentos pouco adequados.

A quebra da imunidade na fase de conhecimento não garante a efetiva reparação do direito violado. Um novo obstáculo surge com o trânsito em julgado, intransponível aos olhos dos defensores da imunidade de execução. Existem, contudo, mecanismos hábeis a superar mais esse obstáculo.

PALAVRAS-CHAVE: Imunidade de Jurisdição. Organismos Internacionais. Era dos Direitos Humanos. Estado Democrático de Direito. Imunidade Absoluta. Imunidade Relativa. Imunidade de Execução. Direito à Jurisdição. Jus Cogens.

ABSTRACT

The human rights era poses a new challenge to the contemporary society: turn into reality the solemn promises of international and national human rights protection instruments. The national legal system is one of the major weapons of the State in the avant-garde of enforcing human rights violations. Rights must be protected regardless of the perpetrating agent or of who figures as a passive actor in legal proceedings. The legal system has the duty to embed the progress of this live science in order to express the longings of its time. In the Rule of Law, legislation is only the ““doorway”” to the Law, which application depends on the harmony with other norms of the same legal order comprised of rules and principles.

In this context, we have tried to research the contemporary understanding of international and foreign courts on the jurisdiction immunity of international organization. The “traditional view” of absolute immunity resulting from the automatic and literal application of international norms seems to be directly declining. In its place, there comes a relative immunity much more suited to the Rule of Law and to the era of human rights, delineated by normative and judicial trends. The normative trend is reflected in international treaties that are more precise and adequate. The main trends built by legal practice are centered in the functional need of immunity, in the analogy with States and in the collision of this privilege to the universal right to jurisdiction and to imperative norms of International Law.

National courts remain unaware to international and foreign Courts' experiences. The absolute immunity of international organization still seems to operate in Brazil permeated by decisions that reject the privileged under so not proper argumentation.

The breach of immunity in the suit phase does not guarantee the effective reparation of the right violated. A new obstacle arisen with the final decision (*transit in rem*

judicatam), insurmountable to the eyes of the execution immunity claimers. However, there are mechanisms able to overcome this obstacle.

KEY-WORDS: Jurisdiction Immunity. International Organization. Human Rights Era. Rule of Law. Absolute Immunity. Relative Immunity. Execution Immunity. Right to Jurisdiction. *Jus Cogens*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I - DOS DIREITOS PROCLAMADOS AOS DIREITOS GARANTIDOS - O DESAFIO DA ERA DOS DIREITOS HUMANOS	19
I.1 Introdução	20
I.2 Adentramos na era dos direitos humanos - E agora?	24
I.3 O Direito como ciência viva e o exemplo dos paradigmas	27
I.4 Da visão estática à dinâmica: a evolução dos métodos de solução das antinomias no Estado Democrático	33
I.5 Direito à justiça como pilar do Estado Democrático	36
I.6 O conteúdo do direito à justiça	44
I.6.1 O conteúdo do Direito à Justiça sob o prisma da Corte Européia de Direitos Humanos	50
I.6.2 O conteúdo do direito à justiça sob o prisma da Corte Interamericana e Comissão Interamericana de Direitos Humanos	53
I.6.2.1 O caso Bulacio vs. Argentina	53
I.6.2.2 O caso Barrios Altos v. Peru	55

I.6.2.3 O caso Carranza v. Argentina	58
I.7 As normas imperativas de Direito Internacional - jus cogens	61
CAPÍTULO II ORGANISMOS INTERNACIONAIS - DA ORIGEM À IMUNIDADE ABSOLUTA	72
II.1 Introdução	73
II.2 Surgimento, Definição e Classificação	74
II.3 A personalidade jurídica dos organismos internacionais e a teoria dos poderes implícitos	80
II.4 Fontes da imunidade de jurisdição dos organismos internacionais	86
II.4.1 O costume como fonte da imunidade dos organismos internacionais	88
II.4.2 A imunidade costumeira e a recente tendência normativa de relativização da imunidade	93
II.4.3 A imunidade costumeira no Brasil	95
II.5 Imunidade funcional absoluta - a visão tradicional	98
CAPÍTULO III OS LIMITES DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DOS ORGANISMOS INTERNACIONAIS	105
III.1 Introdução	106
III.2 A tendência normativa	107
III.3 A tendência judicial da imunidade funcional restrita	114
III.3.1 Os tribunais domésticos estão autorizados a verificar se os atos dos organismos são funcionais ou <i>ultra vires</i> ?	117
III.3.2 A jurisprudência de tribunais estrangeiros sobre a inexistência de imunidade em atos <i>ultra vires</i>	119
III.3.3 Da imunidade limitada às atividades estritamente necessárias à execução dos propósitos dos organismos internacionais	122
III.4 Da aplicação analógica da imunidade relativa dos Estados estrangeiros	128
III.4.1 Do movimento relativizador da imunidade dos Estados estrangeiros	128
III.4.2 Da aplicação analógica da imunidade dos Estados - atos <i>jus imperii</i> e <i>jus gestionis</i>	136
III.4.3 Da imunidade estatal adaptada à necessidade funcional	140
III.5 A imunidade de jurisdição condicionada à adoção de meios alternativos de solução da controvérsia	144
III.5.1 Da inexistência de tribunais judiciais competentes para apreciar conflitos entre particulares e organismos internacionais	146

III.5.2 Imunidade jurisdicional dos organismos internacionais x direito à jurisdição	151
III.5.3 O princípio da reciprocidade como instrumento jurídico a compatibilizar a imunidade e o direito à jurisdição	154
III.5.4 A jurisprudência de tribunais internacionais, estrangeiros e administrativos	162
III.5.4.1 A Corte Internacional de Justiça	162
III.5.4.2 A Corte Européia de Direitos Humanos	164
III.5.4.3 Dos tribunais de Estados estrangeiros	170
III.5.4.4 O Tribunal Administrativo da OIT	172
III.5.4.5 Um contraponto a demonstrar a evolução jurisprudencial	173
III.5.5 Análise crítica dos mecanismos alternativos de solução das controvérsias - o passo seguinte	174
III.6 Imunidade de jurisdição e as normas imperativas do Direito Internacional (jus cogens)	182
III.6.1 O Caso Pinochet	183
III.6.2 O Caso Ferrini	188
III.6.3 Imunidade de Organizações Internacionais x jus cogens	191
CAPÍTULO IV A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS SOBRE A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DOS ORGANISMOS INTERNACIONAIS	195
IV.1 Introdução	196
IV.2 Jurisdição e Competência	197
IV.3 A inadequação das normas internas à solução de questões de Direito Internacional	200
IV.4 A jurisprudência dos tribunais domésticos	202
IV.5 A jurisprudência do STF sobre a antinomia entre imunidade e direito à jurisdição - análise restrita ao prisma do direito interno	210
CAPÍTULO V DA EXECUÇÃO DE SENTENÇA EM DESFAVOR DE ORGANISMOS INTERNACIONAIS - DA ILUSÃO À MATERIALIDADE	214
V.1 Introdução	215
V.2 Da execução em desfavor de Estados estrangeiros	217
V.2.1 Por uma execução mais efetiva	229
V.3 Imunidade de execução e inviolabilidade de bens de organismos internacionais	232
V.3.1 A diversidade de normas internacionais sobre o tema	232
V.3.2 Imunidade de execução - a visão tradicional	236

V.3.3 Imunidade de execução x direito à jurisdição	237
V.3.4 Imunidade de execução x <i>jus cogens</i>	244
V.3.5 Imunidade de execução x atos <i>ultra vires</i>	246
V.3.6 Bens comerciais e não comerciais de organismos internacionais - aplicação analógica da inviolabilidade de bens de Estados estrangeiros?	247
V.3.7 Imunidade de execução e laudo arbitral	248
V.3.8 Imunidade de execução e responsabilidade subsidiária	251
VI CONCLUSÃO - CONTRA O DESPERDÍCIO DE EXPERIÊNCIA	255
REFERÊNCIAS	266

INTRODUÇÃO

A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DOS ORGANISMOS INTERNACIONAIS: Uma análise teórica e jurisprudencial sob o prisma dos Direitos Humanos

INTRODUÇÃO

A dificuldade não está nas idéias novas, mas em escapar das antigas (John Maynard Keynes - 1883/1946)

Abril de 1996 marcou o meu primeiro contato com o tema imunidade de jurisdição. Tratava-se de ação trabalhista ajuizada por um ex-empregado da embaixada da Grã-Bretanha (Reino Unido), país signatário da *European Convention of State Immunity*, de 16 de maio de 1972, e que em 1978 havia editado a *UK State Immunity Act*, duas das primeiras normas a ratificar a doutrina da imunidade relativa de jurisdição. Como se desconhecesse as

suas próprias convicções, o Estado-réu enviou um documento ao Ministério das Relações Exteriores, anexado aos autos do processo, recusando-se expressamente a comparecer em juízo ao fundamento de que detinha imunidade jurisdicional¹. **O Reino Unido de há muito submetia os Estados estrangeiros à jurisdição dos seus tribunais em ações trabalhistas, mas parecia não aceitar idêntico tratamento. Percebi, pela primeira vez, as práticas pouco coerentes de alguns sujeitos de Direito Internacional.**

Desde então tive a oportunidade de julgar, no exercício da magistratura trabalhista, várias outras ações em face de Estados estrangeiros. O tema já não demandava grandes discussões na fase de conhecimento, pois o Supremo Tribunal Federal já havia adotado o entendimento, na linha do Direito Internacional moderno, de que não mais sobrevivia a antiga norma costumeira da imunidade absoluta. O processo de execução, contudo, continuava objeto de grandes controvérsias. A angústia dos trabalhadores pelo recebimento efetivo dos seus créditos indicava a necessidade de um estudo mais aprofundado do tema. À época já afluía a minha dificuldade em assimilar a divisão estática entre processo de conhecimento e processo de execução, muitas vezes representada pela expressão “ganhar mas não levar”, além do meu desconforto diante da possibilidade da parte vitoriosa em um processo judicial ser investida na figura da “perdedora” ao perceber que o direito reconhecido não seria efetivamente reparado.

Um caso concreto sobre imunidade de jurisdição de organismo internacional só foi posto à minha apreciação em fevereiro de 2002. Na ação que teve curso perante a 18ª Vara do Trabalho de Brasília uma trabalhadora pleiteava direitos supostamente inadimplidos pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO². O impulso inicial foi assimilar a imunidade dessa “associação de Estados” à gozada pelos Estados estrangeiros. O disposto na Convenção

¹ 14ª Junta de Conciliação e Julgamento de Brasília. Processo nº 128, de 1996. Reclamante: Luiz Gonzaga Oliveira Aragão. Reclamada: Embaixada da Grã-Bretanha (Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte). Julgado em 30 de abril de 1996.

² 18ª Vara do Trabalho de Brasília. Processo nº 069, de 2002. Reclamante: Fabiana Lúcia da Silva Peixoto. Reclamada: Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO. Julgado em 28 de fevereiro de 2002.

sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas fez-me recuar. Por não encontrar argumentos que possibilitassem a superação desse obstáculo normativo, mesmo com um grande desconforto, acabei por reconhecer a imunidade.

Esse desconforto transformou-se em curiosidade, depois em inquietação intelectual. A idéia de que alguém poderia permanecer inatingível pela lei dos homens não parecia adequada ao Direito do início do novo milênio. Todavia, a força emanada da norma internacional internalizada dificultava a adoção de uma postura (aparentemente) *contra legem*.

Este trabalho é fruto dessa inquietação.

Por tratar-se de um tema de Direito Internacional Público, não poderia estar confinado aos limites territoriais brasileiros. Nasceu então a idéia central de pesquisar o entendimento dos tribunais internacionais e estrangeiros sobre a imunidade de jurisdição dos organismos internacionais, inclusive no tocante à execução dos julgados. Eles percorreriam caminhos substancialmente diversos daqueles seguidos pelas Cortes nacionais?

De outro lado, diante do empenho da comunidade internacional pela efetivação dos direitos humanos, fruto do processo de afirmação desses direitos que permeou o Direito Internacional nos últimos cinquenta anos, com claros reflexos no Direito Interno, pareceu-me importante pesquisar em que medida esse movimento contemporâneo estaria impondo a construção de um novo conceito de imunidade jurisdicional.

O posicionamento dos direitos humanos frente à imunidade de jurisdição parece revelar um conflito de gerações. De um lado, um movimento historicamente recente a apontar um novo norte para o Direito Internacional, agora “humanizado”. De outro, uma antiga regra do Direito das Gentes cujas raízes remontam a épocas em que o poder soberano advindo do sangue excluía alguns (poucos) homens e seus representantes do alcance da força impositiva da lei.

Esse conflito faz emergir algumas hipóteses que merecem confirmação. A primeira advém da pré-concepção de que a imunidade ilimitada dos organismos internacionais é incompatível com o direito humano universal do direito à jurisdição. Nesse passo, a disponibilização de mecanismos alternativos de solução da controvérsia seria um requisito essencial ao reconhecimento desse privilégio.

No mesmo contexto, também é adequado supor que a imunidade de execução é igualmente incompatível com o direito à jurisdição, que garante não só o provimento judicial de mérito, mas a efetiva reparação do direito reconhecido. Confirmada essa hipótese, impõe-se buscar mecanismos que possam compatibilizar esses institutos.

A regra da imunidade absoluta ainda parece não se harmonizar com o princípio da jurisdição universal sobre crimes contra a humanidade, refletidos em normas imperativas do Direito Internacional (*jus cogens*). Supõe-se, portanto, a sua não sobrevivência nessas hipóteses.

Importante sublinhar que imunidade e privilégios (*stricto sensu*) são institutos distintos³. Imunidade geralmente é conceituada como uma exceção ao dever do Estado de dizer o direito dentro do seu território. Privilégios, por sua vez, estão ligados a determinadas áreas em que a lei estatal não tem aplicabilidade sobre as organizações internacionais (as leis tributárias, por exemplo). Imunidade, portanto, não é tecnicamente um privilégio (*stricto sensu*), pois não liberta a organização de nenhuma obrigação. As leis permanecem aplicáveis; apenas não podem ser impostas pelos tribunais do Estado⁴.

³ Tanto que várias normas internacionais estabelecem “privilégios e imunidades”, a exemplo do artigo 105 da Carta da ONU: “A Organização gozará, no território de cada um dos seus Membros, dos privilégios e imunidades necessários à realização dos seus propósitos”.

⁴ Cf. REINISCH, August. **International Organizations Before National Courts**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 15; SCHERMERS, Henry G.; BROKKER, Niels M. **International Institutional Law**. 3 ed. Haia: Martinus Nijhoff, 1997, p. 1008.

Este estudo tratará da imunidade jurisdicional das organizações internacionais, a imunidade perante os tribunais dos Estados. Os privilégios (*stricto sensu*) estão fora dos propósitos deste trabalho. Não obstante, por uma mera questão de conveniência redacional, o termo “privilégio” algumas vezes será utilizado em sentido *lato*, como sinônimo de imunidade.

Também vale ressaltar que a análise será centralizada no problema da imunidade de jurisdição civil (da organização internacional), entendida em contraposição à imunidade penal (dos seus membros), a abranger não somente as ações cíveis, mas também as ações trabalhistas, previdenciárias, fiscais, etc. Essa delimitação do objeto do estudo, entretanto, não impedirá a análise de um caso específico de imunidade de jurisdição criminal - o caso Pinochet -, cujos argumentos, pela singularidade, têm ampla aplicação.

O trabalho foi dividido em cinco capítulos. No capítulo introdutório serão apresentadas as noções básicas que servirão de “pano de fundo” ao tema central a ser desenvolvido nos demais capítulos. De modo geral, tentou-se expor no que consiste a “era dos direitos humanos”, que impõe novos desafios à comunidade internacional. Essa “era” apresenta-se não apenas como elemento opositor à vetusta regra da imunidade, mas também como o marco temporal da pesquisa. Sem prejuízo das noções históricas apresentadas, necessárias à compreensão do tema, concentrou-se o foco da pesquisa no momento histórico identificado com essa “era”, que coincide com a consagração do Estado Democrático de Direito.

A propósito, difícil falar em direitos humanos sem mencionar o Estado Democrático e vice-versa, elementos intimamente interligados. Em razão disso, o capítulo introdutório contém freqüentes análises relativas ao Estado Democrático,

inclusive uma tentativa de contextualizar o Direito e o papel dos seus operadores no paradigma atual. Nesse contexto, destaca-se a tentativa de demonstrar a relevância do direito à jurisdição na atualidade, como também o seu denso conteúdo jurídico, inclusive sob o prisma da Corte Européia e da Corte Interamericana de Direitos humanos. Considerações sobre as normas imperativas do Direito Internacional (*jus cogens*) fecham o primeiro capítulo. Tais abordagens serão essenciais à compreensão de algumas das discussões dos capítulos seguintes.

O segundo capítulo procura conferir uma visão geral sobre os organismos internacionais - surgimento, definição, classificação e personalidade jurídica -, necessária à adequada compreensão do tema, como também dá início à análise da imunidade desses entes externos, com a verificação das suas fontes e com a exposição do entendimento tradicional da imunidade funcional absoluta ou ilimitada.

No capítulo seguinte estão concentradas as discussões principais do trabalho, em especial as tendências de limitação da imunidade dos organismos internacionais: a tendência normativa e a construída pela prática judicial. As quatro principais correntes extraídas da prática dos tribunais internacionais e estrangeiros foram detidamente exploradas: 1) da imunidade funcional restrita; 2) da aplicação analógica da imunidade dos Estados estrangeiros; 3) a da imunidade condicionada à disponibilização de mecanismos alternativos de solução da controvérsia; e 4) a da inexistência da imunidade em casos de ofensa a *jus cogens*.

No quarto capítulo buscou-se demonstrar, de um modo geral, o entendimento dos tribunais domésticos sobre a imunidade dos organismos internacionais. O propósito não foi analisar minuciosamente a jurisprudência nacional, mas apenas conferir uma visão geral dos caminhos percorridos pelas Cortes brasileiras, a possibilitar uma comparação com a prática dos tribunais internacionais e estrangeiros.

A execução das sentenças condenatórias é o objeto do quinto e último capítulo. A abordagem tem início com a análise da execução contra Estados estrangeiros para, em seguida, ser centralizada no âmbito dos organismos internacionais. O foco principal é dirigido à antinomia entre imunidade de execução e direito à jurisdição, a exigir a adoção de mecanismos que conduzam a uma efetiva reparação do direito reconhecido judicialmente. Não obstante, são expostas outras questões tendentes a superar a “lenda” da impossibilidade da execução contra esses entes externos. Daí o subtítulo do capítulo: “da ilusão à materialidade”.

A doutrina brasileira e estrangeira, a jurisprudência nacional, internacional e estrangeira, as convenções internacionais sobre direitos humanos, as normas internacionais sobre imunidade de jurisdição⁵, dentre elas a recente Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e seus Bens, além de alguns dispositivos constitucionais e infraconstitucionais nacionais e estrangeiros formam as fontes primárias e secundárias desta pesquisa⁶.

O desafio está lançado.

⁵ Registre-se a opção metodológica pela transcrição em nota de rodapé das normas mencionadas no decorrer do trabalho, com o intuito de facilitar o entendimento do leitor sem a necessidade, muitas vezes premente, de pesquisar a literalidade do dispositivo, alguns não facilmente encontráveis.

⁶ Este trabalho foi desenvolvido com a imprescindível ajuda da tecnologia. A rede mundial de computadores (internet) mostrou-se uma essencial ferramenta de pesquisa, incrementada pelo acesso disponibilizado pela Universidade de Brasília ao Portal da CAPES, que autoriza não apenas a consulta ao acervo da Biblioteca Central da UnB (<<http://www.bce.unb.br/>>) e a “periódicos” com textos integrais (<http://machado-assis.bce.unb.br/bibliotecavirtual/bases_dados/periodicos/per_assunto_direito.htm>), mas também a uma “biblioteca virtual” com disponibilização eletrônica de obras completas, nacionais e estrangeiras (Vários outros endereços eletrônicos foram pesquisados. Destaca-se os endereços da Corte Internacional de Justiça (< da Corte Européia de Direitos Humanos (< da Corte Interamericana de Direitos Humanos (< do Supremo Tribunal Federal (< do Tribunal Superior do Trabalho (< que disponibilizam os julgados dessas respectivas Cortes. Destaca-se, também, o endereço do Ministério das Relações Exteriores (< que permite a consulta e o acesso às normas internacionais internalizadas pelo Brasil.

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS PROCLAMADOS AOS DIREITOS GARANTIDOS: O DESAFIO DA ERA DOS DIREITOS HUMANOS

CAPÍTULO I - DOS DIREITOS PROCLAMADOS AOS DIREITOS GARANTIDOS - O DESAFIO DA ERA DOS DIREITOS HUMANOS

I.1 Introdução

A idéia dos direitos humanos, tão antiga como a própria história das civilizações, incorpora valores e conceitos básicos de comportamento e respeito ao próximo e se manifestou, nas mais diversas culturas, na afirmação da dignidade da pessoa humana, na luta contra as formas de dominação, exclusão e opressão, na salvaguarda contra o despotismo e a arbitrariedade, e na busca da participação de todos nos comandos da sociedade⁷.

_____ Embora as raízes da atual proteção internacional dos direitos humanos estejam em movimentos sociais e políticos, correntes filosóficas e doutrinas jurídicas que floresceram há séculos em diferentes regiões do mundo⁸, a sua formulação jurídica no plano internacional confunde-se com a adoção, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹.

⁷ Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1997, v. 1, p. 17-18.

⁸ Essas raízes estão retratadas em algumas declarações de direitos como o Bill of Rights (Inglaterra, 1689), a Declaração de Independência resultante da Revolução Americana (1776) e a Declaração dos Direitos da Revolução Francesa (1789). Para um histórico dos direitos humanos vide COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. Para uma evolução histórica do direito internacional dos direitos do homem, vide CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito...*, op. cit., p. 31-118.

⁹ Cf. CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito...*, op.cit., p. 17-18.

Impulsionada pela necessidade de impedir a repetição das barbáries da segunda grande guerra, a Declaração Universal, tida como uma elaboração detalhada das disposições sobre direitos humanos da Carta das Nações Unidas (1945), vê hoje os seus princípios elevados à condição de princípios gerais de direito¹⁰.

_____ **A Declaração Universal, nas palavras de BOBBIO, “representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade”¹¹. Pela primeira vez na história um sistema de valores é de fato universal, “na medida em que o consenso sobre a sua validade e sua capacidade de reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado”¹². Depois dela pode-se ter a certeza histórica de que toda a humanidade partilha alguns valores comuns e, com isso, pode-se finalmente “crer na universalidade dos valores”¹³.**

_____ **A ausência de obrigatoriedade formal gerada pela adoção de um “International Bill of Human Rights” sob a forma de declaração - e não convenção¹⁴ - acabou por ensejar na prática uma força impositiva de norma consuetudinária do Direito Internacional, hoje inquestionável. Tão grande tornou-se a autoridade dessa declaração que ela passou a ser figura comum na jurisprudência dos tribunais internacionais e nacionais de diversos países do mundo¹⁵.**

10 Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O legado da Declaração Universal e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Orgs). **O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999, p. 22.

11 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 26.

12 Ibid., p. 28.

13 Ibid.

14 Cf. SAMNOY, Ashild. The Origins of the Universal Declaration of Human Rights. In: ALFREDSSON, Gudmundur; EIDE, Asbjorn (eds.). **The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement**. Haia: Martinus Nijhoff, 1999, p. 10.

15 Cf. CANÇADO TRINDADE, O legado da Declaração..., op. cit., p. 25.

_____A Declaração Universal de 1948, ao lado dos dois Pactos de Direitos Humanos de 1966¹⁶, tornou completa a “Carta Internacional dos Direitos Humanos”¹⁷, sem prejuízo dos demais instrumentos de proteção, cuja multiplicidade forma um todo harmônico e complementar¹⁸. Esse movimento, centralizado no dever de proteção do ser humano, acabou por consolidar a noção de direitos fundamentais inderrogáveis ou de *ordre public*, refletidos nas concepções de normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*).

_____O prolongado processo de afirmação consensual dos direitos humanos passou pela Conferência Mundial de Direitos Humanos de Teerã (1968) e se consolidou na Conferência seguinte, em Viena (1993). A propósito, esta Convenção foi responsável pela principal conquista mundial pós-Guerra Fria: o reconhecimento da universalidade dos direitos definidos na Declaração Universal “por uma comunidade internacional representada em sua integralidade por Estados soberanos”¹⁹. A concepção de interrelação ou indivisibilidade de todos os direitos humanos, aliás, também ganhou aceitação universal em Viena (1993)²⁰.

_____A proteção do ser humano, que pode ser vista como uma reformulação dos direitos de primeira e segunda geração, também restou proclamada ao longo dos últimos cinquenta anos em inúmeras outras normas internacionais²¹. As suas regras e

16 Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

17 Cf. CANÇADO TRINDADE. O legado da Declaração..., op. cit., p. 20-21.

18 Idem, p. 21-24.

19 Cf. ALVES, J. A. Lindgren. **Os Direitos Humanos como Tema Global**. São Paulo: Perspectiva, 1994, p. 4, 5, 138, 139. Esse autor ressalta, contudo, que países islâmicos têm dificuldades em aceitar alguns dos direitos estabelecidos na Declaração Universal e que por vezes objetam a concepção de universalidade ao argumento de que representa uma imposição dos valores ocidentais sobre o resto do mundo.

20 Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Democracia y Derechos Humanos: El Regimen Emergente de la Promoción Internacional de la Democracia y del Estado de Derecho. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**. Brasília, n. 91/92, p. 25, jan/jul. 1994.

21 Como a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948); Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos

princípios, aliás, estão hoje reproduzidos em inúmeras constituições, a demonstrar a interação entre o direito interno e internacional rumo à proteção dos direitos do homem²².

_____ Os direitos humanos, aliás, já foram incorporados ao próprio conceito de constituição moderna, desdobrado por CANOTILHO entre (1) ordenação jurídico política plasmada num documento escrito; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado²³.

_____ Também conta-se hoje com um sistema internacional de proteção dos direitos humanos, composto de diversos órgãos internacionais²⁴ e regionais²⁵ encarregados da defesa desses direitos. Vê-se formado, pois, um *corpus juris* harmonioso e complementar, integrado pela “Carta Internacional” e demais instrumentos, a ponto de o estudo dos direitos humanos configurar uma nova disciplina da ciência jurídica contemporânea, dotada de autonomia, o Direito Internacional dos Direitos Humanos²⁶.

Vivemos, enfim, na “era dos direitos humanos”:

_____ ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e várias outras. Para conhecer o texto integral de diversos instrumentos internacionais de direitos humanos, vide SENADO FEDERAL. **Direitos Humanos: instrumentos internacionais e documentos diversos**. 2 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997. Vide, também, CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

22 Vide CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**. Brasília, n. 84/86, p. 47-68, dezembro 1992/maio 1993.

23 GOMES CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 48.

24 Como a Comissão de Direitos Humanos e a Comissão sobre a Condição da Mulher, ambas das Nações Unidas, complementadas pelo Comitê de Direitos Humanos, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra Mulheres, o Comitê contra a Tortura, o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Comitê sobre os Direitos da Criança e o Comitê sobre trabalhadores Migrantes.

25 Como os sistemas europeu, interamericano e africano de proteção dos direitos humanos, que têm à frente, respectivamente, as Cortes Européia, Interamericana e Africana de Direitos Humanos. A Corte africana foi a última a ser instituída, o que só se deu em 1998, por meio do Protocolo de Ouagadougou, que entrou em vigor em 2002.

26 CANÇADO TRINDADE, O legado da Declaração..., op. cit, p. 25.

Decorridas quatro décadas e meia de experiência acumulada na proteção internacional da pessoa humana, adentramo-nos, hoje, enfim, na era dos direitos humanos, os quais se mostram presentes em todos os domínios da atividade humana. Podemos hoje testemunhar um notável reconhecimento generalizado da identidade dos objetivos do direito público interno e do direito internacional no tocante à proteção do ser humano. Em razão da sua universalidade nos planos tanto normativos como operacional, acarretam os direitos humanos obrigações *erga omnes*²⁷.

I.2 Adentramos na era dos direitos humanos - E agora ?

Embora a inserção na era dos direitos humanos represente um importante passo, não autoriza na comunidade internacional um mínimo sentimento de missão cumprida. Os fatos revelam que os direitos reais nem de longe correspondem aos textos que os consagram. É gritante a distância que separa o legislado do praticado, o proclamado do garantido, a confirmar a constatação histórica de que norma legal e realidade só muito raramente coincidem²⁸.

_____ **É imperativa, pois, a busca pelo segundo e essencial passo: materializar nas relações sociais e no mundo do Direito as promessas dos textos normativos, sentimento expresso nas palavras de BOBBIO, de que na era dos direitos o problema não consiste em saber “quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu**

ADO TRINDADE, Antônio Augusto. Apresentação. In: ALVES, J. A. Lindgren. **Os Direitos Humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994, p. XIII.

²⁸ VASAK, Karel (red. geral). **As Dimensões Internacionais dos Direitos do Homem: manual destinado ao ensino dos direitos do homem nas universidades**. Lisboa: Editora Portuguesa de livros técnicos e científicos/UNESCO, 1983, p. 20.

fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar de solenes declarações, eles sejam continuamente violados”²⁹.

_____ Nesse contexto, VASAK convida a verificar de que modo se realiza a passagem dos direitos do homem proclamados aos direitos do homem garantidos, a permitir que o indivíduo seja o verdadeiro titular dos seus direitos e possa deles desfrutar na realidade quotidiana³⁰.

A necessidade de transportar os direitos humanos do plano meramente conceitual e normativo para o plano operacional é a mensagem básica extraída da Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena (1993):

No se puede profesar el universalismo de los derechos humanos en el plano conceptual o normativo, y continuar aplicando la selectividad en el plano operacional. Los derechos humanos, en razón de su universalidad en los planos tanto normativo como operacional, imponen obligaciones *erga omnes* (a los Estados, a los organismos internacionales, a los particulares). Es este el mensaje básico de la reciente Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena (junio de 1993), al afirmar, de modo inequívoco, la legitimidad de la preocupación de toda la comunidad internacional con la promoción y protección (con mecanismos de prevención y seguimiento) de los derechos humanos por todos, todo el tiempo y en toda parte. Sólo así se logrará acelerar el proceso, ya en curso, de la construcción de una cultura universal de observancia de los derechos humanos³¹. (grifo nosso)

29 BOBBIO, op. cit., p. 25.

30 VASAK, op. cit., p. 20.

Essa mensagem, aliás, transparece já no primeiro dos considerandos da Declaração e Programa de Ação de Viena (1993):

Considerando que a promoção e proteção dos direitos humanos são questões prioritárias para a comunidade internacional e que a Conferência oferece uma oportunidade singular para uma análise abrangente do sistema internacional dos direitos humanos e dos mecanismos de proteção dos direitos humanos, para fortalecer e promover uma maior observância desses direitos de forma justa e equilibrada. [...].

Essa declaração bem representa a mudança do foco do Direito Internacional. Antes centrado principalmente na manutenção da igualdade (formal) das soberanias estatais e sustentado pelo equilíbrio da cortesia entre as nações, este ramo do Direito - mais especificamente o Direito Internacional dos Direitos Humanos - ruma agora à centralização da sua visão na necessidade de proteger os direitos dos indivíduos, como beneficiários últimos, senão como sujeitos desse direito³². É o processo de “humanização do Direito Internacional”³³.

O posicionamento do ser humano no centro da proteção jurídica internacional acabou por superar antigos dogmas como o da não-interferência nos assuntos domésticos, mesmo que isso significasse fechar os olhos a graves violações a direitos humanos. Já está gravado na história o princípio da jurisdição universal, a autorizar a atuação extraterritorial em crimes contra a humanidade³⁴.

32 Cf. REINISCH, August; WEBER, Ulf Andreas. In the Shadow of Waite and Kennedy - The Jurisdictional Immunity of International Organizations, The Individual's Right of Access to the Courts and Administrative Tribunals as Alternative means of Dispute Settlement. **International Organization Law Review**, Leiden, n. 1, p. 90, 2004.

33 Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 14.

34 Vide BROTÓNS, Antonio Remiro. Pinochet: los límites de la impunidad. **Revista Política Exterior**, Madri, v. XIII, n. 67, p. 43-57, jan/fev. 1999; CASSESE, Antonio e DELMAS-MARTY, Mireille (Orgs.). **Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais**. Tradução de Sílvio Antunha. Barueri, SP: Manole, 2004.

É dentro deste contexto que visualizamos a era dos direitos humanos e vemo-nos impulsionados a integrar o movimento contemporâneo rumo à real e concreta efetivação das solenes promessas normativas.

I.3 O Direito como ciência viva e o exemplo dos paradigmas

O Direito é um espelho virtual do seu tempo, traço que o transforma em ciência viva e em constante evolução. Os instrumentos jurídicos, por emanarem valores, se interpretam e se aplicam no tempo e, por isso, também estão em constante evolução³⁵. **Direito e instrumentos jurídicos, no seu dever de (tentar) acompanhar as modificações naturais da sociedade, a fim de refletir o espírito e os anseios do seu tempo, são produtos da sua era.**

A dimensão intertemporal do Direito abrange todos os seus ramos, dela não escapando o Direito Internacional Público (DIP), diretamente afetado pelas profundas transformações do cenário mundial, incrementadas nos últimos 25 anos³⁶. Nesse período, o Direito Internacional cresceu em complexidade, buscou “moralizar-se mediante a prevalência de considerações superiores de *ordre public*, refletidas nas concepções das normas imperativas do direito internacional geral (o *jus cogens*), dos direitos fundamentais inderrogáveis, das obrigações *erga omnes* de proteção (devidas à comunidade internacional como um todo)”³⁷.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, aliás, é um produto direto da dimensão intertemporal do Direito, pois as suas bases e princípios foram consolidados muito recentemente e a partir de um fato histórico: a maior das barbáries do homem contemporâneo.

35 Cf. CANÇADO TRINDADE, O Direito Internacional..., op. cit., p.4.

36 Ibid., p. 4-7.

37 Ibid., p. 14.

A noção do Direito como ciência viva também foi bem expressa por BOBBIO ao ressaltar que os direitos do homem constituem uma classe variável, como demonstra a história dos últimos séculos:

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados como grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas³⁸.

Uma breve análise do Direito nos três grandes paradigmas da modernidade³⁹ revela não só o caráter evolutivo dessa ciência, mas também do papel dos seus operadores.

, op. cit., p. 18-19. LYRA FILHO, na sua indagação do que é o Direito, esclarece que nada é, num sentido pronto e acabado, pois tudo complementa: "...quando buscamos o que o Direito é, estamos antes perguntando o que ele vem a ser, nas transformações incessantes e em forma de manifestação concreta dentro do mundo histórico e social". LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: 2004, p. 11-12.

³⁹ A noção de paradigma advém da filosofia da ciência de Thomas Kuhn. Nas palavras do próprio KUHN, paradigmas são as "realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência". KOHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1995, p. 13. Também pode ser sintetizada como "visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados". CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Notícias do Direito Brasileiro**, Brasília, Nova Série, n. 6, p. 237, jul/dez. 1988.

No paradigma do Estado Liberal, o Direito era um ordenamento jurídico de regras gerais e abstratas, essencialmente negativas, restrito aos direitos de primeira geração (individuais). Nesse quadro, a atividade hermenêutica do operador só podia ser vista como “uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação algo a ser evitado até mesmo pela consulta do legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados”⁴⁰. Ao juiz era “reservado o papel de mera *bouche de la loi*”⁴¹.

No paradigma do Estado Social, o Direito se fez mostrar não apenas pela consagração dos chamados direitos de segunda geração (coletivos e sociais), mas também pela redefinição dos de primeira. O padrão jurídico tende agora a passar pelo “reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação”⁴², no intuito de gerar uma igualdade não mais apenas formal, mas “tendencialmente material”⁴³. Nesse contexto, vislumbra-se significativa evolução na atuação do juiz, não mais reduzida à tarefa mecânica da aplicação direta da lei ao caso concreto. A hermenêutica jurídica do Estado Social reclamava

métodos mais sofisticados, como as análises teleológica, sistêmica e histórica, capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei, profundamente inserida nas diretrizes de materialização do direito que a mesma

40 CARVALHO NETO, op. cit., p. 241.

41 Ibid.

42 Ibid., p. 242.

43 Ibid.

prefigura, mergulhada na dinâmica das necessidades dos programas e das tarefas sociais⁴⁴.

Apesar das novas funções do magistrado e das alterações do ordenamento jurídico que consagraram o Estado Social, o Direito ainda permanecia preso à noção de que a lei rege a sociedade, o que acabava por confundir essa ciência com o próprio texto legal, independentemente da sua origem e conteúdo. Desde que formalmente válido o texto legal devia ser aplicado, ainda que contrariando princípios ou noções básicas de ética e da moral.

A crise do paradigma do Estado Social manifestou-se em toda sua dimensão no início da década de 70 do século XX, porquanto “não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político”⁴⁵. Estava pavimentado o caminho para o surgimento do Estado Democrático de Direito⁴⁶, o “Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos de produção”⁴⁷.

Nesse novo paradigma brotaram os direitos de terceira geração, os chamados interesses difusos e coletivos. E já se apresentam exigências que só poderiam

45 DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 119.

46 O Estado Democrático de Direito foi consagrado no Artigo 1º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político”.

47 DA SILVA, op. cit., p. 119.

ser chamadas de direitos de quarta geração, ligadas à pesquisa biológica, manipulação do patrimônio genético dos indivíduos e seus limites⁴⁸.

No paradigma do Estado Democrático restou consolidada a era dos direitos humanos. Não há direitos humanos sem democracia, assim como não há democracia sem direitos humanos, conceitos interdependentes e complementares, mesmo porque a plena vigência destes caracteriza o Estado de Direito⁴⁹. Direitos do homem, democracia e paz “são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”⁵⁰. Com efeito, os desafios da era dos direitos humanos são os desafios da democracia e do Estado Democrático de Direito.

A lei, agora, precisa preencher requisitos ligados à sua origem e conteúdo para ser aplicável⁵¹. O texto legal passa a ser visto apenas como a “porta de entrada” do Direito, e não mais se confunde com a ciência jurídica. A interpretação não está mais voltada apenas ao texto, mas também ao contexto da sua aplicação e aos princípios

48 Cf. BOBBIO, op. cit., p. 6.

49 Cf. CANÇADO TRINDADE, Democracia y Derechos Humanos..., op. cit., p. 26.

50 Cf. BOBBIO, op. cit., p. 1.

51 A Corte Interamericana de Derechos Humanos, na opinião consultiva OC-6/86, de 09.05.1986 (Serie A, n. 6), solicitada pela República Oriental do Uruguai, observou que a expressão “Leis” do artigo 30 da Convenção Americana significa “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”. O texto integral dessa opinião consultiva está disponível em: [Acesso em: 22 agosto 2005.](#)

jurídicos, igualmente integrantes do ordenamento. Como consequência, houve uma reaproximação do Direito com outras ciências, como a moral, a ética, a sociologia, a filosofia. A noção de um Direito isolado e auto-suficiente foi finalmente superada.

Nesse contexto, o julgador no Estado Democrático sofre exigências muito maiores, porquanto as suas decisões devem cumprir simultaneamente os critérios da certeza jurídica e da aceitabilidade racional, de forma que

ao retrabalharem construtivamente os princípios e as regras constitutivos do direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do direito, quanto no sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto⁵².

O grande desafio do Direito e dos seus operadores no paradigma do Estado Democrático, portanto, consiste em conferir justiça ao caso concreto, com fulcro num ordenamento jurídico formado por regras e princípios, sem perder de vista a segurança jurídica e a certeza do direito. Só assim poderá fazer frente às exigências de uma sociedade muito mais veloz e plural, formada por novos sujeitos e permeada de direitos de primeira, segunda e terceira geração.

I.4 Da visão estática à dinâmica: a evolução dos métodos de solução das antinomias no Estado Democrático

A teoria jurídica tradicional concebe o Direito como um sistema unitário, completo e coerente, estruturado em forma de pirâmide, em cujo vértice está situada a

LHO NETO, op. cit., p. 245.

Constituição⁵³. Nesse contexto, os conflitos normativos são postos à resolução por meio de critérios formais, definidos previamente pelo ordenamento, representados pelos critérios hierárquico - supremacia aplicativa da norma com estatura superior na imaginária “pirâmide” normativa -, cronológico - *lex posterior derogat priori* - e da especialidade - *lex specialis derogat generali*.

O operador do Direito no Estado Democrático, em razão do reconhecimento generalizado dos direitos fundamentais e do consenso acerca da amplitude do ordenamento jurídico, formado por regras e princípios, vê-se diante de um novo tipo de antinomia, insuperável por esses clássicos critérios: a colisão de direitos, bens ou princípios.

Essa colisão é mais afeta ao Direito Constitucional, porquanto tradicionalmente encerra normas derivadas de matrizes ideológicas antagônicas e que indicam soluções opostas quando postas frente a casos concretos⁵⁴. Todavia, é também identificável em outros ramos do Direito, inclusive no Direito Internacional Público, mormente neste seu movimento de humanização, em que mantém “vigentes” regras e princípios construídos em momentos históricos distintos e que, igualmente, apontam direções antagônicas diante de casos reais.

Na maioria desses casos tanto o direito que se afirma quanto o que é negado têm suas boas razões, às vezes por meio da oposição de direitos fundamentais de pessoas ou categorias diversas, em que a realização integral de um impede a realização integral do outro. Esses casos, para BOBBIO, se resolvem com a “introdução dos limites à extensão de um dos dois direitos, de modo que seja em parte salvaguardado também o

53 Cf. SARMENTO, Daniel. Os princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 36.

54 Cf. SARMENTO, op. cit., p. 36-37.

outro”⁵⁵. Em outras palavras, a solução dessa tensão passa pela tentativa de compatibilizar os direitos em colisão, de forma a (tentar) preservar a essência de ambos.

BOBBIO exclui dessa colisão apenas alguns direitos, “acerca dos quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura)”⁵⁶. Esses direitos, conclui, “são privilegiados porque não são postos em concorrência com outros direitos, ainda que também fundamentais”⁵⁷. Trata-se, à toda evidência, dos direitos de *ordre public*, decorrentes de normas imperativas do direito internacional (*jus cogens*).

Ronald DWORKIN talvez seja o autor contemporâneo que melhor trabalhe essa tensão própria do Estado Democrático, por meio de uma interpretação construtivista do Direito e da sua “tese dos direitos”. Está fora dos propósitos deste trabalho expor, ainda que brevemente, as teorias desse professor das Universidades de Oxford e Nova York. Cumpre apenas mencionar que de acordo com a tese dos direitos, diante de um caso difícil (*hard case*) o julgador deve proceder à análise e ponderação dos princípios envolvidos e, por meio de uma argumentação consistente, demonstrar qual deles tem mais peso ou é mais adequado às especificidades do caso concreto. Essa ponderação é explicada pelo próprio DWORKIN:

Os princípios, ao contrários das regras, podem ser contrários sem ser contraditórios, sem se eliminarem reciprocamente. E, assim, subsistem no ordenamento princípios contrários que estão sempre em concorrência entre si para reger uma determinada situação. A sensibilidade do juiz para as especificidades do caso concreto que tem diante de si é fundamental, portanto, para que possa encontrar a norma adequada a produzir justiça naquela situação específica⁵⁸.

55 Cf. BOBBIO, op. cit., p. 21.

56 Ibid., p. 20.

57 Ibid.

Esse autor confere um papel quase sobrenatural ao juiz, tanto que o denomina de Hércules. Afinal, ele deve ter conhecimento de todo o direito pré-existente, como se capítulos precedentes de um romance, a fim de construir argumentativamente a única decisão correta (*right answer*), que dê prosseguimento à narrativa da forma mais adequada possível e confira integridade ao Direito⁵⁹.

A tese dos direitos é uma técnica de decisão judicial que visa minorar a ocorrência de decisões falaciosas e, conseqüentemente, a insegurança jurídica. Aliás, impedir ou minorar esse tipo de decisão talvez seja uma das maiores preocupações de DWORKIN⁶⁰.

Os fundamentos da tese dos direitos parecem adequados não apenas à solução das colisões no Estado Democrático, mas também à principal das tensões

ER, Klaus. The sense of appropriateness. Tradução de John Farrel. Nova York: State University of New York Press, 1993, apud O NETO, op. cit., p. 245.

59 O excesso de responsabilidade colocada sobre os ombros do juiz Hércules talvez esteja no centro das principais críticas recebidas por Dworkin. Embora reconheça que a “teoria do juiz Hércules reconcilia as decisões racionalmente reconstruídas do passado com a pretensão à aceitabilidade racional no presente, ou seja, reconcilia a história com a justiça”, Habermas critica o fato dessa teoria ter um único ator - o respectivo juiz - e de pressupor que esteja altamente qualificado, seja por seus conhecimentos e habilidade profissionais, seja por suas virtudes pessoais, a representar os cidadãos e a garantir interinamente a integridade da comunidade jurídica. Assim, na sua teoria do discurso jurídico habermas procura retirar dos ombros do juiz Hércules o peso da sua decisão e transferi-lo à sociedade, aos movimentos sociais que ajudam a construir o constitucionalismo, de modo a “libertar Hércules da solidão de uma construção teórica empreendida monologicamente”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 261-295.

60 Conforme revela o próprio Dworkin, “É importante o modo como os juízes decidem os casos. [...] A diferença entre dignidade e ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou mesmo o mesmo juiz no dia seguinte. As pessoas freqüentemente se vêem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo”. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 3.

reveladas neste trabalho, representada pelos interesses antagônicos entre imunidade de jurisdição e efetividade dos direitos humanos⁶¹.

O que mais importa neste momento é destacar o avanço da teoria jurídica e da hermenêutica no paradigma atual, por meio de visões dinâmicas construídas sobretudo a partir da (re) introdução definitiva dos princípios na ciência jurídica, no que acaba por afrouxar as amarras que prendiam o julgador ao texto das regras.

I.5 O direito à justiça como pilar do Estado Democrático

A proteção internacional dos direitos humanos não pode ser descrita sem considerar a atuação do sistema estatal, que oferece a linha de frente na defesa dos direitos humanos⁶², **complementada pelas organizações internacionais e organizações não governamentais, igualmente comprometidas com a defesa dos direitos do homem. O pluralismo de vozes fortalece o movimento e confere o melhor caminho para a efetiva implementação dos direitos humanos⁶³, com resultados progressivos mais abrangentes, mais eficazes, mais duradouros, sobretudo por englobar um condão profilático, de prevenção de ofensa a direitos.**

61 Em interessante trabalho, Nádia de Araújo também sustenta a aplicação da “argumentação jurídica” de DWORKIN no debate entre imunidade de jurisdição e direitos fundamentais. ARAÚJO, Nádia de. Direitos Fundamentais e Imunidade de Jurisdição: comentários tópicos ao RE nº 222.368, do STF. In: MADRUGA FILHO, Antenor Pereira; GARCIA, Márcio (Coord). **A imunidade de jurisdição e o Judiciário brasileiro**. Brasília: CEDI, 2002, p. 191.

62 É princípio geral do Direito Internacional que os remédios domésticos sejam esgotados para que Cortes internacionais possam examinar a matéria (subsidiaridade da supervisão internacional). Cf. MOSE, Erik. Article 8. In: ALFREDSSON, Gudmundur; EIDE, Asbjorn (eds.). **The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement**. Haia: Martinus Nijhoff, 1999, p. 187.

63 Cf. STEINER, Henry J. International Protection of Human Rights. In: EVANS, Malcolm D. (Edit). **International Law**. New York: Oxford University Press, 2003, p. 757, 784, 785.

Nesse contexto, não vislumbramos o sistema judicial como o único ou melhor mecanismo de implementação desses direitos, mas como uma das esferas protetivas do sistema estatal, no mais das vezes utilizada para reparação à varejo de direitos já ofendidos, com insuficientes inserções no âmbito profilático⁶⁴.

Isso, contudo, não abala a imprescindibilidade da atuação judicial doméstica no Estado Democrático de Direito, mormente na defesa dos direitos humanos. Para a proteção de direitos ameaçados ou ofendidos e não voluntariamente reparados, ao cidadão só resta socorrer-se das medidas judiciais. A realização dos direitos humanos requer uma implementação efetiva desses direitos em nível doméstico e, para tanto, é essencial a disponibilização dos mecanismos judiciais⁶⁵.

Como bem demonstra VASAK, as garantias jurídicas estão entre as três condições necessárias para transformar o direito proclamado em direito garantido:

Para que os direitos do homem se tornem uma realidade jurídica, devem ser preenchidas três condições:

É necessário que exista uma sociedade organizada sob a forma de um Estado de Direito;

É necessário que, no interior do Estado, os direitos do homem se exerçam num quadro pré-estabelecido, porém variável em função da natureza dos direitos e em função das circunstâncias;

Finalmente, é necessário que o exercício dos direitos do homem pelos seus titulares seja acompanhado de garantias jurídicas precisas e, em

64 As ações judiciais com vistas à proteção de direitos difusos ou coletivos, com a imprescindível participação do Ministério Público, podem ajudar a incrementar a proteção judicial dos direitos humanos, principalmente por possibilitarem uma atuação profilática. O número dessas ações no Brasil, embora crescente, ainda está longe do necessário.

65 Cf. MOSE, op. cit., p. 187.

particular, que sejam previstos recursos que permitam obter o seu respeito⁶⁶. (grifo nosso)

_____ Com efeito, complementa o mesmo autor: “os direitos do homem não teriam qualquer sentido se não fossem eficazmente garantidos, se, por outras palavras, os seus titulares não dispusessem de meios que lhes permitam obter reparação das violações de que sejam vítimas”⁶⁷. A existência de remédios judiciais, pois, é um aspecto da obrigação geral dos Estados de implementar os direitos humanos em nível doméstico⁶⁸.

O direito à justiça não está ligado aos direitos humanos apenas pelos seus propósitos. Ele próprio é um direito do homem, da categoria dos direitos civis fundamentais, a teor dos artigos 8º e 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948):

Artigo 8º - Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes, remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhes sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Artigo 10 - Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou de fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

O direito à justiça, com as garantias a ele inerentes, foi melhor detalhado no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), cujo artigo 2, § 3º⁶⁹, confere

op. cit., p. 20.

⁶⁷ VASAK, op. cit., p. 24.

⁶⁸ Cf. Mose, op. cit., p. 203.

⁶⁹ Artigo 2º - 3. Os estados-partes comprometem-se a: a) garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto hajam sido violados, possa dispor de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais; b) garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; c) garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso.

aos Estados-Partes o compromisso não apenas de garantir a toda pessoa um “recurso efetivo” para ter o “seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão”, mas também de “desenvolver as possibilidades de recurso judicial” e “garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso”. (grifo nosso)

_____ Nessa mesma esteira o artigo 14 do Pacto ao dispor que “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil”⁷⁰

.

70 O teor integral do artigo 14 é o seguinte: “1. Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das partes o exija, quer na medida em que isto seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tomar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto ou o processo diga respeito a controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores. 2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) a ser informada, sem demora, em uma língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada; b) a dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha; c) a ser julgada sem dilações indevidas; d) a estar presente no julgamento e a defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; a ser informada, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo, e sempre que o interesse da justiça assim exija, a ter um defensor designado *ex officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo; e) a interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e a obter comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação; f) a ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento; g) a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada. 4. O processo aplicável aos jovens que não sejam maiores nos termos da legislação penal levará em conta a idade dos mesmos e a importância de promover sua reintegração social. 5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei. 6. Se uma sentença a condenatória passada em julgado for posteriormente anulada ou quando um indulto for concedido, pela ocorrência ou descoberta de fatos novos que provem cabalmente a existência de erro judicial, a pessoa que sofreu a pena decorrente dessa condenação deverá ser indenizada, de acordo com a lei, a menos que fique provado que se lhe pode imputar, total ou parcialmente, a não-revelação do fato desconhecido em tempo útil. 7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país”.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (1969) - reconhece o direito à justiça por intermédio das garantias judiciais (artigo 8º)⁷¹ e do direito à proteção judicial (artigo 25)⁷², com teor muito próximo das

71 Artigo 8º - Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

72 Artigo 25 - Proteção judicial. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os estados-partes comprometem-se: a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

disposições análogas da Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950), mormente dos seus artigos 6^{o73} e 13⁷⁴.

O artigo 7^{o75}ninguna disposición en el momento de ser cometida. Las penas son personales y sólo pueden ser impuestas al transgresor”. **da Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos⁷⁶ também contém disposição semelhante, embora mais sintética. O direito à jurisdição, aliás, também está consagrado na Carta Constitucional brasileira (artigo 5^o, XXXV, LIV e LV)⁷⁷, a demonstrar a interação entre as normas internacionais e internas em seu favor.**

73 Artigo 6º - 1. “Toda pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, que decidirá quer sobre seus direitos e obrigações civis, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. A sentença deve ser tornada pública, mas o acesso à sala de audiência poderá ser proibido à imprensa e ao público durante a totalidade ou parte do processo no interesse da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses dos menores ou a proteção da vida privada das partes no processo assim o exigirem, ou na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, sob circunstâncias especiais, a publicidade poderia ser prejudicial para os interesses da justiça. 2. Toda pessoa acusada de uma infração presume-se inocente até que a sua culpa tenha sido legalmente estabelecida. 3. Todo acusado tem, no mínimo, os seguintes direitos: a) a ser informado, no mais breve prazo, numa língua que compreenda e de uma forma detalhada, da natureza e da causa da acusação contra ele dirigida; b) a dispor do tempo e das facilidades necessárias para a preparação de sua defesa; c) a defender-se ele próprio ou a ser assistido por um defensor de sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, pode ser assistido gratuitamente por um advogado de ofício, quando os interesses da justiça assim o exigirem; d) a interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e conseguir a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; e) a ser assistido gratuitamente por um intérprete, se não compreender ou não falar a língua empregada no processo”. n Redação extraída do livro *Direitos Humanos: instrumentos internacionais documentos diversos*. 2 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997, p. 167-168.

74Artigo 13 - Toda pessoa, cujos direitos e liberdades, reconhecidos na presente Convenção tenham sido violados, tem direito à concessão de um recurso efetivo perante uma instância nacional, inclusive quando a violação tenha sido cometida por pessoas atuando no exercício de suas funções oficiais.

75 “Artículo 7- 1. Todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo cual implica:a) derecho de apelación a órganos nacionales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados por los convenios, leyes, ordenanzas y costumbres vigentes; b) el derecho a ser considerado inocente hasta que un tribunal competente demuestre su inocencia; c) el derecho a la defensa, incluido el derecho a ser defendido por un abogado de su elección; d) el derecho a ser juzgado dentro de un plazo de tiempo razonable por un tribunal imparcial. 2. Nadie puede ser condenado por un acto u omisión que no constituya una ofensa legalmente punible, en el momento en que se cometió. No se puede infligir pena alguna por una ofensa contra la que no existe

76 Aprovada em 27 de julho de 1981, durante a XVIII Assembléia de Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana, reunida em Nairobi, Kênia. É conhecida como “Carta de Banjul”.

77 Artigo 5º - XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Tão forte tornou-se o consenso em torno do direito à jurisdição que ele está descrito hoje entre os elementos essenciais da Democracia, a confirmar a íntima relação entre direitos humanos e o Estado Democrático:

En lo relativo al primer elemento de la trilogía, en el transcurso del proceso preparatorio de la Conferencia de Viena se identificaron los siguientes elementos, considerados esenciales de la democracia: existencia de instituciones que garanticen la observancia de los derechos humanos y el Estado de Derecho; Poder Ejecutivo periódicamente electo, en elecciones independientes con rotación en el poder, y respeto por la voluntad popular como base de la legitimidad del gobierno; Poder Legislativo periódicamente electo, y pluralista; Poder Judicial independiente, capaz de controlar la legalidad de los actos legislativos y administrativos (inclusive para asegurar la vigencia de los derechos básicos); (.....) la asistencia judicial para asegurar el acceso de todos a la justicia (prevalencia de las garantías del debido proceso, y protección judicial); [...]⁷⁸. (grifos nossos)

_____ **CANÇADO TRINDADE** recorda que o Conselho da Europa, com base no artigo 3º do seu Estatuto, tem condicionado a admissão de seus membros a três requisitos: 1) a existência de uma democracia pluralista; 2) a existência de um Estado de Direito (rule of law) e 3) ao gozo dos Direitos Humanos por todos sujeitos à sua jurisdição. E ressalta que o segundo requisito (existência de um Estado de Direito) compreende os seguintes elementos: **“el principio de legalidad, el acceso a la justicia, el derecho a una administración correcta de la justicia, las garantías del debido proceso, de audiencias publicas, de la imparcialidad de los jueces y de la proporcionalidad de las penas”⁷⁹. (grifos nossos)**

_____ **Para CANOTILHO**, a dimensão de Estado de Direito Democrático - referindo-se à Constituição da República Portuguesa de 1976 - encontra expressão jurídico-constitucional num complexo de princípios e regras dispersos no texto

DO TRINDADE, Democracia y Derechos Humanos..., op. cit., p.14.

⁷⁹ Ibid., p. 19.

constitucional, dentre eles o direito de acesso aos tribunais⁸⁰. Adiante, arrola a garantia da proteção jurídica e abertura da via judiciária para assegurar ao cidadão o acesso ao direito e aos tribunais como um elemento do princípio do Estado de Direito, ao lado da divisão dos poderes, do princípio da legalidade da administração, da independência dos tribunais (institucional, funcional e pessoal) e vinculação do juiz à lei. Afirma, ainda, que o direito à jurisdição é um princípio estruturante do Estado de Direito, cuja importância é salientada por expressões como “Terceira dimensão do Estado de direitos”, “pilar fundamental do Estado de direitos” e “coroamento do Estado de direitos”⁸¹.

Nesse mesmo sentido a lição de QUINTÃO SOARES, ao arrolar o “princípio da proteção jurídica e das garantias processuais” e o “princípio da garantia de acesso ao judiciário” entre os princípios concretizadores do Estado Democrático de Direito, ao lado do princípio da constitucionalidade, do sistema dos direitos fundamentais, do princípio da legalidade da administração, do princípio da segurança jurídica e do princípio da divisão de poderes⁸².

_____ Com efeito, o direito à jurisdição não é apenas um requisito imprescindível à concretização dos direitos humanos. Ele próprio é um dos direitos humanos fundamentais⁸³, positivado em normas internacionais de caráter universal, refletido em nível constitucional nos direitos internos e reconhecido pela sociedade internacional como pilar da democracia e princípio do Estado Democrático de Direito, a vincular todos os sujeitos do Direito Internacional, inclusive os organizações

80 CANOTILHO, op. cit., p. 226.

81 Cf. CANOTILHO, op. cit., p. 250, 251, 268 e 459.

82 QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. **Direitos Fundamentais e Direito Comunitário: Por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 112.

83 Nesse contexto, vale a lição de CAPELLETTI e GARTH: “O acesso à justiça deve ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos”. CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

interestatais. O consenso em torno da sua universalidade, aliás, torna-o sério candidato à condição de norma imperativa do Direito Internacional (*jus cogens*).

I.6 O conteúdo do Direito à Justiça

_____ O direito à justiça, também denominado de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (ou da jurisdição), princípio da proteção judiciária⁸⁴, **princípio da proteção jurídica e das garantias processuais⁸⁵, princípio do acesso à justiça ou proteção do direito à justiça⁸⁶** tem seu conteúdo revelado não só pelas regras internacionais e nacionais positivadas, mas também pela doutrina e prática judicial. Sem a mínima pretensão de esgotá-los, serão analisados alguns dos seus conteúdos básicos.

O direito à justiça pode ser dividido em “direitos garantidos a todas as pessoas”, “direito a um processo equitativo” e “direito garantido aos acusados”⁸⁷. Ante o objeto deste estudo, interessa-nos sobretudo os dois primeiros.

Entende-se por “direitos garantidos a todas as pessoas” o direito a um “recurso útil” que todo indivíduo cujos direitos e liberdades foram violados deve dispor perante a autoridade competente - judicial, administrativa, legislativa ou outra - , ainda que a violação tenha sido cometida por pessoas no exercício das suas funções oficiais⁸⁸. Recurso útil, por sua vez, é aquele que permite ao indivíduo obter “quer a anulação das medidas que violam os seus direitos de homem, quer, em caso de impossibilidade, uma reparação pecuniária”⁸⁹. Não se trata de termo meramente formal e desprovido de conteúdo. Abrange não só o direito de petição (acesso propriamente dito) e o direito a

84 Cf. DA SILVA, op. cit., p. 410.

85 Cf. Canotilho, op. cit., p. 268.

86 Cf. VASAK, op. cit., p. 176.

87 Cf. Vasak op. cit., p. 176.

88 Ibid.

89 Cf. Vasak, op. cit., p. 24.

um julgamento justo de mérito (fair trial), mas também o direito à efetiva reparação do direito tutelado.

_____ Nesse passo, o remédio judicial deve ser real, efetivo e estender as suas garantias até a execução do processo, conforme anuncia o próprio artigo 2, § 3º, “c”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos ao impor aos Estados-Partes a obrigação de “garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso”. (grifo nosso)

_____ Sobre o “direito a um processo equitativo”, VASAK leciona que o artigo 14.1 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), depois de formular o princípio da igualdade de todos perante os tribunais, enumera certos direitos que toda justiça digna desse nome deve respeitar: “é necessário que a causa seja apreciada equitativa e publicamente, por um tribunal competente, independente e imparcial; é preciso também que o processo e o julgamento sejam públicos, ainda que sejam autorizadas exceções a esta regra, nomeadamente no interesse dos menores e no interesse de uma boa justiça”⁹⁰. Também ressalta, com referência à decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Golder v. Reino Unido*⁹¹, que é preciso, em primeiro lugar, que o interessado “possa ter acesso ao tribunal: trata-se de um verdadeiro ‘direito ao tribunal’”⁹².

Ao comentarem a disposição do artigo 10 da Declaração Universal, LEHTIMAJA e PELLONPÄÄ registram, com pertinência, que o direito a um julgamento justo é uma parte essencial, se não imperativa, de qualquer sistema legal que pretende ser baseado na “*rule of law*”. Também distinguem com propriedade dois

90 VASAK, op. cit., p. 177.

91 Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso *Golder v. Reino Unido*. Julgado em 21 de fevereiro de 1975, Series A, n. 18. Esse caso será melhor analisado adiante.

92 VASAK, op. cit., p. 177, nota 2.

aspectos do julgamento justo: procedimento judicial (justo e público) e organização judiciária (tribunal independente e imparcial)⁹³, aquele ligado ao processo em si, este ao órgão responsável pela sua condução. Afirmam, também, que justiça é atributo não apenas das normas materiais que governam os direitos e obrigações, mas também das regras de procedimento que serão seguidas no processo judicial no qual esses direitos e obrigações serão determinados⁹⁴.

Sob prisma semelhante, CANOTILHO subdivide o “princípio da proteção jurídica e das garantias processuais” em “princípio da garantia da via judiciária” e “garantias processuais e procedimentais”, estas a exigir um procedimento justo e adequado de acesso e realização do direito pela “conformação jurídica do procedimento e do processo”⁹⁵. Abrange, dentre outros, a garantia de um processo equitativo, o princípio do juiz legal, o princípio da audição, o princípio da igualdade processual das partes, o princípio da conformação do processo segundo os direitos fundamentais, o princípio da fundamentação dos atos judiciais e o princípio da legalidade processual⁹⁶.

O ponto de partida para um processo justo e equitativo está na experiência norte americana do *due process of law* e sua concepção substantiva, segundo a qual os cidadãos têm direito não apenas a um processo legalmente previsto (concepção processual), mas a um processo legal, justo e adequado para legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade⁹⁷. Com efeito, uma proteção jurisdicional adequada e eficaz não pode ficar aniquilada pela inexistência de uma determinação legal da via judicial adequada. Assim, se os caminhos judiciais forem confusos a ponto do particular

93 LEHTIMAJA, Lauri; PELLONPÄÄ, Matti. Article 10. In: ALFREDSSON, Gudmundur; EIDE, Asbjorn (eds.). *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*. Haia: Martinus Nijhoff, 1999, p. 223.

94 Ibid.

95 CANOTILHO, op. cit., p. 268-269.

96 Cf. CANOTILHO, op. cit., p. 268.

97 Ibid., p. 460-462.

se sentir desprotegido, como se não houvesse via judiciária nenhuma, estará violado o princípio do Estado de direito e do direito fundamental à jurisdição⁹⁸.

O acesso à jurisdição também contempla o direito a uma decisão de mérito, sempre que cumpridos os requisitos processuais da ação ou recurso. Não exige, por óbvio, uma decisão favorável, mas apenas uma decisão fundada no direito. Os pressupostos para uma sentença de fundo, aliás, não podem ser desnecessários, não adequados e desproporcionados⁹⁹.

A decisão judicial também deve ser eficaz e temporalmente adequada, ou seja, deve ser vinculativa, de modo a gerar coisa julgada e título executivo judicial, e ser proferida em “tempo útil”, mediante um processo sem dilações indevidas, embora não necessariamente “acelerado”. Afinal, “justiça tardia equivale a uma denegação da justiça”¹⁰⁰.

_____ CANOTILHO também ressalta que a existência de uma proteção jurídica eficaz pressupõe o direito à execução dos julgados, de fazer cumprir as sentenças. Para tanto, deve o Estado fornecer os meios jurídicos e materiais necessários e adequados¹⁰¹. A execução de uma sentença vinculativa que reconhece um direito não é apenas uma dimensão da legalidade democrática (dimensão objetiva), mas também um “direito subjetivo público do particular, ao qual devem ser reconhecidos meios compensatórios (indenização), medidas compulsórias ou ‘ações de queixa’ (cfr. Convenção Européia

98 Ibid., p. 465.

99 Ibid., p. 465-466.

100 Cf. CANOTILHO, op. cit., p. 466-467. Sobre o direito à justiça em um prazo razoável; a demora na prestação jurisdicional como violação de direito humano fundamental; e a responsabilidade do Estado por não-prestação jurisdicional num prazo razoável, vide ANNONI, Danielle. **Direitos Humanos & Acesso à Justiça no Direito Internacional: Responsabilidade Internacional do Estado**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 111-166.

101 CANOTILHO, op. cit., p. 468.

dos Direitos do Homem, artigo 6º), no caso de não execução ilegal de decisões dos tribunais”¹⁰².

O princípio da inafastabilidade da jurisdição, pois, só se complementa com a entrega efetiva da prestação jurisdicional, o que, na hipótese de sentença condenatória, se dá com a reparação pecuniária do direito ofendido. Também nessa perspectiva a manifestação de Danielle ANNONI:

Esse aspecto essencial representado pelo direito de acesso à justiça deriva de uma série de garantias secundárias, mas não menos importantes, como a igualdade das partes, a possibilidade de apresentar e questionar os meios de prova, interpor recurso, exigir uma execução de sentença, que correspondem ao caráter dinâmico do direito material, seja ele qual for. Isso significa que o não-reconhecimento do direito de acesso à justiça como direito humano fundamental implica o não reconhecimento de direito algum, uma vez que a efetivação desse último não se faz sem a efetivação do primeiro¹⁰³. (grifo nosso)

_____ **Com fulcro nas previsões da Constituição brasileira, José Afonso DA SILVA afirma que o princípio do devido processo legal, combinado com o direito de acesso à justiça, o contraditório e a plenitude de defesa¹⁰⁴, fecha o ciclo das garantias processuais. Com efeito, garante-se o processo, visto como “formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica”¹⁰⁵.**

Ainda é importante deixar claro que esse princípio é flexível o suficiente para não exigir que a jurisdição seja imposta sempre e exclusivamente por órgãos estatais (monopólio estatal da jurisdição)¹⁰⁶. Autoriza, pois, sistemas não-estatais de

102 Ibid.

NI, op. cit., p. 118.

104 DA SILVA, op. cit., p. 411.

105 FREDERICO MARQUES, José. O artigo 141, § 4º, da Constituição Federal. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará, n 16, p. 71, apud DA SILVA, op. cit., p. 411.

106 Cf. REINISCH e WEBER, op. cit., p. 68.

solução de disputas, desde que cumpram critérios básicos como independência, imparcialidade e procedimento justo e efetivo¹⁰⁷.

I.6.1 O conteúdo do Direito à Justiça sob o prisma da Corte Européia de Direitos Humanos

A Corte Européia de Direitos Humanos contém diversos julgados acerca do direito à jurisdição. Serão mencionados apenas alguns, que parecem guardar maior pertinência com o tema geral desta pesquisa.

Ao apreciar o caso Golder vs. Reino Unido¹⁰⁸, em 1975, a Corte Européia reconheceu o direito à jurisdição como um dos princípios fundamentais universalmente garantidos, da mesma forma que o princípio que proíbe a denegação da justiça. Disse, ainda, que o artigo 6º.1 da Convenção Européia de Direitos Humanos deve ser lido à luz desses princípios¹⁰⁹.

Essa mesma Corte, ao julgar o caso Waite e Kennedy¹¹⁰, afirmou que o direito ao acesso à jurisdição assegurado no artigo 6.1 da Convenção Européia não é absoluto e, por isso, pode sofrer limitações, desde que não restrinjam esse direito a ponto de prejudicar a sua essência. A Corte afirmou, ainda, que tais limitações só são compatíveis com a previsão da CEDH se preencherem dois requisitos: 1) tiver um fim

107 Cf. MOSE, op. cit., p. 205-206.

108 Corte Européia de Direitos Humanos. Caso Golder vs. Reino Unido. Julgado em 21 de fevereiro de 1975, Ser. A, nº 18. Disponível em: Acesso em: 27 junho 2005.

109 “The principle whereby a civil claim must be capable of being submitted to a judge ranks as one of the universally ‘recognised’ fundamental principles of law; the same is true of the principle of international law which forbids the denial of justice. Article 6 para. 1 (art. 6-1) must be read in the light of these principles”. Ibid., parágrafo 3.

110 Corte Européia de Direitos Humanos. Caso Waite and Kennedy v. Germany. Pedido nº 260083/94. Julgado em 18 de fevereiro de 1999. Disponível em: < Acesso 27 junho 2005. Esse caso envolvia alegação de ofensa ao artigo 6º, § 1º, da Convenção Européia de Direitos Humanos pela Alemanha, ante o reconhecimento pelos seus tribunais da imunidade jurisdicional da Agência Espacial Européia. Será melhor analisado adiante.

legítimo; 2) se existir uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim que se procura alcançar¹¹¹.

Nesse mesmo caso a Corte ainda afirmou que a Convenção Europeia de Direitos Humanos pretendeu “garantir não um teórico ou ilusório direito, mas um direito prático e efetivo. Isso é particularmente verdadeiro para o direito ao acesso à Corte em vista do proeminente espaço ocupado na sociedade democrática pelo direito a um julgamento justo”¹¹².

A visão da Corte coaduna com os entendimentos doutrinários acima mencionados. Na sociedade democrática atual o princípio do acesso à jurisdição não é teórico, ilusório ou programático, mas realmente prático e efetivo. Isso implica em dizer que não basta disponibilizar recursos jurídicos aos indivíduos. Tais remédios devem estar ao alcance de todos, conduzir a um julgamento justo do mérito da lide e ensejar uma efetiva execução do julgado.

A propósito, no caso *Hornsby v. Grécia*¹¹³ essa Corte reconheceu que a execução da sentença é parte integrante do processo para os fins do artigo 6.1 da

111 “The Court recalls that the right of access to the courts secured by Article 6 § 1 of the Convention is not absolute, but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access by its very nature calls for regulation by the State. In this respect, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation, although the final decision as to the observance of the Convention’s requirements rests with the Court. It must be satisfied that the limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 §§ 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved”. Ibid., parágrafo 59.

112 “It should be recalled that the Convention is intended to guarantee not theoretical or illusory rights, but rights that are practical and effective. This is particularly true for the right of access to the courts in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial”. Ibid., parágrafo 67.

113 Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso *Hornsby v. Grécia*. Julgado em 19 de março de 1997. Disponível em: < Acesso em: 15 agosto 2005.

Convenção Européia, garantia que seria ilusória se os tribunais domésticos permitissem que uma decisão judicial transitada em julgado não fosse efetivamente cumprida¹¹⁴.

Essa noção está bem clara no parágrafo 40 dessa decisão¹¹⁵, no qual a Corte reitera que o artigo 6.1 assegura a todos o direito de ter qualquer reivindicação levada a uma Corte ou Tribunal. Diz, ainda, que o direito seria ilusório se o sistema legal doméstico permitisse que uma decisão final e obrigatória permanecesse sem efeito. Seria inconcebível que esse artigo descrevesse em detalhe uma garantia processual disponível aos litigantes sem proteger a implementação da decisão judicial. Construir o artigo 6º como sendo apenas o acesso à corte e aos trâmites do processo seria guiar a situações incompatíveis com o princípio da “*rule of law*” que o Estado-Parte concordou em respeitar quando ratificou a Convenção. Concluiu a Corte, pois, que a execução da sentença deve ser considerada uma parte integral do processo para o propósito do artigo 6º.

Ao analisar especificamente os fatos desse caso concreto, a Corte afirmou que ao permanecer por mais de 5 (cinco) anos sem cumprir a decisão final e obrigatória, as autoridades gregas destituíram a previsão do artigo 6º, parágrafo 1º da Convenção de

114 Cf. REID, Karen. **A Practitioner’s Guide to The European Convention of Human Rights**. Londres: Sweet & Maxwell, 1998, p. 66. Esta obra também menciona inúmeras outras decisões dessa Corte acerca das disposições da Convenção Européia de Direitos Humanos.

115 “40. The Court reiterates that, according to its established case-law, Article 6 para. 1 (art. 6-1) secures to everyone the right to have any claim relating to his civil rights and obligations brought before a court or tribunal; in this way it embodies the "right to a court", of which the right of access, that is the right to institute proceedings before courts in civil matters, constitutes one aspect (see the *Philis v. Greece* judgment of 27 August 1991, Series A no. 209, p. 20, para. 59). However, that right would be illusory if a Contracting State's domestic legal system allowed a final, binding judicial decision to remain inoperative to the detriment of one party. It would be inconceivable that Article 6 para. 1 (art. 6-1) should describe in detail procedural guarantees afforded to litigants - proceedings that are fair, public and expeditious - without protecting the implementation of judicial decisions; to construe Article 6 (art. 6) as being concerned exclusively with access to a court and the conduct of proceedings would be likely to lead to situations incompatible with the principle of the rule of law which the Contracting States undertook to respect when they ratified the Convention. Execution of a judgment given by any court must therefore be regarded as an integral part of the "trial" for the purposes of Article 6 (art. 6); moreover, the Court has already accepted this principle in cases concerning the length of proceedings “. *Caso Hornsby v. Grécia*, parágrafo 40.

todo o efeito útil¹¹⁶. Com efeito, o direito à justiça também abrange a execução do julgado. E o descumprimento dessa obrigação pode ensejar responsabilidade internacional do Estado.

I.6.2 O conteúdo do direito à justiça sob o prisma da Corte Interamericana e Comissão Interamericana de Direitos Humanos

I.6.2.1 O caso Bulacio vs. Argentina

Na decisão do caso Bulacio¹¹⁷ a Corte Interamericana utilizou-se dos artigos 8º e 25 da Carta Americana, que consagram os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, para impedir que o instituto da prescrição, com amplas raízes no direito interno, acabasse por obstar a efetiva punição dos responsáveis por ofensa a direitos humanos.

A origem fática está numa detenção de mais de 80 (oitenta) pessoas pela Polícia Federal Argentina no dia 19 de abril de 1991, na cidade de Buenos Aires. Entre os detidos encontrava-se o Walter David Bulacio, jovem de 17 anos, espancado por agentes policiais e que veio a falecer dias depois, após diagnóstico de traumatismo craniano. As investigações resultaram em processo penal contra os responsáveis. Todavia, como resultado de uma sequência interminável de discussões jurídicas, no dia

116 “By refraining for more than five years from taking the necessary easures to comply with a final, enforceable judicial decision in the resent case the Greek authorities deprived the provisions of rticle 6 para. 1 of the Convention (art. 6-1) of all useful effect”. Caso Hornsby v. Grécia, parágrafo 45. Para uma análise mais completa da disposição do artigo 6º da Convenção Européia de Direitos Humanos, vide JANIS, Mark W.; KAY, Richard S.; BRADLEY, Anthony W. **European Human Rights Law: text and materials**. New York: Oxford University Press, 1996, p. 374-427; REID, Karen. **A Practitioner’s Guide to The European Convention of Human Rights**. Londres: Sweet & Maxwell, 1998, p. 47-426; CLEMENTS, Luke J.; MOLE, Nuala; SIMMONS, Alan. **European Human Rights: taking a case under the convention**. 2 ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1999, p. 155-170.

117 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Bulacio v. Argentina. Julgado em 18 de setembro de 2003. Disponível em: Acesso em: 25 agosto 2005.

21 de novembro de 2002, mais de 11 anos depois, a “Sala VI de la Cámara de Apelaciones” decidiu que a ação penal estava prescrita.

No tocante à demora do processo criminal, ensejadora da prescrição, a Corte afirmou que os órgãos judiciais se esqueceram que a sua função não se esgota em possibilitar um devido processo que garanta a defesa em juízo. Também têm o dever de assegurar, em tempo razoável, o direito da vítima ou seus familiares de saber a verdade e de ver sancionados os eventuais responsáveis¹¹⁸. Nesse passo, o direito à tutela judicial efetiva exige dos juízes que dirijam o processo de modo a evitar que dilações indevidas conduzam à impunidade, frustrando assim a devida proteção dos direitos humanos¹¹⁹.

A Corte afirmou, ainda, que são inadmissíveis as disposições de prescrição ou qualquer obstáculo de direito interno mediante o qual se pretenda impedir a investigação e sanção dos responsáveis por violações de direitos humanos. Afinal, nada deve ser subtraído do direito de proteção judicial consagrado no artigo 25 da Convenção Americana¹²⁰. Neste caso, aliás, o próprio Estado da Argentina aceitou a sua responsabilidade internacional por violação dos artigos 8º e 25 da Convenção Americana, ocasionadora de uma situação de “grave impunidade”¹²¹.

Em conclusão, a Corte reconheceu a responsabilidade internacional da República da Argentina, condenando-a a pagar reparações pecuniárias aos familiares da vítima. Também determinou o presseguimento e conclusão da investigação dos fatos,

118 “114. Esta manera de ejercer los medios que la ley pone al servicio de la defensa, ha sido tolerada y permitida por los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables”. Ibid., parágrafo 114.

119“115.El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos”. Ibid., parágrafo 115.

120 Ibid., parágrafo 116.

121 Ibid., parágrafo 119.

com punição dos responsáveis; e declarou que o referido Estado deve garantir a não repetição desses fatos, como também adotar medidas legislativas e outras que sejam necessárias a adequar o ordenamento jurídico interno às normas internacionais de direitos humanos, a fim de dar-lhes plena efetividade.

I.6.2.2 O caso Barrios Altos v. Peru

No caso Barrios Altos¹²² a Corte deparou com uma colisão entre o direito à jurisdição e as leis de anistia promulgadas pelo Estado do Peru.

No dia 3 de novembro de 1991, indivíduos mascarados invadiram armados uma festa em local conhecido como “Barrios Altos”, na cidade de Lima, Peru, e dispararam indiscriminadamente, gerando a morte de 15 (quinze) pessoas e ferimento em outras 04 (quatro). As investigações revelaram que os autores trabalhavam para a inteligência militar e eram membros do exército peruano que atuavam num “Esquadrão de Eliminação” chamado “Grupo Colina”.

Apesar dos fatos terem ocorrido em 1991, as autoridades judiciais só iniciaram uma investigação séria do incidente em abril de 1995, quando foram denunciados cinco oficiais do Exército como responsáveis pelos fatos. Após vários incidentes jurídicos e antes que a Corte Suprema pudesse se pronunciar, o Congresso peruano sancionou uma lei de anistia (Lei nº 26479) que exonerava de responsabilidade os militares, policiais e civis que haviam cometido, entre 1980 e 1995, violações a direitos humanos ou participado dessas violações.

_____ Em 16 de junho de 1995 a juíza Antonia Saquicuray decidiu que o artigo 1º da Lei nº 26479 não era aplicável ao processo penal contra os cinco denunciados do caso Barrios Altos porque a anistia violava as garantias constitucionais e as obrigações

122 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chumbipuma Aguirre e otros vs. Peru (Barrios Altos). Julgamento de 14 de março de 2001. Disponível em: < Acesso em: 29 junho 2005.

internacionais que a Convenção Americana impunha ao Peru. Os advogados dos acusados apelaram dessa decisão, mas antes do seu julgamento o Congresso peruano aprovou uma segunda lei de anistia (Lei nº 26492), segundo a qual a anistia não era revisável judicialmente e era de obrigatória aplicação.

Em 14 de julho de 1995 a Corte Superior de Lima determinou o arquivamento definitivo do proceso do caso Barrios Altos, ao argumento de que a lei de anistia não contrariava a Lei Fundamental da República e nem os tratados internacionais de direitos humanos; que os juízes não podiam deixar de aplicar leis adotadas pelo Congresso porque isso feria o princípio da separação dos poderes; e ordenou que a juíza Saquicuray fosse investigada pelo órgão judicial de controle interno por ter interpretado as normas incorretamente.

Na sua sentença a Corte Interamericana, em síntese, reconheceu a responsabilidade internacional do Estado Peruano pelo ofensa aos direitos humanos no caso Barrios Altos, condenando-o a pagar reparações às vítimas; declarou que as Leis de Anistia são incompatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, por isso, carecem de efeito jurídico; e declarou o dever do referido Estado de investigar os fatos para determinar e punir as pessoas responsáveis pelas violações dos direitos humanos, além de divulgar publicamente os resultados da dita investigação.

Os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (artigos 8º e 25 da Carta Americana) estiveram no centro desta decisão. Afinal, a Corte entendeu que as leis de anistia impediram que os familiares das vítimas e as vítimas sobreviventes fossem ouvidas por um juiz, conforme artigo 8.1 da Convenção; violaram o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 da Convenção; impediram a investigação, perseguição, captura, ajuizamento e sanção dos responsáveis; e obstruíram o

esclarecimento dos fatos do caso¹²³. A Corte afirmou, ainda, que essas leis também conduziram à desproteção das vítimas e à perpetuação da impunidade, pelo que são manifestamente incompatíveis com o espírito da Convenção Americana. Este tipo de lei, afirmou a Corte, impede a identificação dos indivíduos responsáveis por violações a direitos humanos, já que obstaculiza a investigação e o acesso à justiça e impede que as vítimas e seus familiares conheçam a verdade e recebam a reparação correspondente. Disse, por fim, que os Estados Partes da Convenção Americana devem tomar providências para que nada seja subtraído da proteção judicial e do exercício do direito a um recurso acessível e eficaz, nos termos dos artigos 8º e 25 da Convenção¹²⁴.

Em síntese, a Corte Interamericana concluiu que as leis de anistia, por obstarem o acesso efetivo à justiça, o alcance da verdade e a punição dos ofensores aos direitos humanos, são incompatíveis com as disposições e os princípios da Convenção Americana de Direitos Humano¹²⁵.

I.6.2.3 O caso Carranza v. Argentina

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso em tela¹²⁶, também contribuiu ao estabelecimento de um conteúdo adequado às garantias judiciárias e proteção judicial previstos na Convenção Americana.

Conforme se extrai dessa decisão, o artigo 8º da Convenção Americana reconhece o devido processo legal, que abarca as condições que devem ser cumpridas

123 Ibid., parágrafo 42.

124 Ibid., parágrafos 43 e 44.

125 Guardadas as devidas proporções, inclusive de propósitos e justificativas, os institutos da anistia e da imunidade de jurisdição podem, em algumas situações, gerar conseqüências semelhantes no âmbito dos direitos humanos, como impedir o acesso ao Judiciário e o alcance da verdade, e ensejar impunidade e denegação da justiça. Para um paralelo entre imunidade e anistia no contexto dos direitos humanos, vide REINISCH, op. cit., p. 286-287.

126 Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Caso nº 10.087. GUSTAVO CARRANZA vs. ARGENTINA. Julgado em 30 de setembro de 1997. Disponível em: Acesso em: 25 agosto 2005.

para assegurar a adequada defesa daqueles cujos direitos e obrigações estão sob a consideração judicial. Entre essas garantias estão as que impõem a intervenção de um órgão judicial competente, independente e imparcial¹²⁷.

A Comissão também afirmou que o direito à tutela judicial efetiva previsto no artigo 25 não se esgota com o livre acesso e desenrolar do recurso judicial. É necessário que o órgão interveniente produza uma conclusão razoável sobre o mérito da ação, ou seja, que estabeleça a procedência ou improcedência da pretensão posta em juízo. Essa decisão é o fundamento e o objeto final do direito ao recurso judicial reconhecido pela Convenção Americana no artigo 25, que também está revestido por indispensáveis garantias individuais e obrigações estatais (artigo 8º e 1.1). O tribunal argentino, contudo, declarou “não judiciáveis” as questões apresentadas pelo peticionante, obstando assim que tivesse um recurso judicial efetivo e que o amparasse contra os alegados atos violatórios do seu direito¹²⁸.

Afirmou mais: a própria lógica de todo recurso judicial indica que o julgador deve estabelecer concretamente a verdade ou o erro da alegação do reclamante. O reclamante socorre-se ao órgão judicial alegando uma violação de direitos e o órgão, após um procedimento de prova e de debate sobre essa alegação, deve obrigatoriamente decidir se a reclamação é fundada ou infundada. Do contrário o recurso judicial seria inconcluso e ineficaz.

A Comissão também afirmou que o artigo 25 (1) incorpora o princípio, reconhecido no direito internacional dos direitos humanos, da efetividade dos instrumentos ou meios processuais destinados a garantir tais direitos. Com fulcro em entendimento da Corte Interamericana, assinalou que os Estados Partes da Convenção

127 Ibid., parágrafos 67 e 68.

128 Ibid., parágrafos 71 e 72.

se obrigaram a fornecer recursos judiciais efetivos às vítimas de violação dos direitos humanos, recursos que devem ser substanciados de conformidade com as regras do devido processo legal (art. 8.1), dentro da obrigação geral a cargo dos mesmos Estados de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção a toda pessoa que se encontre sob sua jurisdição. Disse, também, que a inexistência de um recurso efetivo contra as violações aos direitos reconhecidos pela Convenção constitui uma transgressão pelo Estado Parte. Sublinhou, ainda, que para que tal recurso exista não basta estar previsto na Constituição ou na lei ou ser formalmente admissível, mas que seja realmente idôneo para estabelecer se ocorreu uma violação a direitos humanos e fornecer o necessário para remediá-la. Não se pode considerar efetivos aqueles recursos que, pelas circunstâncias gerais de um país ou pelas circunstâncias de um caso, resultem ilusórios¹²⁹.

Em síntese, a comissão concluiu que ao impedir uma decisão de mérito o Estado argentino violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados nos artigos 8º e 25, em conexão com o artigo 1.1 da Convenção Americana. Em decorrência, recomendou que o Estado argentino indenizasse o Sr. Gustavo Carranza pelas violações cometidas.

I.7 As normas imperativas de Direito Internacional - *jus cogens*

Apesar da noção de *jus cogens* existir desde o direito romano, como regras absolutas que não poderiam ser desrespeitadas por acordo entre as partes; ter encontrado eco entre os jusnaturalistas, como um direito natural imutável a vincular os Estados; e ter se desenvolvido na teoria do direito das gentes desde os anos 30 do século XX¹³⁰, só foi

129 Ibid., parágrafo 74.

130 Cf. FRIEDRICH, Tatyana Sheila. **As Normas Imperativas de Direito Internacional Público *jus cogens***. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 25-26. Vide, também, VIEGAS, Vera Lúcia. *Ius Cogens e o Tema da*

positivada, como regras imperativas do Direito Internacional, na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, em especial nos seus artigos 53¹³¹ e 64¹³².

Disposições idênticas estão contidas nos artigos 53 e 64 da Convenção de Viena sobre os Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986, a demonstrar que as normas imperativas (*jus cogens*) obrigam e vinculam os Estados e, igualmente, as organizações interestatais¹³³.

Esses dois artigos têm conteúdos distintos. Aquele trata da incompatibilidade de um tratado com uma norma imperativa já existente no momento da sua conclusão, a ensejar uma nulidade com efeitos *ex tunc*. Este prevê a incompatibilidade com uma norma *jus cogens* superveniente, a incidir imediatamente sobre o tratado anterior, de modo a cessar a sua vigência. A nulidade, neste caso, tem efeitos *ex nunc*¹³⁴.

Nulidade dos Tratados. *Revista da Informação Legislativa*, Brasília, n. 144, out./dez. 1999, p. 182.

131 Artigo 53 -“Tratados incompatíveis com uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*). É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza”.

132 Artigo 64- “Superveniência de uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*). Se sobrevier uma nova norma imperativa de direito internacional, geral, qualquer tratado existente que seja incompatível com essa norma torna-se nulo e cessa a sua vigência”.

133 O Brasil ainda não ratificou as Convenções de Viena de 1969 e 1986. O Decreto Legislativo nº 214-A, que aprova o texto da CVDT de 1969, com ressalva dos artigos 25 e 66, recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, mas ainda não foi submetido à aprovação do Congresso Nacional brasileiro. Não obstante, o Brasil está vinculado à CVDT de 1969 por força do direito consuetudinário internacional. Cf. FRIEDRICH, op. cit., p. 66-67.

134 Cf. FRIEDRICH, op. cit., p. 37; VIEGAS, op. cit., p. 189. A nulidade *ex nunc* também se extrai do artigo 71 da Convenção de 1969:“Conseqüências da nulidade de um tratado incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral. 1 - Quando um tratado seja nulo, nos termos do artigo 53º, as Partes devem: a) Eliminar, na medida do possível, as conseqüências de qualquer ato praticado com base numa disposição incompatível com a norma imperativa de direito internacional geral; e b) Tornar as suas relações mútuas conformes à norma imperativa de direito internacional geral. 2 - Quando um tratado se torne nulo e cesse a sua vigência, nos termos do artigo 64º, a cessação da vigência do tratado: a) Isenta as Partes da obrigação de continuarem a cumprir o tratado; b) Não prejudica qualquer direito, obrigação ou situação jurídica das Partes criados pelo cumprimento do tratado, antes da cessação da sua vigência; todavia, esses direitos, obrigações ou situações não podem manter-se no futuro, salvo na medida em que a sua manutenção não for em si mesma incompatível com a nova norma imperativa de direito internacional geral”.

A conceituação de *jus cogens* ficou por conta dos artigos 53 (das Convenções de 1969 e 1986), como “uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza”.

Para BROWNLIE, a principal característica distintiva dessas regras é a sua não derogabilidade. São “regras do Direito consuetudinário que não podem ser afastadas por tratado ou aquiescência, mas apenas pela formação de uma regra consuetudinária subsequente de efeito contrário”¹³⁵.

Essa característica, contudo, é apenas uma consequência do aspecto material ou substancial do *jus cogens*: o fato de carregar valores essenciais, os mais elevados da sociedade internacional e representantes um *minimum* universalmente reconhecido. São esses elevados valores que impedem a sua derrogação e limitam a autonomia da vontade dos Estados e dos organismos internacionais. Mesmo na ausência de uma entidade soberana reguladora, característica do Direito Internacional, os Estados e organizações estão vinculados e limitados pelo *jus cogens*. Essas normas superiores, pois, se sobrepõem à unilateralidade e impedem toda e qualquer estipulação contrária.

Com efeito, apesar da regra *pacta sunt servanda* persistir na base do direito internacional, o *jus cogens* acabou por quebrar o primado do positivismo

135 BROWNLIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*. Trad. Maria Manuela Farrajota, Maria João Santos, Victor Richard Stockinger, Patrícia Galvão Teles. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 537.

voluntarista ao incorporar ao direito das gentes a noção de que certas normas são prevalentes, não podem ser derogadas e devem ser respeitadas independentemente da sua ratificação.

A propósito, as previsões das Convenções de Viena de 1969 e 1986 não limitam a incidência do *jus cogens* apenas ao âmbito dos tratados, o que restringiria demasiadamente a aplicação prática desse essencial instituto. Como princípio de Direito Internacional a demandar uma plena efetividade, as normas imperativas devem ser aplicadas também aos atos unilaterais dos Estados e das organizações internacionais.

Os tratados de 1969 e 1986 conceituam as normas imperativas, mas não as explicitam, tarefa que deixaram ao talante da prática dos Estados e da jurisprudência dos tribunais¹³⁶. A ausência de explicitação, embora possa ser criticada por tornar mais lento o processo de reconhecimento das normas imperativas, foi benéfica por pelo menos duas razões: 1) permitiu uma incorporação contínua e gradual de direitos na categoria de *jus cogens*, o que atende o caráter vivo e evolutivo dessa ciência; 2) conferiu uma maior legitimidade às normas imperativas ao permitir que fossem construídas pelo consenso da sociedade internacional, ao invés de impostas por tratados temporalmente circunscritos.

Algumas correntes buscam explicar a natureza do *jus cogens*¹³⁷. Para a corrente principal, seria a instituição de uma “verdadeira ordem pública

136 Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 1987, p. 59. Não faltou, contudo, propostas para a explicitação do *jus cogens*. O artigo 13 do projeto Waldock, de 1963, definia como *jus cogens*, dentre outros, o “uso ou ameaça da força em descumprimento aos princípios da Carta das Nações Unidas” e “qualquer ato ou omissão qualificado pelo direito internacional como um crime internacional”. Cf. FRIEDRICH, op. cit., p. 46-47.

137 Além da corrente principal (*jus cogens* como a instituição de uma ordem pública internacional), outras tentam explicar o *jus cogens* com uma analogia à idéia de *raison d'état* ou de ordem constitucional internacional. Cf. FRIEDRICH, op. cit., p. 68-70.

internacional”¹³⁸ ou a explicitação de uma “*ordre public*”, de um “interesse público” comum superior¹³⁹. À semelhança da noção de ordem pública interna, a *ordre public* internacional também visa a limitação da autonomia da vontade e tem origem na constatação de que a liberdade ilimitada gerou arbitrariedade e desigualdade entre os países, com primazia daqueles com maior força política e econômica. Assim, à semelhança da instituição da ordem pública no direito doméstico, visou possibilitar que a igualdade formal dos Estados também se transformasse numa igualdade material entre as suas populações¹⁴⁰.

O reconhecimento de uma norma imperativa depende de unanimidade na comunidade internacional? Parece-nos que não. O artigo 53 da CVDT (“...norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo...”) deve ser interpretado de modo a exigir apenas um consenso, levando em conta o entendimento generalizado por parte dos Estados. Em outras palavras, basta a manifestação da maioria, embora esta deva tocar a generalidade, a exprimir a conjugação dos valores de todas as diferentes visões de humanidade, ainda que não representada em sua plenitude¹⁴¹.

Exigir unanimidade significaria deixar a constituição de uma norma imperativa à mercê da vontade unilateral de um único Estado, pois bastaria uma manifestação contrária para a sua não formação. Representaria, em última análise, a manutenção do positivismo voluntarista e acabaria por retirar do *jus cogens* o seu carácter limitador do unilateralismo estatal.

138 Cf. FRIEDRICH, op. cit., p. 68.

139 Cf. CANÇADO TRINDADE. Tratado de Direito..., op. cit., p. 26-27.

140 Cf. FRIEDRICH, op. cit., p. 24.

141 Cf. FRIEDRICH, op. cit., p. 34; VIEGAS, op. cit., p. 182, 184 e 185.

A positivação internacional do *jus cogens* também implicou no retorno da discussão sobre a existência de uma hierarquia normativa no direito das gentes¹⁴². Esse debate, aliás, também foi freqüente nos anos seguintes ao advento da Carta da ONU, ante a disposição do seu artigo 103¹⁴³, que confere prevalência às obrigações advindas da Carta quando em conflito com as resultantes de qualquer outro tratado internacional, o que numa visão tradicional representaria, assim como o *jus cogens*, a implementação de um patamar hierárquico superior¹⁴⁴.

Embora a primazia aplicativa das normas imperativas gere, na prática, o mesmo efeito da incidência de uma norma hierarquicamente superior, tal debate parece pouco adequado ao Estado Democrático de Direito. No atual paradigma, apesar da validade formal e material do critério hierárquico, sobretudo no âmbito doméstico, a solução das antinomias está mais afeta à ponderação dos bens e valores envolvidos. Nesse passo, uma norma *jus cogens* deve ter prioridade aplicativa menos por estar em um patamar hierárquico estático superior e mais por representar os valores superiores da sociedade internacional.

A consagração do *jus cogens* no Direito Internacional Público pode gerar impactos nos sistemas constitucionais domésticos, o que novamente confirma a interação entre direito interno e internacional em prol dos direitos humanos. Afinal, se as normas imperativas expressam a consciência jurídica universal, também exprimem a

142 Sobre o tema, vide MERON, Theodore. On a Hierarchy of International Human Rights. *The American Journal of International Law*, Washington, v. 80, n. 1, jan. 1986, p. 1-23; SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law. *European Journal of International Law*, Firenze, n. 4, v. 8, p. 583-595, 1997; e KOSKENNIEMI, Martti. Hierarchy in International Law: a sketch. *European Journal of International Law*, Firenze, n. 4, v. 8, p. 566-582, 1997.

143 Artigo 103 da Carta da ONU: “No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta”.

144 A idéia de que o artigo 103 teria estabelecido uma hierarquia no direito internacional e conferido um caráter constitucional ao texto da Carta foi defendida por Vicente Marotta Rangel em interessante obra da década de cinquenta do século passado. RANGEL, Vicente Marotta. *O Conflito entre a Carta das Nações Unidas e os demais Acordos Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1954.

consciência jurídica de cada um dos povos, de forma que se sobrepõem à Constituição dos Estados na condição de normas supraconstitucionais¹⁴⁵.

Quais são as normas imperativas de Direito Internacional Público? Os exemplos menos controvertidos são a proibição do uso da força e do genocídio, o princípio da não discriminação racial, os crimes contra a humanidade e as regras que proibem o comércio de escravos e a pirataria¹⁴⁶. A própria Corte Internacional de Justiça, no caso *Barcelona Traction*, de 1970, expressou algumas normas imperativas, como a proibição de atos de agressão e genocídio, além dos princípios e regras respeitantes aos direitos fundamentais da pessoa humana, incluindo a proteção contra a escravatura e a discriminação racial¹⁴⁷.

O princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais e o princípio da autodeterminação dos povos estão entre as outras normas que provavelmente gozem da condição de *jus cogens*¹⁴⁸.

Alguns princípios da Carta da ONU descritos como normas imperativas, como a solução pacífica dos conflitos, a condenação da agressão, a preservação da paz, da segurança e da justiça internacionais¹⁴⁹, parecem melhor definidos como corolários ou desdobramentos da norma imperativa da proibição do uso da força.

145 Cf. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 111-116.

146 Cf. BROWNLIE, op. cit., p. 537.

147 Ibid.

148 Ibid.

149 Cf. VIEGAS, op. cit., p. 185.

Pelos valores que agregam, também devem ser inseridos na categoria de *jus cogens* outros direitos humanos básicos como o direito à vida, à integridade pessoal (que abrange a proteção contra a tortura) e à liberdade. Todavia, parece inadequada a tentativa de impor um caráter *jus cogens* a todos os direitos do homem - civis, políticos, econômicos, sociais e culturais -, o que acabaria por minorar a sua eficácia¹⁵⁰.

Essa visão mais restrita do *jus cogens* talvez se aproxime do teor do artigo 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao admitir a suspensão de direitos nela assegurados, exceto de alguns específicos, a exemplo do direito à vida (artigo 4º), direito à integridade pessoal (artigo 5º), proibição da escravidão e servidão (artigo 6º), princípio da legalidade e da retroatividade (artigo 9º), liberdade de consciência e de religião (artigo 12), direito da criança (artigo 19), direito à nacionalidade (artigo 20), além das “garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos”¹⁵¹. Embora alguns desses direitos sejam inegavelmente *jus cogens*, esta aproximação não implica em dizer que todos eles representem normas imperativas do Direito Internacional.

Desnecessário lembrar que as “garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos” estão inseridas no âmbito do direito à jurisdição, o que indica uma tendência de inclusão deste princípio entre as normas imperativas. Essa tendência, aliás, parece confirmada por CANÇADO TRINDADE, embora referindo-se a uma “denegação persistente” dessas garantias:

150 Cf. GALINDO, op. cit., p. 309.

151 Artigo 27 - “Suspensão de Garantias. 1) Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitado às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerram discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social. 2) A disposição precedente não autoriza a suspensão de direitos determinados nos seguintes artigos: 2 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (Direito à vida), 5 (Direito à integridade pessoal), 6 (Proibição da escravidão e servidão), 9 (Princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (Liberdade de consciência e de religião), 17 (Proteção da família), 18 (Direito ao nome), 19 (Direitos da criança), 20 (Direito à nacionalidade), e 23 (Direitos Políticos), nem as garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos”.

Ninguém ousaria tampouco negar que os atos de genocídio, o trabalho escravo, as práticas da tortura e dos desaparecimentos forçados de pessoas, as execuções sumárias e extra-legais, e a denegação persistente das mais elementares garantias do devido processo legal, afrontam a consciência jurídica universal, e efetivamente colidem com as normas peremptórias do *jus cogens*¹⁵². (grifo nosso)

Apesar de consagrada pelas Convenções de Viena de 1969 e 1986 e pela própria Corte Internacional de Justiça, a noção de *jus cogens* parece não ter convencido REZEK, ainda propenso à visão tradicional de autonomia ilimitada e soberania absoluta dos Estados, mesmo que em detrimento de valores universais:

A teoria do *jus cogens*, tal como aplicada pela Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, é francamente hostil à idéia do consentimento como base necessária do direito internacional. Ali se pretende que, qual no domínio centralizado e hierárquico de uma ordem jurídica interna, regras imperativas - geradas pelo voto majoritário das assembléias, ou deduzidas noutra foro, o que pouca diferença faz - frustrem a liberdade convencional dos países não-aquiescentes, numa época em que o esquema de poder reinante na cena internacional desaconselha o Estado, cioso de sua individualidade e de seus interesses, de arriscar parte expressiva dos atributos da soberania num jogo cujas regras ainda se encontram em processo de formação¹⁵³.

Caminho oposto é trilhado por CANÇADO TRINDADE ao defender o incremento contínuo das normas imperativas como mecanismo de proteção do ser humano:

En síntesis y como conclusión, nuestro propósito debe residir en definitiva en el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de las normas perentorias de derecho internacional (*jus cogens*) y de las correspondientes obligaciones erga omnes de protección del ser humano, con todas las consecuencias jurídicas en caso de su violación. Mediante este desarrollo lograremos sobreponernos a los obstáculos y dogmas del pasado y crear una verdadera *ordre public* internacional, y, en última instancia, una cultura universal de respecto y observancia

CANÇADO TRINDADE, O Direito Internacional..., op. cit., p. 1095.

REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 121.

de los derechos humanos. Solo así nos aproximaremos a la plenitud de la protección de los derechos inherentes al ser humano¹⁵⁴.

Interessante notar que a concepção voluntarista critica a ausência de consentimento estatal para a constituição do *jus cogens*, mas não explica razoavelmente a formação de outras regras do Direito Internacional que igualmente não dependem de um consentimento expreso ou unânime, como as regras consuetudinárias, fontes primeiras do direito das gentes¹⁵⁵.

Talvez um dia os voluntaristas percebam que “é a consciência, e não a vontade, que move o Direito, que o faz evoluir”¹⁵⁶. É a consciência coletiva do que é juridicamente necessário e de quais são os valores objetivos superiores que tem construído um nova normativa internacional: “É da consciência jurídica universal que germinou o *jus cogens*, que, por sua vez, veio dar um conteúdo ético ao Direito Internacional contemporâneo”¹⁵⁷.

ADO TRINDADE, Antônio Augusto. **El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI**. Santiago: Jurídica de p. 423-424.

155 Cf. CANÇADO TRINDADE, O Direito Internacional..., op. cit., p. 1088.

156 Ibid.

157 Ibid.

VI CONCLUSÃO - CONTRA O DESPÉRDÍCIO DE EXPERIÊNCIA

A era dos direitos humanos lança um grande desafio à sociedade contemporânea: materializar nas relações sociais e no mundo do Direito as promessas dos instrumentos internacionais e domésticos de proteção dos direitos do homem. Os pilares já estão edificadas. Cabe agora aos Estados, sob a atenta supervisão do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, a responsabilidade pela construção de uma comunidade na qual direito proclamado seja sinônimo de direito garantido.

O Direito Internacional, em freqüente interação com o Direito Interno, construiu e entregou aos Estados as armas e armaduras para o combate, na “linha de frente”, às violações de direitos humanos. Também construiu um sistema internacional de proteção desses direitos, o qual permanece na retaguarda dessa batalha com dupla missão: derrotar os inimigos que eventualmente ultrapassem a “linha de frente” e, em determinadas situações, responsabilizar o próprio esquadrão de vanguarda descumpridor do seu dever de barrar e punir o inimigo dentro do seu âmbito de atuação.

O sistema judicial doméstico é uma das principais armas do Estado na sua atuação na vanguarda do combate às violações de direitos humanos. Por operar com o Direito, esse sistema judicial tem o dever de incorporar as evoluções dessa ciência viva. As noções de que ao julgador está reservado o papel de mera *bouche de la loi* e de que lei e Direito se confundem, independentemente da origem e conteúdo, de há muito foram superadas. No Estado Democrático a lei é apenas a “porta de entrada” do Direito, cuja aplicação depende da harmonia com as demais normas do mesmo ordenamento jurídico, composto inclusive pelos princípios de direito.

Para fazer frente às exigências do Estado Democrático o Direito lança mão de novos métodos hermenêuticos, em que a visão estática é parcialmente superada por uma

análise dinâmica dos direitos em colisão, centrada sobretudo nos valores em antagonismo e nas especificidades do caso concreto. O Direito lança mão, também, de princípios basilares da sociedade contemporânea e de normas imperativas do Direito Internacional, a formar uma ordem pública internacional a partir dos valores mais elevados da comunidade universal. É o fim do positivismo voluntarista. Os Estados e organismos internacionais, nas suas atuações unilaterais ou em conjunto (como na celebração de tratados), estão vinculados aos valores mínimos universalmente reconhecidos.

Mas se o dever de proteção dos direitos humanos está presente em todos os campos de atuação do Estado, sobretudo no âmbito do seu sistema judicial; e se no Estado Democrático esse sistema judicial tem a obrigação de incorporar as novas “ferramentas” dessa ciência dinâmica, a fim de amparar os anseios do seu tempo, dessas obrigações não escapam as ações judiciais permeadas pela discussão de imunidade jurisdicional, seja de Estados estrangeiros, agentes diplomáticos, agentes consulares ou organismos internacionais. Os direitos devem ser protegidos, independentemente do agente causador da violação ou de quem figure no pólo passivo dos processos judiciais.

Não é essa, contudo, a impressão gerada pelas decisões judiciais que conferem aos organismos internacionais imunidade absoluta e ilimitada, demasiadamente presas à literalidade do texto das normas internacionais. O contexto da aplicação dessas normas, muito diverso do existente quando da sua “criação”; a finalidade funcional do privilégio; e a possibilidade dessa regra ofender outras normas do mesmo ordenamento jurídico, inclusive de direitos humanos, sequer são postos em discussão. A regra é aplicada de forma automática, como uma LEI indiscutível e imutável, sem verificação do seu conteúdo e conseqüências. Nesse contexto, Lei e Direito parecem sinônimos.

A análise contemporânea do tema, a partir de decisões de tribunais internacionais e estrangeiros, revela que a aceitação dessa “visão tradicional” está em franco declínio. Ousamos afirmar que o edifício que abrigava a imunidade ilimitada das

organizações internacionais já ruiu, embora a poeira dispersada ainda oculte a visão. Em seu lugar parece surgir uma imunidade relativa, muito mais adequada ao Estado Democrático e à era dos direitos humanos, cujo modelo, embora ainda em construção, está delineado nas tendências normativa e judicial destacadas ao longo desta pesquisa.

A tendência normativa está refletida em tratados internacionais mais precisos e adequados, tanto no sentido de esclarecer disposições genéricas (como imunidade funcional) para melhor delimitar as hipóteses de incidência desse privilégio, quanto pela elaboração de um rol de hipóteses em que inexistente a imunidade. Essa tendência tem significativa relevância por revelar o reconhecimento das próprias organizações internacionais celebrantes de que a vetusta imunidade ilimitada não atende mais os anseios da sociedade atual e nem as suas necessidades, interesses e convicções.

As quatro principais tendências construídas pela prática dos tribunais internacionais e estrangeiros denunciam o inconformismo judicial com a velha imunidade absoluta. Refletem, também, o anseio da sociedade contemporânea pelo término de um entendimento que no mais das vezes transformava imunidade em impunidade.

A corrente da imunidade funcional restrita rejeita o privilégio nas ações decorrentes de atos *ultra vires*. Como as organizações internacionais são constituídas com fins ou propósitos bem definidos, aos quais estão vinculados todos os seus direitos e obrigações, o privilégio só alcança os atos praticados no cumprimento das suas funções.

A vertente mais restrita dessa tendência incorpora a mesma idéia de imunidade funcionalmente limitada e acrescenta que nem todos os atos funcionais estão cobertos pelo privilégio, mas somente aqueles indispensáveis ou estritamente necessários ao cumprimento dos propósitos da organização. Fundada em uma interpretação evolutiva (e restritiva) da imunidade funcional prevista nas cartas constitutivas, a partir da constatação de mudança do contexto histórico que ensejou a interpretação extensiva dessas disposições, essa

nova tendência pode ser identificada com as regras hermenêuticas contemporâneas, a exigir que a interpretação da norma seja feita no contexto atual e não no sentido estático da época da sua implementação.

Uma segunda corrente tende a aplicar aos organismos internacionais, por analogia, a imunidade relativa dos Estados estrangeiros. Embora seja a tendência judicial mais contestada, ela ganha força a partir da adaptação da imunidade soberana às necessidades funcionais das organizações. Nesse contexto, não se desconhece que os fundamentos e propósitos da imunidade estatal são diversos dos que sustentam o privilégio funcional das organizações internacionais. Não obstante, utiliza-se do movimento que gerou a relativização da imunidade dos Estados como um espelho a demonstrar que as razões que o impulsionaram assemelham-se às que agora se afloram no âmbito dos organismos. Sustenta-se, pois, a aplicação da imunidade relativa dos Estados adaptada ao propósito do privilégio dos organismos, de proteger o cumprimento das suas funções. Assim, a dicotomia ato de império/ato de gestão transforma-se na diferenciação entre atos essenciais/atos não essenciais ao cumprimento dos propósitos das organizações, numa clara aproximação com a vertente anteriormente exposta.

A tendência judicial que condiciona o reconhecimento da imunidade à adoção de mecanismos alternativos de solução da controvérsia é amplamente reconhecida pelos tribunais internacionais e estrangeiros. A sua grande aceitabilidade decorre sobretudo da sua adequação ao Estado Democrático, pois coloca no centro da discussão um dos seus pilares - o direito à jurisdição - e a necessidade contemporânea do Direito servir como instrumento à efetiva proteção dos direitos humanos. Busca, pois, compatibilizar a regra da imunidade de jurisdição com o princípio do direito à justiça.

A mera existência de mecanismos alternativos, contudo, pode não justificar a manutenção da imunidade absoluta. Os tribunais ainda devem verificar se esses mecanismos atendem razoavelmente às garantias mínimas do direito à jurisdição, como

acessibilidade, efetividade, independência e imparcialidade, imprescindíveis a qualquer órgão que pretenda intermediar e solucionar conflitos, sob pena desses mecanismos servirem de mero subterfúgio à perpetuação do privilégio. Esse controle visa, também, evitar que o Estado garanta a imunidade na ausência de mecanismos adequados e, em decorrência, tenha que responder por esse ato perante a Corte internacional de direitos humanos à qual estiver vinculado.

A última tendência destacada é fruto da colisão entre imunidade e *jus cogens*, identificada e enfrentada em recentes casos de grande repercussão, como os casos Pinochet e Ferrini. Embora tratem de outras espécies de imunidade, a argumentação desenvolvida tem plena aplicabilidade aos privilégios dos organismos internacionais. Um dos fundamentos principais gravita em torno do princípio da jurisdição universal, que amplia o campo de atuação dos Estados para além das suas fronteiras como forma de combater eficazmente os crimes que lesam toda a humanidade e que, por óbvio, mostra-se incompatível com o monopólio da jurisdição resultante da regra da imunidade. Também está fundamentada na supremacia substancial das normas *jus cogens* quando em colisão com normas internacionais não peremptórias, ante os valores universais por aquelas protegidos e que não podem ser objeto de derrogação ou limitação.

As duas últimas correntes comprovam que a era dos direitos humanos está impondo um novo conceito de imunidade de jurisdição. Os princípios consagrados sob os auspícios dessa nova era, abraçados por toda a comunidade internacional, já alteraram o rumo do Direito das Gentes e vêm agora modificando substancialmente o olhar das Cortes de todo o mundo sobre esse privilégio.

A quebra da imunidade na fase de conhecimento, contudo, não garante a efetiva reparação do direito violado. Um novo obstáculo surge com o trânsito em julgado, intransponível aos olhos dos tradicionais defensores da imunidade de execução ou da inviolabilidade dos bens dos organismos internacionais. Existem, contudo, mecanismos

hábeis a superar mais esse obstáculo, alguns deles à semelhança dos entendimentos construídos na fase cognitiva. Nesse contexto, o direito à jurisdição volta a merecer destaque.

O direito à jurisdição não se resume, na perspectiva atual, à possibilidade de ajuizamento da ação e à garantia de um justo provimento de mérito. Ele só se complementa com a entrega efetiva da prestação jurisdicional, vista como a transformação da sentença condenatória em concreta reparação pecuniária do direito ofendido. Com efeito, os obstáculos da execução não podem restringir o princípio da inafastabilidade da jurisdição a ponto de retirar toda e qualquer possibilidade de efetivação do direito reconhecido, o que atrai a mesma conclusão da fase de conhecimento: a imunidade (agora de execução) só é admissível frente ao direito à jurisdição se houver um mecanismo que conduza à concretização da *res judicata*. Sem pretensão de apresentar uma solução pronta e acabada, foi sugerido um mecanismo que talvez compatibilize essas regras em colisão.

As tendências expostas, construídas a partir de várias decisões de tribunais internacionais e estrangeiros, indicam a enorme experiência que essas Cortes acumulam hoje no julgamento da matéria, construída ao longo de anos de discussão e maturação do tema. A análise da jurisprudência brasileira, contudo, demonstra que os nossos tribunais permanecem fechados a essas experiências e ao próprio Direito Internacional. A visão tradicional da imunidade absoluta parece ainda imperar no Judiciário brasileiro, permeada por decisões que aplicam a imunidade dos Estados sem uma correta distinção dos propósitos e fundamentos dos privilégios dos organismos e sem qualquer adaptação às suas necessidades funcionais, a revelar, na verdade, uma confusão entre esses distintos entes de direito externo. Algumas decisões utilizam o direito à jurisdição como argumento para a rejeição da imunidade, mas o fazem pelo sistema do “tudo ou nada”, sem a mínima tentativa de compatibilizar as regras em colisão. Ademais, a revelar uma antipatia para com o Direito Internacional, fundamentam o direito à jurisdição apenas na Constituição Federal, aparentando assim a imposição de uma regra interna a um ente não sujeito à nossa soberania.

A antipatia dos aplicadores do Direito Interno ao Direito Internacional, desvelada pela postura de fechamento às questões internacionais, não representa novidade. Foi identificada por HIGGINS no país da sua nacionalidade, o Reino Unido. Para essa juíza de Haia, pode-se dividir os juizes em três grupos no tocante à sua atitude para com questões de Direito Internacional: 1) aqueles que desprezam tudo o que tem a ver com o Direito das Gentes; aqueles bastante impressionados mas pouco familiarizados com o Direito Internacional, que por isso preferem evitá-lo; e 3) aqueles que vêem o Direito Internacional como relevante e importante, que se aprofundaram no seu estudo e são plenamente capazes de decidir questões que o envolvam⁵⁹¹.

Nesse mesmo contexto, a atitude dos aplicadores do Direito Interno frente ao Direito Internacional é associada por GALINDO ao mito da morte da Medusa, cujos elementos centrais são as figuras de Perseu, da Medusa e do Espelho de Atena. Perseu representaria talvez a maior parte dos operadores do Direito Interno, que vê o Direito Internacional como uma Medusa, de aparência horrenda, deformada, monstruosa, não convencional, a justificar a postura de não olhá-la de frente, não analisá-la ao fundo, sob pena de petrificar-se. O espelho de Atena seria, portanto, o subterfúgio utilizado pelo Direito Interno para tratar das questões relativas ao Direito Internacional sem encará-lo, como mecanismo de vital importância para a sua própria preservação - sob pena de petrificar-se -, além de servir como instrumento de grande comodidade⁵⁹². Esse fechamento, registre-se, tem suas causas identificadas com o subdesenvolvimento, os regimes antidemocráticos e a pouca educação para o Direito Internacional⁵⁹³.

591 Cf. HIGGINS, op. cit., p. 206-207. Vide, também, GALINDO, op. cit., p. 367, 387 e 388.

592 Cf. GALINDO, op. cit., p. 363-366. A comodidade parece diretamente relacionada ao grande número de processos a cargo dos julgadores nacionais. Pressionados pelo acúmulo de serviço, a literalidade das normas internacionais mostra-se o “espelho” perfeito para não ter que encarar a Medusa.

593 Cf. GALINDO, op. cit., p. 369-386. A pouca educação para o Direito Internacional parece a causa central desse problema. A Resolução n. 3, de 1972, do Conselho Federal de Educação incluiu o Direito Internacional Público entre as disciplinas optativas dos cursos de Direito, a prejudicar ou desincentivar o acesso dos alunos à matéria, quadro que perdurou até 30 de dezembro de 1994, quando a Portaria n. 1886 do Ministério da Educação e do Desporto

A presente pesquisa revela que o fechamento do Direito Interno não é só para com o Direito Internacional, mas também para com os debates jurídicos travados fora dos limites das nossas fronteiras. Em um universo servido por ferramentas tecnológicas que permitem o acesso fácil às mais variadas informações, inclusive às discussões travadas nos mais diversos tribunais internacionais e estrangeiros, é injustificável que o Judiciário de qualquer país se preponha a julgar questões de Direito Internacional e de direitos humanos universais “de costas” para o Mundo.

A proclamação de direitos universais e o incremento de um Direito Internacional “humanizado”, com vistas à proteção do ser humano independentemente da sua raça, cor, credo ou nacionalidade, perderiam o sentido se não acompanhados de uma aplicação minimamente uniforme pelos sistemas judiciais domésticos. O desprezo pelas experiências dos mais diversos tribunais, portanto, está na contramão da história.

Que este trabalho sirva como uma crítica. Uma crítica à jurisdição indolente. Uma crítica ao desperdício da experiência dos mais diversos tribunais em matérias internacionais e universais⁵⁹⁴.

REFERÊNCIAS

AKANDE, Dapo. International Organization. In: EVANS, Malcolm D. (Edit). **International Law**. New York: Oxford University Press, 2003.

ALVES, J. A. Lindgren. **Os Direitos Humanos como Tema Global**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

ANNONI, Danielle. **Direitos Humanos & Acesso à Justiça no Direito Internacional: Responsabilidade Internacional do Estado**. Curitiba: Juruá, 2004.

previu a sua obrigatoriedade. Diante disso, pode-se afirmar que boa parte (talvez a maioria) dos magistrados brasileiros em atividade tiveram pouco ou nenhum contato com essa disciplina ao longo da sua formação jurídica.

594 A semelhança desta afirmação com o título do livro do professor Boaventura de Sousa Santos não é mera coincidência. Não temos a pretensão de vincular o conteúdo desta pesquisa às idéias desse professor português, embora a presente conclusão possa ser assimilada à idéia central desta obra. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.

ARAÚJO, Nádia de. Direitos Fundamentais e Imunidade de Jurisdição: comentários tópicos ao RE nº 222.368, do STF. In: MADRUGA FILHO, Antenor Pereira; GARCIA, Márcio (Coord). **A imunidade de jurisdição e o Judiciário brasileiro**. Brasília: CEDI, 2002.

BASTOS, Carlos Eduardo Caputo. O Processo de integração do Mercosul e a questão da hierarquia constitucional dos tratados. **Estudos da Integração**. Associação Brasileira de Estudos da Integração, Brasília, v. 12, p. 8-75, 1997.

BIANCHI, Andrea. Immunity versus Human Rights: the Pinochet case. **European Journal of International Law**, Firenze, n. 2, v. 10, p. 240-241, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOSON, Gerson de Britto Mello. A imunidade de jurisdição do Estado e as relações trabalhistas. **Revista LTr**, São Paulo, v.35, p. 599-603, ago. 1971.

BROTÓNS, Antonio Remiro. Pinochet: los límites de la impunidad. **Revista Política Exterior**, Madri, v. XIII, n. 67, p. 43-57, jan/fev 1999.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Trad. Maria Manuela Farrajota, Maria João Santos, Victor Richard Stockinger, Patrícia Galvão Teles. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1997, v. 1.

_____. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Direito das Organizações Internacionais**. 3 ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. O legado da Declaração Universal e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Orgs). **O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

_____. Democracia y Derechos Humanos: El Regimen Emergente de la Promoción Internacional de la Democracia y del Estado de Derecho. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Brasília, n. 91/92, p. 13-29, jan/jul.1994.

_____. A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Brasília, n. 84/86, p. 47-68, dezembro 1992/maio 1993.

_____. Apresentação. In: ALVES, J. A. Lindgren. **Os Direitos Humanos como tema global**. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1994.

_____. **El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI**. Santiago: Jurídica de Chile, 2001.

CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Notícias do Direito Brasileiro**, Brasília, Nova Série, n. 6, p. 233-250, julho/dez. 1988.

CASSESE, Antonio. **Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo**. Barcelona: Ariel, 1991.

CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (Orgs.). **Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais**. Tradução de Sílvio Antunha. Barueri, SP: Manole, 2004.

CHINKIN, Christine M. In re Pinochet. United Kingdom House of Lords. Regina v. Bow Street Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte (No. 3). [1999] 2 WLR 827. **The American Journal of International Law**, Washington, n. 3, v. 93, p. 703-711, jul.1999.

CLEMENTS, Luke J.; MOLE, Nuala; SIMMONS, Alan. **European Human Rights: taking a case under the convention**. 2 ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CROWFORD, James. Execution of Judgments and Foreign Sovereign Immunity. **American Journal of International Law**, Washington, n. 4, v. 75, p. 820-869, out. 1981.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

DE SENA, Pasquale; DE VITTOR, Francesca. State Immunity and Human Right: the Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case. **European Journal of International Law**, Firenze, n. 1, v. 16, p. 89-112, 2005.

DEPUY, René-Jean. **Manuel sur les organisations internationales/A Handbook on International Organizations**. 2 ed. Haia: Academia de Direito Internacional, 1988.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOX, Hazel. **The Law of State Immunity**. New York: Oxford University Press, 2002.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. **Imunidade de Jurisdição Trabalhista dos Entes de Direito Internacional Público**. São Paulo: LTR, 1986.

_____. **Competência Internacional da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

FRIEDRICH, Tatyana Sheila. **As Normas Imperativas de Direito Internacional Público jus cogens**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GAILLARD, Emmanuel; PINGEL-LENUZZA, Isabelle. International Organisations and immunity from jurisdiction: to restrict or to bypass. **International and Comparative Law Quartely**, Oxford, v. 51, p. 1-15, jan. 2002.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GARCIA, Márcio. Imunidade do Estado: quem disse que o rei não erra ? In: GARCIA, Márcio; MADRUGA FILHO, Antenor Pereira (Coord). **A imunidade de jurisdição e o Judiciário brasileiro**. Brasília: CEDI, 2002.

GERSTER, Michael. Artigo 105. In: SIMMA, Bruno (ed). **The Charter of the United Nations: A Commentary**. New York: Oxford University Press, 1995.

GIGLIO, Wagner. **Direito Processual do Trabalho**. 9 ed. São Paulo: LTr, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1.

HIGGINS, Rosalyn. **Problems and process: international law and how we use it**. New York: Oxford University Press, 1998.

JANIS, Mark W.; KAY, Richard S.; BRADLEY, Anthony W. **European Human Rights Law: text and materials**. New York: Oxford University Press, 1996.

KOHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1995.

KOSKENNIEMI, Martti. Hierarchy in International Law: a sketch. **European Journal of International Law**, Firenze, n. 4, v. 8, p. 566-582, 1997.

LAFER, Celso. **O Convênio do Café de 1976: Da reciprocidade no Direito Internacional Econômico**. São Paulo: Perspectiva, 1979.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LEHTIMAJA, Lauri; PELLONPÄÄ, Matti. Article 10. In: ALFREDSSON, Gudmundur; EIDE, Asbjorn (eds.). **The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement**. Haia: Martinus Nijhoff, 1999.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. **A Renúncia à Imunidade de Jurisdição pelo Estado Brasileiro e o novo Direito da Imunidade de Jurisdição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Desenvolvimento da imunidade de jurisdição dos Estados soberanos: teoria da fundamentação autônoma. In: GARCIA, Márcio; MADRUGA FILHO, Antenor Pereira (Coord). **A imunidade de jurisdição e o Judiciário brasileiro**. Brasília: CEDI, 2002.

MANDALOZZO, Silvana Souza Netto. **Imunidade de Jurisdição dos Entes de Direito Público Externo na Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2001.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MERON, Theodore. On a Hierarchy of International Human Rights. **The American Journal of International Law**, Washington, v. 80, n. 1, p. 1-23, jan.1986.

MIRANDA, Pontes de. **Comentário ao Código de Processo Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, tomo II.

MOSE, Erik. Article 8. In: ALFREDSSON, Gudmundur; EIDE, Asbjorn (eds.). **The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement**. Haia: Martinus Nijhoff, 1999.

NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. Dos conflitos de tratados. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Rio, n. 53/4, 1971.

QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. **Direitos Fundamentais e Direito Comunitário: Por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

RANGEL, Vicente Marota. **Do Conflito entre a Carta das Nações Unidas e os demais Acordos Internacionais**. São Paulo: Saraiva, 1954.

REID, Karen. **A Practitioner's Guide to The European Convention of Human Rights**. Londres: Sweet & Maxwell, 1998.

REINISCH, August. **International Organizations Before National Courts**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

REINISCH, August; WEBER, Ulf Andreas. In the Shadow of Waite and Kennedy: The Jurisdictional Immunity of International Organizations, The Individual's Right of Access to the Courts and Administrative Tribunals as Alternative means of Dispute Settlement. **International Organization Law Review**, Leiden, n. 1, p. 59-110, 2004.

REZEK, J. Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REZEK, J. Francisco. A imunidade das organizações internacionais no Século XXI. In GARCIA, Márcio, MADRUGA FILHO, Antenor Pereira (Coord). **A imunidade de jurisdição e o Judiciário brasileiro**. Brasília: CEDI, 2002.

RIDRUEJO, José A. Pastor. **Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales**. 8 ed. Madrid: Tecnos, 2001.

SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law. **European Journal of International Law**, Firenze, n. 4, v. 8, p. 583-595, 1997.

SAMNOY, Ashild. The Origins of the Universal Declaration of Human Rights. In: ALFREDSSON, Gudmundur; EIDE, Asbjorn (eds.). **The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement**. Haia: Martinus Nijhoff, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.

SARMENTO, Daniel. Os princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SENADO FEDERAL. **Direitos Humanos: instrumentos internacionais e documentos diversos**. 2 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997.

SCHERMERS, Henry G.; BROKKER, Niels M. **International Institutional Law**. 3 ed. Haia: Martinus Nijhoff, 1997.

SIMMA, Bruto. Reciprocity. In: BERNHARDT, R. (ed). **Encyclopedia of Public International Law**, Instalment 7. Amsterdam; New York; Oxford: North Holland, 1984.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: Ltr, 1987.

STEINER, Henry J. International Protection of Human Rights. In: EVANS, Malcolm D. (Edit). **International Law**. New York: Oxford University Press, 2003.

STEWART, David P. The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. **The American Journal of International Law**, Washington, v. 99, n. 1, p. 194-211, janeiro/2005.

TEIXEIRA PARANHOS, C. A. A Imunidade de Jurisdição dos Organismos Internacionais na visão do STF. **Revista LTr**, São Paulo, v. 47, n. 9, p. 1063-1066, set. 1983.

VALEJJO, Manuel Diez de Velasco. **Las organizaciones internacionales**. 9 ed. Madrid: Tecnos, 1996.

VASAK, Karel (red. geral). **As Dimensões Internacionais dos Direitos do Homem: manual destinado ao ensino dos direitos do homem nas universidades**. Lisboa: Editora Portuguesa de livros técnicos e científicos/UNESCO, 1983.

VIEGAS, Vera Lúcia. Ius Cogens e o Tema da Nulidade dos Tratados. **Revista da Informação Legislativa**, Brasília, n. 144, p. 181-192, out./dez. 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Imunidades de jurisdição e foro por prerrogativa de função**. Texto baseado nas notas taquigráficas de conferência proferida no Seminário Internacional

“O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília-DF. Disponível em: Acesso em: 26 set. 2005.

WELLENS, Karel. **Remedies Against International Organisations: Basic Issues.**

Cambridge: Cambridge University Press, 2002.